

Responsabilidade civil das concessionárias das auto-estradas

ARMANDO TRIUNFANTE*

Preâmbulo

A preocupação que nos motivou a elaboração deste texto, foi a tentativa de definir em que contexto pode ser inserida a relação que se constitui entre o utente de uma auto-estrada, com a respectiva concessionária¹. De facto não existe consenso quanto há natureza desta relação, nem mesmo quanto ao regime que lhe deverá ser aplicável. Esta preocupação é particularmente intensa, no que respeita ao regime de responsabilidade civil que impende sobre a concessionária, quando o utente sofre danos por ocasião do serviço prestado por aquela. A este respeito a jurisprudência, bem como a doutrina têm aventado soluções,

* Universidade Católica.

¹ Em Portugal, neste momento são concessionárias de auto-estradas, as seguintes entidades: BRISA — Auto-Estradas de Portugal, SA, pelo D.L. n.º 467/72, de 24 de Outubro; Consórcio Auto-Estradas do Atlântico, Concessões Rodoviárias de Portugal, SA, pelo D.L. n.º 393-A/98, de 4 de Dezembro; Consórcio AENOR, Auto-Estradas do Norte, SA, pelo D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Julho; Consórcio SCUTVIAS, Auto-Estradas da Beira Interior, SA, pelo D.L. n.º 335-A/99, de 20 de Agosto; Consórcio EUROSCUT, Sociedade Concessionária da SCUT da Algarve, SA, pelo D.L. n.º 55-A/2000, de 14 de Abril; Sociedade LUSOS CUT, Auto-Estradas da Costa de Prata, SA, pelo D.L. n.º 87-A/00, de 13 de Maio.

no âmbito de três regimes diferentes: responsabilidade delitual; responsabilidade contratual; e um meio termo entre as duas anteriores que é a responsabilidade resultante da eficácia de protecção do contrato para terceiro.

A tendência dominante até ao momento a que este trabalho se reporta, consiste em conter aquelas relações no domínio da responsabilidade civil delitual, sem que muitas vezes haja a preocupação de verificar se eventualmente alguns dos outros regimes será de aplicar. Temos portanto, diversos Ac. de Tribunais Portugueses, que consideram não se configurar uma relação contratual, pelo que seria ajustada a Responsabilidade Extracontratual à presente questão².

Desde já consideramos não ser essa a resposta adequada, pois o problema, tal como nos é suscitado, parece poder enquadrar-se com alguma segurança numa verdadeira relação contratual entre o utente e a concessionária. Não partilhamos, portanto, do entendimento maioritário da jurisprudência referida, sendo que dessa matéria nos ocuparemos numa fase posterior.

Por último, resta ainda a hipótese do contrato com eficácia de protecção para terceiro. Este instituto, diversamente dos anteriores, é relativamente novo ao nível da dogmática jurídica³, pois se a sua utilização na Alemanha é relativamente diversificada na última metade do séc. xx, é ainda pouco solicitada no contexto português. Compreende-se, então, alguma relutância, por parte dos magistrados portugueses, em recorrer a esta figura. Contudo, ela tem vindo a sofrer um desenvolvimento considerável, e apresenta inovações importantes, sobretudo para quem estava

² Ac. R.E. de 08/06/89, in C.J. Ano 89, Tomo III, pp. 275/277; Ac. R.P. de 05/12/94, in C.J. Ano 94, Tomo V, pp. 220/222; Ac. R.P. de 05/06/95, in C.J. Ano 95, Tomo III, pp. 233/235; Ac. R.P. de 06/07/95, in C.J. Ano 95, Tomo IV, pp. 174/176; Ac. R.P. de 24/09/96, in C.J. Ano 96, Tomo IV, pp. 197/199; Ac. R.L. de 31/10/96, in C.J. Ano 96, Tomo IV, pp. 149/151; Ac. R.E. de 21/10/99, Actualidade Jurídica, Ano III, n.º 34/5, pp. 36/9 (embora coloque outras hipóteses, designadamente o contrato e a eficácia de protecção para terceiros); Ac. S.T.J. de 12/11/96, in B.M.J. n.º 461, pp. 411/423.

³ MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, p. 422. Só recentemente foi possível autonomizar esta figura e realizar o correspondente tratamento dogmático da mesma, porque primeiro foi necessária a consciencialização do carácter complexo da relação contratual. Apenas num momento posterior se verificou então a cindibilidade entre o dever lateral de protecção e o dever de prestação. Como reconhece VAZ SERRA, «O dever de indemnizar e o interesse de terceiros», in *B.M.J.* n.º 86, p. 104, em finais da década de 30 ainda se entendia que «só à outra parte no contrato tem o devedor de reparar o interesse no cumprimento do contrato».

rotinado na dicotomia Responsabilidade Civil/Contratual. Desempenhará, desta forma, pensamos nós, um contributo considerável na evolução dogmática deste instituto, designadamente em determinados aspectos a referir.

Uma vez que não partilhamos do entendimento dominante e para que melhor seja possível explanar o nosso pensamento, trataremos então as duas outras alternativas de um modo mais intenso, demonstrando o porquê da sua adequação à génese do problema.

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

Questão Prévia: a portagem assumirá a natureza de taxa?

A problemática é simples: será de aceitar a existência de um vínculo de direito privado entre a concessionária e o respectivo utente, ou dever-se-á configurar a hipótese como pertencendo ao domínio delitual? É simples, mas é também antiga, e daí decorre já que a sua resposta não seja fácil.

Esta questão é pertinente sob diversos pontos de vista, pois, como é sabido, o regime aplicável será diferente, consoante se opte por um ou pelo outro modelo. Desde logo, haverá soluções, se não opostas, pelo menos independentes no que concerne à responsabilidade pela conduta do representante legal, dos auxiliares no cumprimento, e quanto à distribuição do ónus da prova⁴. É consensual na doutrina portuguesa que o direito delitual tem algumas limitações⁵, assumindo o vínculo contratual uma protecção mais vantajosa e eficaz, no que ao lesado diz respeito.

⁴ Quanto à diferença de regime que separa a responsabilidade contratual da delitual, ver entre outros: MOTA PINTO, *Cessão*, cit., pp. 424/5; VAZ SERRA, «Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual», in *B.M.J.*, n.º 85, pp. 115 e ss., 230 a 239.

⁵ Limitações estas que serão ainda mais evidentes no direito alemão. De facto o sistema germânico estabelece que o dano, quando está em causa a lesão de interesses puramente patrimoniais só é indemnizável se existir dolo ou então desrespeito de uma norma que tem como finalidade proteger esse interesse patrimonial. É também curioso verificar que quando a lesão é causada por um auxiliar, o «dóminus» evita indemnizar quando prove que usou da diligência exigível na escolha, direcção e fiscalização da personagem que elegeu para seu auxiliar. Por último, prevê um prazo de prescrição de três anos, a contar do conhecimento do dano e do agente responsável por ele. Sobre esta matéria ver MUSIELAK, «A inserção de terceiro no domínio da protecção contratual», in *Contratos: Actualidade e Evolução*, por ocasião do Congresso Internacional organizado pela Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto, pp. 233 a 296.

Desta forma podemos observar que a efectiva protecção do lesado, vai depender, concretamente, do regime que consideramos ser aplicável. A experiência jurisprudencial portuguesa revela, claramente, que na hipótese de se tratar desta matéria no âmbito da responsabilidade extracontratual, a pretensão do lesado será a maior parte das vezes negada. E assim acontece pela manifesta dificuldade em contrariar a imposição do art. 483.º do Código Civil. É sempre muito custoso, para não dizer um esforço inútil, tentar demonstrar que os danos se devem a uma actuação censurável por parte da concessionária. Esta prova é, no caso concreto, muito onerosa, contando-se pelos dedos os Ac. em que se concede existir uma obrigação indemnizatória, tendo por sujeito o utente lesado⁶.

Voltando ao ponto principal, a resposta não é imediata, e isto acontece, não só porque no direito praticamente não existem certezas inderrogáveis, mas também e sobretudo pela dificuldade inerente à problemática. Por uma questão de método, iremos iniciar a exposição pelo princípio, passe a redundância. E o princípio, nesta matéria, consiste na análise do contrato celebrado entre Estado e entidade concessionária.

Este contrato é denominado por contrato de concessão de obras públicas. Tal decorre da Base II, n.º 1, do Anexo ao D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro, que aprova as modificações ao contrato de concessão da construção, conservação e exploração de auto-estradas.

O contrato de concessão de obras públicas é normalmente definido como um contrato administrativo, pelo qual alguém se encarrega de executar e explorar uma obra pública, cobrando aos utentes as taxas que forem devidas⁷⁸. Este contrato apresenta então três fases distintas: o concessionário executa a respectiva obra; coordena a sua gestão durante o prazo convencionado; findo o qual deve devolver à Administração a

⁶ São muito raros os Ac. que, optando pela responsabilidade delitual, tenham depois condenado a concessionária na respectiva indemnização. Temos o exemplo do Ac. R.P. de 24/09/96, in C.J. Ano 96, Tomo IV, pp. 197/199.

⁷ Esta noção é próxima da adoptada pela directiva 93/37/CEE (processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas), onde a concessão de obras públicas tem as mesmas características de um contrato de empreitada «*com excepção de que a contrapartida das obras consiste quer unicamente no direito de exploração de obra, quer nesse direito acompanhado do pagamento de um preço*».

⁸ Nem sempre as concessões de obras públicas têm todos os elementos constantes desta noção: é o caso das concessões sobre lanços de auto-estradas, em regime de portagem sem cobrança aos utilizadores. Sobre estas concessões, o D.L. n.º 267/97, de 2 de Outubro, como também já o D.L. 330-A/95, de 16 de Dezembro.

obra bem como todos os bens que permitam a sua exploração. A concessão segue portanto o esquema BOT (*build, operate and transfer*)⁹. Como se sabe existem determinados interesses públicos que o Estado comete a sua prossecução ao cuidado de entidades privadas. Esta técnica é necessária, não só por razões de mérito (muitas vezes os objectivos são mais eficazmente concretizados desta forma), mas também por razões de conveniência (pois os recursos do Estado são limitados, não podendo este dar resposta a todas as necessidades). Problema amplamente discutido na doutrina, nomeadamente nas décadas de 50 e 60 do séc. xx, foi a natureza assumida pelo concessionário, enquanto sujeito passivo de uma concessão. A doutrina mais antiga, clássica, defendia que esta natureza não se transformava com aquele contrato. O concessionário mantinha o estatuto de entidade privada, não passava a ser elemento integrante da Administração, mas apenas seu colaborador.

Não obstante, competia também a teoria contrária, que considerava o concessionário integrado nos órgãos indirectos da Administração Pública, perdendo assim o seu carácter privado.

Se na época a doutrina clássica parece ter convencido¹⁰, após a entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa de 1976, a problemática deixou de ter sentido. O art. 82.º, n.º 2, da Lei Fundamental, preceitua que pertencem ao sector público «os meios cuja propriedade e gestão pertençam ao Estado ou a entidades públicas». Não basta a verificação de um dos pressupostos, é necessária a existência dos dois. Caso contrário, e a isso se refere o n.º 3 do art. 82.º da CRP, pertencerão ao sector privado. Ora se não restam dúvidas em relação à natureza dos concessionários em geral, ela é ainda mais veemente no que respeita à concessionária das auto-estradas. A Brisa — Auto-Estradas de Portugal, SARL, não só assegura a gestão dos respectivos bens, como também tem a propriedade de alguns deles, como resulta inequívoco do disposto da Base XLI, n.ºs 1 e 4, do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro.

Deste modo, os concessionários de obras públicas são, de facto, entidades privadas, e que mantêm a seu cargo a prossecução de interesses públicos, transferidos pela Administração Pública, com a qual têm o dever de cooperar, ficando sujeitos, em parte, a um regime especial de

⁹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, p. 90.

¹⁰ Ver argumentos para esta posição em FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. 1, 2.ª edição, p. 564.

direito Administrativo. Serão então *sociedades de interesse colectivo*, e que se inserem na categoria mais ampla das *instituições particulares de interesse público*¹¹.

Permanece ainda por resolver a questão da natureza do relacionamento da concessionária com os respectivos utentes. Existirá ou não uma obrigação contratual entre ambas as partes, ou será o utente um mero beneficiário da prestação da concessionária, imposta por força do contrato de concessão. Como oportunamente referimos, grande parcela na nossa jurisprudência tem entendido por correcta a última formulação. Mas será a mais adequada?

A opção pela inexistência de uma relação contratual alicerça-se em determinados argumentos, sendo que alguns deles serão mais sólidos, e em conformidade, mais difíceis de superar.

Esta tese parte da ideia tradicional de que o bem auto-estrada visa (tal como todas as estradas «regulares») a satisfação de uma determinada necessidade colectiva — a necessidade de uma circulação rápida e cómoda. Desta forma, uma via dá resposta não só a necessidades individuais (todos aqueles que efectivamente, em determinado momento, tiram gozo pessoal desse bem), como também consubstancia uma correcta satisfação de necessidades colectivas. Nas palavras eloquentes de Teixeira Ribeiro, «o serviço de estradas é tecnicamente semipúblico, é um serviço que satisfaz ao mesmo tempo necessidades colectivas e necessidades individuais»¹². A estrada será deste modo um bem semipúblico, sobre o qual poderá recair uma taxa.

Taxa será a quantia coactivamente paga pela utilização individualizada de bens semipúblicos. É autoritariamente estabelecida, tendo a sua contrapartida numa actividade do Estado ou de outro ente público¹³. São também alternativamente definidas por aquele Professor, como a «quan-

¹¹ Designação atribuída por FREITAS DO AMARAL, *Curso*, cit., pp. 550 e 558 e ss. MARCELLO CAETANO chamava-lhes «Pessoas Colectivas de Direito Privado», denominação abandonada por aquele, já que são entidades privadas, mas sujeitas a um regime jurídico misto de direito privado e direito administrativo.

¹² In *Lições de Finanças Públicas*, p. 209. Para este autor, o serviço de estradas será inteiramente público sob o ponto de vista financeiro, porque mesmo ao preço 0, a oferta será sempre superior à procura. Não se justifica então a cobrança de taxas para limitar a procura. Quando elas existam (pontes e auto-estradas), servirão sobretudo para repercutir o custo com a abertura e conservação das estradas, pelos seus utilizadores.

¹³ É aqui que a taxa se distingue do imposto. Ela tem carácter bilateral, enquanto o imposto tem carácter unilateral. Teixeira Ribeiro, «Noção Jurídica de Taxa», in RLJ, Ano 117, pp. 292.

tia coactivamente paga pela utilização individualizada de bens semi-públicos, ou como o preço autoritariamente fixado de tal utilização¹⁴. Já os preços privados constituirão receitas voluntárias, ou seja, resultantes de negócios jurídicos, de manifestações de vontade atinentes à sua criação¹⁵. A letra da lei parece confirmar esta posição, já que é frequente o uso de expressão «taxas de portagem», em diplomas legais¹⁶.

Mas será esta uma resposta definitiva, sem apelo? Parece-nos efectivamente não estarmos numa situação dessas. É sabido, que nem sempre a terminologia legal é a mais correcta, pelo que, por vezes, é razoável duvidar-se dela¹⁷.

A característica base, que a permite distinguir dos preços privados, é que resultam da autoridade do Estado. São fixados sem negociação por intermédio do poder e império daquela entidade¹⁸. Não haverá nenhum negócio jurídico na sua génese, o utente tem de pagar aquilo que for coactivamente estabelecido. Parece-me que este argumento, aplicado a esta matéria é, de certa forma, algo falacioso. Nós não podemos definir uma taxa porque não resulta de um negócio jurídico, quando esse é precisamente o escopo final: saber se existe ou não um contrato. Neste caso, não é a falta do negócio jurídico que vai definir a taxa, mas sim a ausência desta, que pode permitir a existência daquele.

Mas para que melhor se perceba o âmbito do problema, é necessário colocar a questão de saber se as portagens são ou não fixadas coactivamente pelo Estado, ou se, pelo contrário, quer o concessionário quer o utente têm um papel na sua determinação.

As bases da concessão em apreço, foram sucessivamente alteradas por diferentes diplomas legislativos. Contudo, eles mantiveram alguma uniformidade, no regime da criação *ex novo* das portagens aplicáveis às

¹⁴ *Idem*, p. 294.

¹⁵ TEIXEIRA RIBEIRO, cit., *Lições*, pp. 30 e ss.

¹⁶ Ver Bases XV e XVI do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro.

¹⁷ TEIXEIRA RIBEIRO, «Noção Jurídica de Taxa», in *RLJ*, Ano 117, p. 291. Também SINDE MONTEIRO, Apoiação ao Ac. do S.T.J., de 12/11/1996, *RLJ*, n.º 3898, p. 28, e PEDRO GONÇALVES, cit., *A concessão*, p. 319.

¹⁸ Esta posição é de certa forma já antiga, como nos demonstra ALBERTO XAVIER, «Os caracteres jurídicos especiais dos serviços públicos concedidos e as diversas fases do regime da concessão de caminhos-de-ferro à C.P.», in Conferência realizada na Sociedade de Geografia no Dia 13 de Maio de 1948, Ed. do Autor, p. 14 — «Em princípio são os governantes que estabelecem as tarifas».

auto-estradas. Qualquer um dos D.L. que regularam este matéria¹⁹, estabelecem que as «taxas de portagem» resultam da aplicação das tarifas de portagem à extensão do percurso. Assim, e no respeitante à entrada em vigor da mesma (já não se passa o mesmo com os lanços que entrem em funcionamento posteriormente — ver Base XV, n.º 6), elas são fixadas pelo Estado, não havendo qualquer contribuição por parte da concessionária²⁰. Contudo o mesmo já não se passa com a alteração e actualização das mesmas. Com efeito, inicialmente²¹, enquanto novas portagens exigiam aprovação, a actualização delas apenas requeria homologação, institutos completamente diferentes²².

Com o novo diploma, Decreto-Lei n.º 294/97, de 24 de Outubro, a evolução foi, claramente, no sentido de discernir convenientemente as situações. Agora a actualização das taxas de portagem²³ é da iniciativa da concessionária, e só poderá ser recusada se não respeitarem a actualização máxima permitida. Assim, a Brisa tem um limite máximo, um limite mínimo (a portagem do ano anterior, porque a actualização será decerto para valores superiores), tendo liberdade para estabelecer o montante actualizado dentro dessa moldura. O conceito de homologação desapareceu da letra da lei. Fica então reforçada a ideia de que, actual-

¹⁹ Nomeadamente D.L. n.º 458/85, de 30 de Outubro (Base XIX), D.L. n.º 315/91, de 20 de Agosto (Base XVIII), e D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro (Base XV), diploma este actualmente em vigor.

²⁰ Isto não é inteiramente correcto, pois frequentemente é esquecido o carácter negocial da concessão. Se as taxas são definidas expressamente, elas também resultaram do processo negocial em que a futura concessionária esteve envolvida. Nesta medida, é perceptível que não está completamente excluída a capacidade de conformação da concessionária na fixação das portagens. Aliás a alteração das tarifas e das taxas de portagem só poderá ser feita fora das condições previstas na concessão, após proposta do concedente, e acordo da concessionária — ver Base XVI n.º 8 do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro.

²¹ Base XIX do D.L. n.º 315/91 e Base XX do D.L. n.º 458/85. No n.º 1 dessas Bases, refere-se que a actualização é da iniciativa da concessionária, parecendo inclusive que a homologação só poderá ser recusada se a «*variação não exceder os 75% da verificada no índice de preços no consumidor, sem habitação...*».

²² Segundo MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, pp. 462 e ss., aprovação é o verdadeiro Acto Administrativo, e que tem a função de exprimir a legalidade ou conveniência de um acto jurídico praticado por outrem. Já a homologação pode ou não ser o Acto Administrativo, em determinados casos pode mesmo corresponder apenas à figura da «ratificação-confirmação», existindo já um acto executório do órgão subalterno.

²³ Base XVI do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro.

mente, as portagens não são fixadas (melhor dizendo, actualizadas) coercitivamente pelo Estado, nem por nenhum ente público²⁴, pelo que me parece afastado o conceito de taxa, pelo menos nesta dimensão²⁵.

Mas a resposta não é completa se não nos referirmos ao papel do utente, neste processo, ele que afinal é o principal visado por esses montantes. Será que a sua atitude psicológica interior não conforma uma certa capacidade de negociação, no que às portagens diz respeito? A nosso ver a resposta é positiva. Desde logo, é pertinente notar que um eventual utente de uma auto-estrada tem autonomia na decisão se quer ou não pagar a portagem. É certo, que se poderá contra-argumentar, que essa possibilidade existe na grande parte dos bens semipúblicos. Se não querem usufruir do respectivo serviço, então também não são obrigados a pagar a taxa (p. ex. se eu não quero estudar no ensino superior, não sou obrigado a pagar propina, e também é verdade que se eu não a pretender pagar, não posso beneficiar do serviço da instrução; o mesmo se passa com outros bens semipúblicos que satisfazem necessidades individuais e colectivas como é o serviço de administração da justiça ou o serviço de

²⁴ Convém alertar para o facto da Brisa, enquanto concessionária, não estar isenta de Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA). Tal facto resulta da Base XXIII n.º do D.L. n.º 458/85, de 30 de Outubro (que se manteve em vigor por força de todos os diplomas posteriores — ver art. 6.º do D.L. n.º 294/97), e das Bases XXIII e XV n.º 1 do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro. Ora o art. 2.º n.º 2 do Cód. IVA, estabelece que o Estado ou Pessoas Colectivas de Direito Público, quando actuam imbuídas de um poder de autoridade administrativa, ficam isentas desse imposto. A concessionária não beneficia desta prerrogativa, pelo que não pode estar a actuar com poder de autoridade, no desempenho da concessão, nomeadamente na actualização das portagens. As concessões posteriores realfirmam esta ideia ao manterem o regime fiscal anterior (ver p. ex., Base XVII, D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Agosto) e ao estatuírem expressamente que às «taxas de portagem» vai acrescer o competente IVA (Base XLIX n.º 1 do mesmo diploma).

²⁵ Como refere ALBERTO XAVIER, cit., *Os caracteres*, p. 14 — «em princípio são os governantes que estabelecem as tarifas. (...) Mas é necessário o acordo do concessionário. Por seu turno, o concessionário pode tomar a iniciativa de propor as tarifas à aprovação da autoridade competente. Esse acordo é economicamente útil e juridicamente necessário. (...) Estabelecida a tarifa, torna-se obrigatória, podendo, porém ser alterada em qualquer momento, mas sempre pelo mesmo processo por que é determinada.» — isto com o intuito de explicar de que forma a taxa devida pela utilização de um serviço público deve ser actualizada. Acontece que na concessão de auto-estradas, a actualização da portagem não se faz de acordo com o mesmo processo por que ela é estabelecida, ou seja através de imposição estadual. Pelo que, com alguma certeza, podemos afirmar não se tratar de uma taxa.

museus²⁶). Acontece que se o potencial utente de uma auto-estrada decidir não o fazer (seja por que motivo for), ele não deixa de providenciar a satisfação da sua necessidade. De facto, pode recorrer às estradas «regulares», porque elas, em muitos casos, proporcionam o mesmo grau de satisfação.

Mas a sua liberdade de conformação não se esgota aqui. Para além do previamente referido, um utente sabe que terá de pagar mais ou menos consoante a dimensão do percurso. Ou seja, é possível uma decisão que tome em conta realizar percursos mais ou menos extensos em auto-estrada (ou em alternativa em estradas sem portagem), com base nas portagens respectivamente aplicáveis. Assim, eu posso decidir que só quero despende 1000\$00 e portanto só vou até X, ou então fazer o percurso todo em auto-estrada, pagando a portagem na totalidade. Tal não se verifica em exemplos anteriormente apresentados. Quer na instrução como na administração da justiça, não podemos tomar este tipo de decisões, pois, mesmo que tal aconteça (p. ex., desistir da Universidade, porque não quer pagar mais propinas; desistir da instância porque não quer pagar custas superiores, até porque já prevê que a sua pretensão não vai ter ganho de causa), tratam-se de decisões definitivas (depois de sair da auto-estrada, pode ainda voltar para realizar outra parte do trajecto, e fazer isto vezes sem conta), que acarretam a ausência de satisfação da necessidade sentida.

De certa forma, nesta perspectiva, podemos comparar esta situação, com o espírito de um utente dos Caminhos-de-Ferro Portugueses. Também estes vêem o preço da viagem variar na exacta medida da distância percorrida²⁷.

Mas mais uma vez não se esgotam aqui as diferenças. Os bens estradas e caminhos-de-ferro têm algo mais em comum: ambos oferecem aos utentes um leque mais ou menos amplo de serviços diferentes, cabendo

²⁶ São todos exemplos tradicionais de bens semipúblicos que respondem a necessidades colectivas. Ver TEIXEIRA RIBEIRO, cit., *Lições*, p. 25.

²⁷ O título de transporte para os caminhos-de-ferro tem sido tradicionalmente apresentado como um exemplo de preço voluntário, por contraponto à portagem, que seria uma taxa. Não se percebe o fundamento que exige a separação de regimes. Pelo contrário, parece existir uma analogia nesta matéria, nomeadamente no que respeita ao pensamento subjacente a cada um dos utentes. Com o mesmo entendimento SINDE MONTEIRO, cit., *RLJ*, p. 29, bem como parte da doutrina italiana, apresentada pelo mesmo autor na nota 92, da mesma página, nomeadamente SANDULLI, «Autostrada», in *Enciclopedia del Diritto*, IV, n.º 6.

a estes a escolha do mais adequado à sua necessidade. Senão vejamos: um utente rodoviário pode, para alcançar o seu destino, escolher entre uma auto-estrada (e a correspondente portagem) e uma estrada regular (dentro desta categoria existem diversos subtipos), e por vezes pode ainda decidir-se por uma auto-estrada sem portagem (e em casos mais restritos mesmo por uma auto-estrada em regime de portagem sem cobrança aos utilizadores — SCUT²⁸). Também o utente ferroviário pode escolher entre diferentes composições (Intercidades, ALFA, Regionais, Interregionais, etc.), para atingir o mesmo destino, embora com preços e períodos de deslocação diferentes.

Na generalidade das necessidades públicas, este jogo de serviços não existe, pois a mesma modalidade é aplicável a todos os utentes. Tal compadece-se, aliás, com uma óptica de lucro, óptica a que obedece o funcionamento da Brisa.

Desta forma, penso ser legítima a conclusão de que a portagem não assume a natureza de taxa, porque de facto não é correcto afirmar que ela é fixada autoritariamente pelo Estado ou ente público. Como verificamos, a concessionária tem um papel decisivo na actualização das portagens, e o próprio utente tem alguma possibilidade de conformação da portagem que lhe seja aplicável (na medida em que ela depende do maior ou menor percurso realizado).

Outros dos elementos definidores do conceito de taxa, é que ela normalmente incide sobre bens semipúblicos. Também é afirmado que quando estiverem em causa bens do domínio público, teremos necessariamente uma taxa.

Não nos cabe a nós discutir o ensinamento de tão ilustres Autores, mas é de questionar se as estradas são efectivamente bens semipúblicos, tal como nos são apresentadas²⁹. Não podemos olvidar o facto que estes tipos de bens, para grande parte da doutrina estrangeira³⁰, não respondem a necessidades colectivas. Obedecem exclusivamente à satisfação

²⁸ São os casos referenciados no D.L. n.º 267/97, de 2 de Outubro, e posteriormente pelos D.L. n.º 335-A/99, de 20 de Agosto, 55-A/2000, de 14 de Abril, 87-A/2000, de 13 de Maio.

²⁹ Ver nota 12.

³⁰ N. M. SINGER, *Public Microeconomics*, Boston, 1972, pp. 84 e ss.; V. e A. MORGAM, *The Economics of Public Policy*, Edinburg University Press, 1972, pp. 61 e ss.; DUE e FRIEDLAENDER, *Government Finance*, 6.ª ed., Irwin, Homewood, 1977, pp. 56 e ss. Ver por todos TEIXEIRA RIBEIRO, cit., *Lições*, p. 26.

de necessidades individuais, e se terceiros em geral «lucram» em abstracto, com a existência desses bens, tratam-se de meros efeitos externos, *externidades*³¹. Em regra não seriam bens semipúblicos porque não permitiam a satisfação de qualquer necessidade colectiva. Se assim se entender, não poderíamos ter uma taxa a onerar este tipo de bens.

É também corrente identificar as taxas com bens que pertençam ao domínio público³². Este conceito é diferente do anterior, na medida em que pertencerão a essa categoria o «conjunto de bens que o Estado aproveita para os seus fins, usando de poderes de autoridade, ou seja, através do direito público»³³. Necessário será precisar que nem todos estes bens

³¹ Há *externidades* quando um acto de produção ou de consumo origina benefícios (*externidade positiva*), ou prejuízos (*externidade negativa*), para outras pessoas que não os adquirentes dos bens. TEIXEIRA RIBEIRO, cit., *Lições*, p. 25. Este autor entende que é necessário distinguir os casos em que os terceiros desejam esses benefícios, dos casos onde isso não acontece. Nos primeiros teríamos *verdadeiras* necessidades colectivas, e em consequência bens semipúblicos. O autor dá o exemplo da instrução, que é usufruída individualmente por quem aprende, mas satisfaz também a necessidade colectiva que as pessoas sentem e desejam de que a sociedade seja culturalmente evoluída.

Contudo, será de questionar se este critério permite englobar a necessidade de circulação, nomeadamente nas auto-estradas enquanto *verdadeiras* necessidades colectivas. Tomemos como contraponto a necessidade de administração da justiça. Nesta, mesmo que um personagem não tenha nenhum litígio em tribunal, usufrui de determinadas vantagens como é o caso da aparência de justiça e de segurança. Portanto quase que integra aquele conceito de necessidade de satisfação passiva (basta o bem existir para que a generalidade das pessoas se sinta satisfeita, sem ter de tomar qualquer iniciativa. Aquele bem é permanentemente usufruído e ninguém em seu perfeito juízo não vê e deseja as vantagens de uma boa administração da justiça — o mesmo se passa com a necessidade de defesa nacional, satisfeita com o bem exercito). Já no nosso caso, um determinado sujeito para poder retirar vantagens do bem estrada, tem de recorrer a ela, mas aí já se trata de uma necessidade individual. Será semelhante a uma verdadeira necessidade de satisfação activa. Ora este raciocínio é ainda mais coerente quando realizado para as auto-estradas. Se alguém, por decisão pessoal, apenas andar em estradas normais, por considerar as auto-estradas perigosas, então não tem nenhum interesse em que elas existam. Podemos afirmar que ainda assim retiramos benefícios, porque os produtos, serviços e bens lhe chegam mais depressa, mas também é verdade que chegam mais dispendiosos, pois o preço das respectivas portagens é repercutido no preço pago pelos consumidores. Surge-nos, então como falsa necessidade colectiva, nomeadamente quanto às auto-estradas, e se existirem efeitos externos para terceiros, parece-nos mais correcto chamar-lhes *externidades*.

³² TEIXEIRA RIBEIRO, cit., *Noção*, R.L.J., Ano 117, p. 292.

³³ MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, 1979, p. 178. Sobre este conceito também CASTRO MENDES, *Direito Civil, Teoria Geral*, 1979, II, p. 181 — «são os poderes direc-

estarão afectados à satisfação de necessidades colectivas, e alguns dos bens utilizados com esta finalidade serão bens privados (domínio privado do Estado ou de um ente privado, sendo exemplo claro um concessionário).

Nas concessões, sejam elas de obras públicas ou de serviços públicos, podemos ter três regimes quanto aos bens que integram essa concessão: «bens de regresso, bens a transferir e bens próprios do concessionário»³⁴. «O estabelecimento da concessão engloba (...) todos os meios materiais de que o concessionário se serve para gerir o serviço público»³⁵, e dentro deles podemos discernir: bens atribuídos pelo Estado, sujeitos a reversão no final da concessão (bens de regresso); bens adquiridos pelo concessionário (nomeadamente através de expropriação), que depois serão transferidos para o domínio público, imediatamente ou apenas a final da concessão (bens a transferir); bens próprios do concessionário.

No diploma já referenciado que regula a concessão para a construção, conservação e exploração de auto-estradas, podemos claramente identificar os três tipos de bens. Existem bens e meios que à partida pertencem ao Estado, e que são integrados no conteúdo da concessão, designadamente no que respeita às auto-estradas já construídas pelo próprio Estado, e que a partir desse momento ficam afectas à gestão de concessionária³⁶. Existem também bens próprios da concessionária, que a nosso ver parecem ter dois regimes diferentes. Se os bens incorporados pela concessionária são úteis ou necessários à concessão (designadamente à sua gestão), então, finda a mesma, devem ser entregues livres de ónus ou encargos ao Estado³⁷, operando nesse momento a transferência de propriedade. Se, contrariamente, esses bens móveis não fizerem parte da concessão, a sua propriedade não se transmite automaticamente, permanecendo o interesse do Estado salvaguardado pela existência

tos e imediatos sobre bens de que o Estado é titular enquanto munido de *imperium*», e MARCELLO CAETANO, *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, 1977, p. 411 — «conjunto de direitos reais que a Administração Pública tem por lei sobre o território e seus espaços, coisas próprias nele individualizadas ou bens alheios, conferidos para serem exercidos no regime peculiar do Direito Público».

³⁴ PEDRO GONÇALVES, cit., *A Concessão*, pp. 307 e ss. O autor esclarece que esta divisão resulta de uma triologia de origem francesa: «biens de retour», «biens de reprise» e «biens propres».

³⁵ Idem, p. 307

³⁶ Base I, n.º 2, alíneas *a*) e *b*) do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro

³⁷ Base XLI, n.º 1, do mesmo diploma

de um direito de preferência na aquisição desses bens³⁸. Por último temos também bens, que apesar de adquiridos pelo concessionário, se transferem para o Estado, ficando adstritos ao domínio público. Serão os bens necessários à construção das auto-estradas, a serem adquiridos por expropriação³⁹. Esta expropriação é considerada de utilidade pública urgente, efectuada pela concessionária actuando em nome do Estado⁴⁰.

Curiosamente, apesar de referir que este património se transferia para o domínio público, a lei era omissa quanto ao momento em que essa operação se efectuava⁴¹, se imediatamente após a expropriação, ou se apenas no final da concessão. Não era uma questão descabida de importância, pois como vimos não é indiferente que o bem pertença ao domínio público, ou então à concessionária. Certamente alertado para o problema, o legislador desta vez foi previdente, e acabou com as dúvidas. «Os imóveis adquiridos por expropriação pela concessionária (...) integram-se imediatamente no património do Estado», «a zona da auto-estrada fica a pertencer ao domínio público do Estado a partir da data em que for aberta ao tráfego»⁴².

Podemos, então, actualmente concluir que os bens integrados na concessão constituem domínio público. Mas mais uma vez, será este argumento decisivo? Parece-nos que não, apenas e só por isto: o caminho-de-ferro (bem como todos os bens e meios inerentes ao mesmo), também pertence ao domínio público do Estado⁴³, todavia ninguém põe em

³⁸ Base XLI, n.º 4, do mesmo diploma. Nas concessões posteriores à referida, a posição do concedente saiu reforçada quanto a esta matéria, uma vez que actualmente tem uma verdadeira opção de compra desses bens, e não apenas um direito de preferência — ver p. ex. Base VIII, n.º 2, D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Agosto.

³⁹ Base XXV, do mesmo diploma.

⁴⁰ PEDRO GONÇALVES, cit., *As Concessões*, p. 302, e FREITAS DO AMARAL, *Curso*, cit. p. 561.

⁴¹ Ver Base IV n.º 2 dos D.L. n.ºs 315/91, de 20 de Agosto, e 458/85, de 30 de Outubro.

⁴² N.ºs 1 e 2 da Base IV do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro. Nas concessões posteriores, a questão não se coloca nestes termos, pois já não é a concessionária a entidade com competência para tais processos expropriativos. Agora a titularidade dos mesmos pertence à entidade designada pelo MEPAT, que terá a colaboração da concessionária — ver nomeadamente Bases XXII e XXIII n.ºs 1 e 2 do D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Agosto. Se não é a concessionária a proceder à expropriação, então esses bens não lhe podem pertencer, constituem desde logo domínio público. É curioso verificar que a concessionária, perdeu então a réstia de poderes públicos que ainda usufruía.

⁴³ Ver art. 84.º n.º 1 alínea e) da C.R.P., Base XXV, n.º 3, do D.L. n.º 104/73, de 13/03 (Bases do Contrato de Concessão entre o Estado e a C.P.) e SINDE MONTEIRO, cit., *R.L.J.*, n.º 3898, p. 29.

causa a existência de um verdadeiro contrato de transporte ferroviário entre o utente e os Caminhos-de-Ferro Portugueses. De facto não se trata de uma taxa, mas de um preço contratualmente estabelecido⁴⁴, em contrapartida de uma determinada prestação. Isto, não obstante essa prestação se basear em bens pertencentes ao domínio público. Ora se tal é considerado correcto pela doutrina e jurisprudência portuguesas, então não vemos fundamento para que com a concessão de auto-estradas e as respectivas portagens seja diferente. Atente-se ainda aos deveres de informação e assistência previstos, nomeadamente, nas Bases XXXV, n.º 4, XXVI n.º 3, e XXXVII, para que desde logo se coloquem algumas reticências ao entendimento publicístico da mera exploração do domínio publico⁴⁵. Não é apenas isso que se trata, uma vez que recai sobre a concessionária uma vertente de prestação de serviços, que a encaminha para uma relação de índole privada.

Por último, queremos ainda referir-nos às finalidades das taxas, para dessa forma poder demonstrar, que o objectivo subjacente às portagens é diverso.

Tradicionalmente as taxas apresentam as seguintes finalidades⁴⁶: limitar a procura desse bem (é suposto a procura ser superior à oferta, porque senão não fariam sentido estas restrições); repercutir para os utilizadores a totalidade ou parte das despesas com a produção ou gestão do bem.

Parece-nos claro que a primeira finalidade não é presente nas portagens. As estradas são bens cuja procura nunca esgota a oferta, mesmo a preço 0⁴⁷. É por essa razão que podemos circular livremente nas estradas e vias portuguesas, sem ter de pagar qualquer contrapartida. Aceita-se que as auto-estradas, pelas condições que apresentam, pudessem levar a um acréscimo da procura, mas não de tal forma que atingissem o ponto de saturação. Desta forma a portagem não foi criada para limitar a procura.

⁴⁴ O próprio TEIXEIRA RIBEIRO reconhece essa natureza — *RLJ*, Ano 117, p. 292

⁴⁵ Nas concessões posteriores estes deveres são ainda mais intensos. Analisar por exemplo o D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Julho, respectivamente Bases LVIII, LV, n.º 3, alínea *b*), L, n.º 9 «As taxas de portagem a aplicar em cada momento deverão ser publicitadas», LVI, n.º 2: «Os utentes têm o direito de ser informados previamente pela concessionária sobre a realização de obras que afectem as normais condições de circulação nas Auto-Estradas, designadamente as que reduzam o número de vias em serviço ou as que obriguem a desvios de faixa de rodagem.»

⁴⁶ TEIXEIRA RIBEIRO, *RLJ*, Ano 117, p. 293.

⁴⁷ TEIXEIRA RIBEIRO, *cit.*, *Lições*, p. 210.

Quanto à segunda finalidade, o contexto é diferente. É inegável que se procura alcançar financiamento para a construção e gestão da auto-estrada⁴⁸. Mas não serão esses os limites, pois as portagens permitem uma margem de lucro para a concessionária⁴⁹. Concluindo, na pendência da concessão, esta entidade obtém receitas suficientes para cobrir as despesas, bem como para alcançar um lucro respeitável. Não se pode escamotear, que enquanto entidade privada a concessionária tem como principal escopo a obtenção do lucro, e só através dessa preposição aceitará aceder ao desempenho da respectiva função.

Ora, os ensinamentos retirados de ilustres especialistas na matéria, permitem-nos supor que, em regra, as taxas serão inferiores ao custo, ou então iguais ao mesmo. Admite-se, raramente, que assumam um valor superior, mas esse excesso (aqui é duvidoso que se possa falar em lucro em sentido estrito, apesar das receitas serem superiores às despesas), será encaminhado para a satisfação de outras necessidades colectivas⁵⁰. Não é o caso com as portagens da Brisa.

Chegados a este ponto, poder-se-á então falar numa verdadeira taxa? Dado o exposto, a nossa resposta tem de ser negativa. Claramente, as características apresentadas levam-nos a afirmar estarmos na presença de verdadeiros preços, de fonte negocial, em que o utente paga um montante em contrapartida de um serviço, que lhe é prestado pela concessionária da auto-estrada⁵¹. Desta forma, consideramos afastado um dos principais argumentos que obstavam à aceitação da realidade de um verdadeiro contrato.

⁴⁸ Base X, n.º 1, do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro, e Base XVIII, n.º 4, do D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Agosto.

⁴⁹ SINDE MONTEIRO, cit., *RLJ*, n.º 3898, p. 30, e FREITAS DO AMARAL, *Curso*, cit., p. 558.

⁵⁰ SINDE MONTEIRO, cit., p. 30 (idem).

⁵¹ PEDRO GONÇALVES, cit., *A Concessão*, pp. 319/320, refere que não tem natureza de taxa se estiver em causa o pagamento de um serviço prestado. O preço, por sua vez, é um valor a pagar pela prestação de um serviço regulado por um contrato de direito privado. «Sendo de direito privado as relações de prestação constituídas entre o concessionário e o utente, não faz sentido, quanto a nós, sustentar a natureza fiscal da contrapartida, que é justamente um dos elementos essenciais da relação contratual.»

Relação Contratual (Concessionária/Utente)

Contrato será um instituto de direito privado, através do qual as partes concorrentes estabelecem as suas plataformas jurídicas por intermédio de negociação. O contrato é então legitimado através da vontade contratual dos respectivos contraentes⁵².

Contudo, nos tempos modernos esta definição clássica peca por incompleta, pois existem diversos fenómenos onde por exemplo nem sequer existe negociação tal como nós a compreendemos. Manifestamente é o caso das cláusulas contratuais gerais e dos contratos de adesão⁵³. Nas palavras de MUSIELAK⁵⁴, existe praticamente a transformação de um negócio jurídico individualmente conformado, num acto jurídico, cujo conteúdo é previamente estabelecido. Esse conteúdo é idêntico para uma pluralidade de casos, permanecendo, apenas, ao contraente a liberdade de decidir se quer ou não que esse acto jurídico regule também as suas próprias relações. É então frequente a conclusão de negócios da vida corrente através da prática de um acto a que tipicamente vai associada uma vontade negocial de contratar mediante a aceitação das condições predispostas pela outra parte.

De certa forma, apenas se exige que o outro tenha ou possa ter conhecido até ao momento da celebração do contrato e não haja manifestado, a tal respeito, qualquer reserva ou discordância. Não é necessária uma declaração de aceitação expressa, a adesão ao contrato envolve, tacitamente, a aceitação das condições preestabelecidas.

⁵² O C.C. não define o conceito de Negócio Jurídico. HORSTER, cit., p. 417, define-o como «declaração de vontade (*Willenserklärung*) privada que visa a produção de um efeito jurídico que se verifica conforme a ordem jurídica, por ter sido querida pelas partes».

⁵³ «Aquele em que um dos contraentes, não tendo a menor participação na preparação das respectivas cláusulas, se limita a aceitar o texto que o outro oferece, em massa, ao público interessado» — ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, 6.ª ed., 1.ª, p. 258. «É aquele, em que uma das partes, normalmente uma empresa de apreciável dimensão, formula unilateralmente as cláusulas negociadas (no comum dos casos fazendo-as constar de um impresso ou formulário), e a outra parte aceita essas condições, mediante a adesão ao modelo ou impresso que lhes é apresentado, não sendo possível modificar o ordenamento negocial apresentado» — MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., p. 101.

⁵⁴ Não estranha então, como refere o Autor, que se torne cada vez mais necessária a intervenção estadual nas relações contratuais, por forma a impedir desequilíbrios, a imposição dos interesses de uma das partes em detrimento dos da outra.

Neste plano não se descortina uma atitude psicológica diversa, consoante se paga uma portagem, ou se adquire um título de transporte para os caminhos-de-ferro⁵⁵. O mesmo se passa com a utilização dos transportes públicos, onde ninguém duvida da natureza contratual do vínculo estabelecido, embora se trate de uma realidade de certa forma diversa⁵⁶.

Vejamos agora, previamente, a evolução sofrida nesta matéria, ao nível do direito comparado. De certa forma não existe ainda um consenso, mas denota-se já uma tendência num determinado sentido.

Na Itália, nas décadas de 40 e 50, a respectiva jurisprudência, defendeu a natureza negocial, privatística, da relação entre o utente e a sociedade concessionária da auto-estrada. Posteriormente, a opção seguida, foi a do carácter público dessa mesma relação, pelo que seria aplicável a responsabilidade delitual. Há contudo ultimamente algumas decisões que demonstram a intenção de retornar ao entendimento antigo⁵⁷. Já a doutrina da mesma nacionalidade parece também estar dividida em adotar uma ou outra via⁵⁸.

⁵⁵ SINDE MONTEIRO, cit., *RLJ*, n.º 3898, p. 29.

⁵⁶ Houve quem tentasse reconduzir este fenómeno ao instituto das «relações contratuais de facto». Esta doutrina defende a existência de obrigações contratuais unicamente com base na simples observação de um comportamento de facto (*faktisches Vertragsverhältnis*). Esta teoria surgiu, para compensar a insuficiência dos meios jurídicos tradicionais para os actuais fenómenos de massa. São meros comportamentos sociais típicos e a ordem jurídica deveria retirar imediatamente as suas consequências. Desta forma, seria sempre devida a contraprestação, quando a prestação fosse de facto aceite ou utilizada. Quando, em regra uma entidade pública, aparece como fornecedor (p. ex., transportes públicos, fornecimento de água, gás, electricidade), há quase sempre uma hipótese do «utilizador», isto é, aquele que observa o comportamento social típico, entrar em contacto com o fenómeno do Estado-Providência. HORSTER (*A Parte Geral do Código Civil Português*, pp. 470 e ss.) discorda desta teoria, porque apresenta inconvenientes, mas também porque se revela desnecessária. As suas hipóteses de aplicação confundem-se com as da declaração negocial tácita (e a vontade correspondente). Da mesma opinião temos também ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, pp. 231/6.

⁵⁷ Decisão da Pretura de Torino, 01/12/86, *Resp. Civ. Prev.*, 1987, *Giurisprudenza*, pp. 681 e ss., 684 a 688, referida por SINDE MONTEIRO, cit., *RLJ*, n.º 3897, p. 380 (nota 78).

⁵⁸ Defendendo a existência de uma verdadeira relação contratual: BARBA, SANDULI, «Autostrada», in *Enciclopedia del Diritto*, IV, n.º 6; MANGIONI, *Insidia autostradale e perplessità sul pedaggio come tassa*, anot. A Appello Milano 19-02-71, *Giur. It.*, Vol. CXXIV (1972), pp. 685 e ss., e *Il Pedaggio Autostradale: Tassa o Prezzo?*, in *Temì*, 1971, pp. 111-120. Ver por todos SINDE MONTEIRO, cit., *RLJ*, n.º 3897, p. 380 (nota 79).

Na Áustria, é aceite pacificamente, a existência de um «contrato de utilização de direito privado», quando a utilização da estrada fosse feita mediante o pagamento de uma prestação pecuniária⁵⁹.

Já em França, diversamente, entende-se que do pagamento de uma determinada quantia, pela utilização de uma auto-estrada, não resulta qualquer relação contratual. Contudo, convém referir que nos últimos tempos, tem havido um desenvolvimento em sentido oposto. Tanto é assim, que actualmente as concessionárias das auto-estradas francesas têm liberdade de fixação das respectivas portagens⁶⁰.

Parece-me então haver uma evolução no sentido de afastar a portagem do âmbito conceptual de taxa, configurando-a cada vez mais perto de um verdadeiro preço, devido por força do negócio jurídico, em contrapartida do serviço prestado pela concessionária. SINDE MONTEIRO reconhece mesmo que existe no direito privado europeu uma tendência no sentido de equiparação do próprio Estado e das empresas públicas, aos particulares, no que respeita às prestações de serviço⁶¹.

Também em Portugal a evolução sentida tende para o mesmo caminho, ou seja, cada vez mais se considera como juridicamente correcta a tese de uma relação contratual entre o utente e o concessionário, com especial incidência no domínio das auto-estradas.

Ficou claro que o concessionário é um ente privado, não sofrendo a sua natureza qualquer alteração, por via da concessão. Desta forma, não nos parece defensável que seja o direito público a regular uma relação entre duas entidades privadas — o concessionário e o utente. Assumindo aquele a qualidade referida, correspondentemente será também o direito privado a estatuir todas as suas relações⁶². Melhor é dizer, que o direito privado regulará a generalidade de todas as suas relações jurídicas (constitui portanto a trave mestra do regime aplicável), excepto quando outra coisa não for prescrita por lei ou no próprio contrato de concessão. É o que acontece, por exemplo, com os traba-

⁵⁹ Idem, p. 380.

⁶⁰ PEDRO GONÇALVES, *A Concessão*, cit., p. 321, nota 489 da mesma página.

⁶¹ Cit., *RLJ*, n.º 3898, p. 30, nota 120, apresenta também o que considera serem resquícios desta ideia, em Portugal, nomeadamente no art. 2 n.º 2 da Lei do Consumidor — Lei n.º 24/96, de 31 de Julho. Também PEDRO GONÇALVES, cit., p. 13, defende que a privatização dos serviços públicos caminha precisamente na mesma direcção.

⁶² Neste sentido, ver PEDRO GONÇALVES, cit., *A Concessão*, pp. 307 e ss., e FREITAS DO AMARAL, *Curso*, cit., p. 552. Diz mesmo, que as próprias empresas públicas estão sujeitas ao direito privado, e que a sua actividade é de gestão privada, p. 385.

lhadores a seu cargo, com o regime de responsabilidade perante terceiros, e também com os tribunais competentes para decidir sobre qualquer questão suscitada.

De facto os trabalhadores do concessionário não estão vinculados por um contrato administrativo. Não é pelo facto de haver uma concessão que se tornam funcionários públicos. O regime jurídico aplicável obedece aos trâmites privatísticos, nomeadamente o direito do trabalho, se existir subordinação jurídica⁶³.

No domínio de uma eventual responsabilidade perante terceiros, também aqui é afastada o regime usual das pessoas colectivas públicas⁶⁴. A existirem danos em terceiros por força da actividade do concessionário, serão competentes as regras prescritas no Código Civil^{65/66}.

Vemos, desta forma, que o regime jurídico disciplinador das relações do concessionário, tem na sua grande generalidade uma fonte privatística⁶⁷.

⁶³ No mesmo sentido ver PEDRO GONÇALVES, cit., *A Concessão*, p. 313, e FREITAS DO AMARAL, *Curso*, cit., p. 564. O mesmo Autor alerta para o facto de também nas empresas públicas os trabalhadores poderem estar vinculados por contrato de trabalho, p. 387.

⁶⁴ Já SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, vol. 1, p. 160, partilhava deste entendimento.

⁶⁵ É esta a opinião majoritária dos tribunais portugueses, embora dentro dessas regras tenham na generalidade dos casos, optado pela responsabilidade delitual, o que nos parece incorrecto.

⁶⁶ Sobre esta matéria é importante também notar o argumento referido por SINDE MONTEIRO, Anotação ao Ac. do S.T.J. de 17/02/2000, in *RLJ*, n.º 3910, p. 30 — os tribunais portugueses consideram aplicável a Responsabilidade Civil Extracontratual das Autarquias Locais, quando esteja em discussão a vigilância de coisas à sua guarda (concretamente uma estrada), a presunção de culpa do art. 493.º, n.º 1, do C.C. — ver Ac. do S.T.A. (Pleno da Secção do Contencioso Administrativo) de 29/04/98, *BMJ*, n.º 476, pp. 157 a 162. Ora se à responsabilidade por gestão pública se aplica uma presunção de culpa, parece pouco coerente defender a mera responsabilidade extracontratual para a BRISA. Até por uma questão de justiça relativa, os utentes das Auto-Estradas não podem ficar numa situação desfavorável em relação a um utente de uma estrada municipal, por exemplo. Seria um favorecimento insustentável da concessionária em relação às entidades encarregues de sinalização e manutenção das estradas. Os utilizadores da auto-estrada, por força do contrato, deverão, então, beneficiar de uma responsabilidade contratual, e da correspondente presunção de culpa da contraparte.

Não nos é possível dar o tratamento devido ao mencionado artigo, uma vez que pela sua publicação parcelada, não nos foi possível, oportunamente, tomar conhecimento do mesmo em toda a sua extensão.

⁶⁷ SÉRVULO CORREIA, cit., *Noções*, pp. 160/1, alertava para o facto da Constituição de 1933, no seu art. 59.º, estabelecer um regime próprio, que não o privado, em diver-

Parece-nos um corolário lógico, daquilo que afirmamos, que também a relação desenvolvida com os respectivos utentes tem de se pautar pelos mesmos valores. Faz todo o sentido, em conformidade com o espírito e a vontade manifestada pelas partes, considerar como válida a hipótese de existência de um contrato. Como bem refere SINDE MONTEIRO⁶⁸, e aderindo à teoria dos efeitos prático-jurídicos⁶⁹, «para a formação do negócio jurídico é suficiente que a vontade dos declarantes se dirija aos efeitos imediatos e fundamentais do negócio». «Nesse plano (...), não se descortina uma atitude psicológica diversa consoante se paga uma portagem (proporcional à distância a percorrer) ou se compra um título de transporte para os caminhos-de-ferro.»

O próprio legislador parece querer sustentar esta posição, quando, no art. 2.º, n.º 2, da Lei da Defesa dos Consumidores (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho), considera abrangido no âmbito de protecção dessa lei, os bens, serviços ou direitos fornecidos por empresas concessionárias de serviços públicos. O utente de uma auto-estrada encontra-se então englobado na definição de consumidor (art. 2.º, n.º 1, do mesmo diploma⁷⁰), pelo que merece a mesma protecção. O legislador não encontrou aqui diferenças materiais convincentes que permitissem a distinção deste utente com qualquer outro consumidor. Reputou-se então, por adequado, a aplicação do mesmo regime de protecção de que beneficiam os consumidores usuais, aos referidos utentes. Não podemos olvidar que aqueles, normalmente, encontram-se vinculados aos «fornecedores», por uma qualquer relação contratual.

Como advogaremos mais à frente, a propósito de uma outra questão, comparando a situação de um utente comum, com aquele que circula numa auto-estrada sem portagem, não nos parece defensável que a atitude

dos campos, para «as empresas concessionárias de serviços públicos, de obras públicas ou da exploração de coisas do domínio público do Estado...». Ora a C.R.P. de 1976 não se refere a qualquer regime especial para estas entidades, pressupõe-se por opção consciente do legislador constituinte. Assim, e atendendo ao facto de se tratarem de entidades privadas, esse deverá ser o regime competente.

⁶⁸ Cit., p. 29.

⁶⁹ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1960, p. 30.

⁷⁰ «Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.»

de psicológica seja semelhante. Aquele utente sabe que quando entra na auto-estrada (e é livre de o fazer ou não) vai poder circular rápida e comodamente, mas que em contrapartida tem determinados deveres a seu cargo, nomeadamente a obrigação de retirar título válido de transporte⁷¹, para que posteriormente se possa calcular o montante da portagem — a sua prestação. Ou seja, nesta hipótese, o utente tem a intenção clara de concluir e executar uma relação contratual. A sua vontade dirige-se, pelo menos, aos efeitos imediatos e fundamentais do negócio, o que como é sabido é suficiente para que o contrato se considere celebrado validamente⁷².

⁷¹ A este respeito, embora pertinente, não nos parece decisiva a argumentação afluída por SINDE MONTEIRO, in cit. p. 379 (73). Este Autor refere que a tese contratual apresenta dificuldades insuperáveis, uma vez que se o posto de portagem estivesse situado no final do trajecto, teria de se chegar à conclusão de que o contrato fora executado antes de concluído. Ora, do nosso ponto de vista, não nos parece que o contrato fique concluído apenas com o pagamento da portagem ou mesmo quando o utente retira o título. Parece-nos defensável, com especial incidência nestes casos, que pelo facto de existir uma auto-estrada, via fechada, sujeita a portagem, configure-se já uma verdadeira proposta contratual. O utente ao entrar nessa auto-estrada, parece aceitar a proposta nesse momento. Ele tem consciência que são estradas herméticas, e que para poder sair, apenas o pode fazer num dos pontos previamente estabelecidos para o efeito. Mesmo que a posto esteja colocado na final do percurso (na generalidade dos casos, são percursos reduzidos), o utente sabe que inevitavelmente terá de passar por ele. Deste modo, o contrato encontra-se concluído no momento em que o utente aceita a proposta da concessionária, ou seja, no momento em que entra na auto-estrada, da qual já não pode sair antes do posto. Assim, o que é deferido não é a conclusão do contrato, mas a prestação principal do utente, o pagamento do preço (portagem), situação normalíssima na vida quotidiana.

Situação paralela é encontrada na circulação ferroviária, nomeadamente quando o respectivo utente entra na composição, num apeadeiro. Como se sabe, nestas estações de menor importância, não existem instalações da C.P. ou então estão desactivadas. O utente não pode adquirir título válido para a sua viagem. Apenas o vai fazer, mais tarde quando o revisor lhe solicitar o preço. Será que também aqui o contrato foi executado antes de ser concluído? Parece-nos que não, pois a conclusão do mesmo dá-se por altura da entrada na composição. Quando esta pára no apeadeiro, a C.P. promove uma proposta, que é aceite pelo utente quando entra naquela. Ele tem consciência que está a beneficiar de um serviço, pelo qual terá de pagar um preço. Aliás, esta parece ser entendimento mais ou menos unânime, já que a natureza contratual desta relação é ponto assente na doutrina e jurisprudência. Ver *supra* nota 44.

⁷² Defendendo uma relação contratual entre o concessionário e o utente, temos entre nós FREITAS DO AMARAL, *Curso*, cit., p. 552; PEDRO GONÇALVES, cit., *A Concessão*, p. 318 (este Autor vai mesmo mais longe quando afirma que o contrato é uma imposição da ideia da privatização da gestão dos serviços públicos. Será inclusive, o direito privado o aplicável, mesmo quando o serviço público é gerido pela própria Adminis-

Reforçando esta posição, não vislumbramos, pelo menos em essência, qual a diferença desta situação, com a que se verifica no domínio dos seguros. De facto, também aqui, o segurado, adere a um contrato, no qual não desempenha qualquer papel conformador, nas respectivas cláusulas. O preço está também à partida definido (as seguradoras têm algumas restrições na fixação das apólices, desenvolvendo a sua actividade sob rigorosa tutela por parte do Instituto de Seguros de Portugal. Esta entidade, define mesmo apólices uniformes, para certos contratos de seguros — ver art. 5.º, n.º 2, alínea *d*) do D.L. n.º 251/97, de 26/09, diploma que aprova o Estatuto da mesma), pelo que não se demonstra qualquer diferença ao nível dos efeitos pretendidos pela vontade dos respectivos utentes das duas situações. Ambos pretendem celebrar contrato, embora vejam a sua autonomia privada, consagrada pela disposição do art. 405.º do C.C. (e completada pelo art. 217.º do mesmo diploma⁷³), amplamente reduzida⁷⁴.

Tipologia e Conteúdo do Contrato

Como poderemos, então, do ponto de vista dogmático, enquadrar a questão?

tração Pública) e SINDE MONTEIRO, cit., pp. 379 e ss. e 29 e ss. «Na responsabilidade Médica Em Portugal», separata do *BMJ*, n.º 332, ponto 2.5.2., SINDE MONTEIRO e FIGUEIREDO DIAS defendem que na hipótese de ocorrerem danos para os pacientes de um hospital público, é adequada a tese da responsabilidade contratual de direito privado.

Ao nível da jurisprudência, referindo-se concretamente ao caso sub *judice*, podemos descortinar o Ac. R.C. 18/03/97, in *Col. Jur.*, Tomo II, pp. 32/4; Anotação ao Ac. S.T.J. 12/11/96, in *BMJ*, n.º 461, p. 423.

⁷³ Ver HORSTER, cit., pp. 438 e ss.

⁷⁴ Se existe razão para discriminação, no que respeita à vontade do agente, ela até vai no sentido inverso, uma vez, que o contrato do seguro pode ser em certos campos, obrigatório. Veja-se o seguro automóvel. O futuro segurado está adstrito a contratar um seguro, vê as cláusulas prefixadas na totalidade, e a sua liberdade resume-se a escolher a parte contratante (pouco significativo, já que na sua grande generalidade as propostas são muito semelhantes). Contudo, em nenhum momento surgiu qualquer opinião contrária à existência de um contrato nesta situação. Já no eventual contrato de utilização de uma auto-estrada, o utente tem pelo menos a faculdade de decidir se quer ou não contratar, uma vez que dispõe de alternativas (outras estradas sem portagem).

No nosso entendimento, configura-se então um contrato, em que a prestação principal da concessionária será permitir que o utente chegue ao seu destino com segurança e comodidade, e correspondentemente deverá ser pago por este a respectiva portagem, preço do serviço.

O contrato em análise inicia-se no momento em que o utente penetra na respectiva auto-estrada que lhe permite alcançar o seu destino. A concessionária é obrigada a colocar à disposição, uma auto-estrada (via fechada) em condições óptimas de circulação, de forma a que o utente apenas tenha de circular, uma vez que tem tudo pronto para o fazer. Configura-se então uma verdadeira proposta contratual por parte da concessionária⁷⁵, proposta essa que é aceite no momento em que o utente entre na auto-estrada sujeita ao regime de concessão com portagem. Nesse momento, as partes chegam a acordo sobre todos os elementos essenciais para o acordo, o utente toma plena consciência de que dá início à execução do contrato, e que a sua prestação terá de ser paga a final. O contrato de utilização é concluído, então, no momento em que entra na auto-estrada. Iniciada a sua execução, apenas assumirá um fim no momento em que o utente sai da auto-estrada, ou quando acabe

⁷⁵ Como nos ensina HORSTER, cit., pp. 455 e ss., a proposta contratual distingue-se do convite a contratar. Nesta figura, o sujeito sinaliza apenas o interesse ou a disponibilidade para entrar em negociações com vista à posterior conclusão do contrato. Por vezes a distinção não é líquida. Como exemplo de convite é normalmente apresentada a exposição de mercadorias na montra, mesmo que com os respectivos preços. O comerciante está à espera de propostas e reserva para si a inteira liberdade de não aceitar as mesmas (é certo que este entendimento vai perdendo força, à medida que o estabelecimento de venda ganha dimensão). Já haverá uma verdadeira proposta, quando colocada à disposição de pessoas indeterminadas, a possibilidade de uso imediato de bens ou serviços. É o caso das máquinas de bebidas, cabinas telefónicas, etc. Parece-nos que a situação das auto-estradas aproxima-se mais deste conceito. A concessionária tem à disposição do utente o serviço, pelo que se este aceita tal oferta, a concessionária não tem mais possibilidade de recusar a relação contratual. Pela própria natureza da via (fechada, impossibilidade de inverter a marcha), resulta o facto da concessionária não ter na sua disponibilidade a possibilidade de recusar a conclusão do contrato. Nem se percebe, porque motivos, haveria essa vontade. Mesmo que por hipótese, eles existissem (um determinado utente começa a destruir os bens da concessão), e supondo que a concessionária poderia «convitar» o utente a sair da auto-estrada, nessa altura o contrato já se encontraria concluído, pelo que o problema se enquadraria em sede de cumprimento defeituoso do mesmo, por parte do utente. Parece-nos então claro que a concessionária faz desde logo uma proposta. Aliás, se existir aqui um verdadeiro dever de contratar por parte da concessionária, este problema está à partida resolvido.

a concessão⁷⁶. Mas que contrato é este, e a que cláusulas estará sujeito?

Estaremos perante um verdadeiro contrato de adesão, que tem na sua génese cláusulas contratuais gerais⁷⁷. O utente não terá papel conformador na generalidade das cláusulas a que a relação negocial se encontra adstrita. O utente optará por uma das modalidades existentes, tendo conhecimento em que moldes deverá realizar a parte que lhe compete, não ignorando também o que pode esperar, e inclusive exigir da concessionária.

Parece-nos também coerente precisar que a capacidade de conformação do utente, não está excluída por completo do âmbito deste contrato. De facto, ele tem liberdade de escolha sobre determinados pontos concretos da execução do contrato, ou melhor dizendo, ele poderá escolher qual o tipo de prestação realizado pela concessionária que mais lhe convém (dentro dos limites previamente fixados). Tomemos o exemplo de um determinado cidadão que pretende fazer uma viagem de 100 km em auto-estrada, percurso esse que ele fez duas vezes seguidas. Na primeira, circulou a uma velocidade constante de 120 km/h⁷⁸, sem efectuar qualquer paragem. Na segunda, circulou à velocidade de 40 km/h⁷⁹, parando duas vezes em distintas estações de serviço, uma delas para descansar e se abastecer, e a outra para almoçar. Torna-se claro que as duas viagens se prolongaram por períodos de tempo completamente diferentes. Assim, e pelo mesmo preço, o utente teve possibilidade de usufruir

⁷⁶ Parece-nos que o contrato, ou melhor a sua execução, não termina com o pagamento da portagem por parte do utente. A concessionária, depois disso, mantém a sua prestação principal inalterável, ou seja a disponibilidade da auto-estrada em condições tais que permitam ainda a circulação rápida, segura e cómoda. Tal dever só termina com a saída da auto-estrada ou então quando termina a concessão. Com este entendimento podemos encontrar o recente Ac. S.T.J., de 17/02/2000, Col. Jur., S.T.J., ano VIII, Tomo I, pp. 107 e ss.

⁷⁷ Como se sabe, os dois conceitos não são coincidentes. As cláusulas contratuais gerais configuram necessariamente um contrato de adesão (pois se existe alguma negociação, deixam de ser gerais). Mas o inverso já não é correcto, pois podemos ter um verdadeiro contrato de adesão (cláusulas prefixadas, não sujeitas a possibilidade de negociação da outra parte), dirigido a uma situação específica e concreta e não a um conjunto de contratos em massa (não teremos, portanto, cláusulas contratuais gerais).

⁷⁸ Velocidade máxima permitida, para os automóveis ligeiros de passageiros e mistos, por força do art. 27.º n.º 1, do D.L. n.º 2/98, de 3/1.

⁷⁹ Velocidade mínima permitida, por força do art. 27.º, n.º 2, do D.L. n.º 2/98, de 3/1.

dos serviços prestados pela concessionária de forma, também ela diferente. Este indivíduo teve nas suas mãos a decisão de prolongar por mais ou menos tempo a prestação da contraparte, sem que isso acarretasse qualquer acréscimo da sua própria prestação (mais uma vez, convém não olvidar, que esta conformação tem de se fazer dentro dos limites, inerentes não só às velocidades permitidas, mas também ao período máximo de tempo que uma viagem em auto-estrada pode demorar⁸⁰). Daqui retira-se, que não obstante se tratar, de uma forma geral, de um contrato de adesão, e de estarmos perante verdadeiras cláusulas contratuais gerais, o utente não perde, porque não dizê-lo, capacidade de negociação em matérias muito concretas e determinadas.

Se existe adesão, e de acordo com a respectiva definição, apresentada anteriormente, essas cláusulas terão de estar definidas previamente, para que de alguma forma possam ser conhecidas pelos utentes⁸¹. Parece-me que deste contrato farão parte três tipos de cláusulas: aquelas definidas pelo Estado no contrato de concessão⁸²⁸³, e que por força da sua nature-

⁸⁰ Pela Portaria n.º 762/93, de 27 de Agosto, resultava a invalidade do título de trânsito, sempre que da leitura do mesmo fosse perceptível uma viagem superior a 12 horas [art. 3.º, alínea a)].

⁸¹ Sob pena de serem consideradas não escritas, e portanto não vincularem nenhuma das partes, em face do disposto no D.L. n.º 446/85, de 25/10 (Regime das Cláusulas Contratuais Gerais), alterado sucessivamente pelo D.L. n.º 220/95, de 31/8 e D.L. n.º 249/99, de 7/7.

⁸² É o caso das Bases, por exemplo, XVI, n.º 2 (atualização das «taxas de portagem»), XVIII (falta de pagamento), XXII, n.º 5 (obras acessórias), XXXIII (conservação da auto-estradas), XXXVI, n.º 2, XXXVII (assistência aos utentes), XLVII (falta de cumprimento por motivo de força maior).

⁸³ Tradicionalmente era até discutida a eventual natureza jurídica diferente entre a concessão em si e as regras de organização do serviço, sendo que a opinião dominante deu uma resposta positiva. Ver ALBERTO XAVIER, «Os caracteres jurídicos especiais dos serviços públicos concedidos e as diversas fases do regime da concessão de caminhos-de-ferro à C.P.», in Conferência realizada na Sociedade Geografia no Dia 13 de Maio de 1948, Ed. do Autor, p. 13. «O acto de organização é havido como lei, isto é, um acto criador duma situação jurídica, impessoal. (...) modificando essa organização, a autoridade pública competente não viola o contrato de concessão, mas apenas as regras gerais e impessoais da organização do serviço público concedido.» Alguns juriconsultos e professores da época, afirmam mesmo que se tratam de leis em sentido material, como nos dá a conhecer o mencionado Autor. Com efeito não podemos deixar de constatar, que o próprio contrato de concessão, bem como as Bases anexas, são instituídas e reconhecidas por Decreto-Lei. Para uma perspectiva mais recente sobre esta problemática ver PEDRO GONÇALVES, cit., *A Concessão*, pp. 177 e ss.

za serão imperativas para a concessionária⁸⁴, e de certa forma para o utente; cláusulas definidas pela própria concessionária (em matérias omissas ou não do contrato de concessão), sempre que esta entenda ser necessário para melhor poder efectuar a sua prestação⁸⁵; por último temos outro tipo de cláusulas, cuja conformação definitiva cabe, dentro dos limites estabelecidos, à liberdade de cada utente, e a que demos conta mais atrás.

Deste forma, podemos opinar que o contrato de utilização do utente é constituído, em primeira medida, pelas disposições do contrato de concessão, impostas pelo Estado⁸⁶. Poderemos mesmo afirmar que o contrato de utilização irá aderir ao contrato de concessão, no sentido de que terá de respeitar certas cláusulas fixadas por este.

O segundo tipo de cláusulas (juntamente com o primeiro, constituem as verdadeiras cláusulas contratuais gerais⁸⁷) aparecem em matérias não reguladas pelo contrato de concessão, onde a concessionária tem ainda assim interesse em regulamentar determinada matéria, para que os seus objectivos sejam salvaguardados⁸⁸.

⁸⁴ Mesmo que se considere haver obrigação de contratar por parte da concessionária, ideia reforçada pelo n.º 2 da Base IV do D.L. n.º 87-A/2000, de 13 de Maio (aprovação da concessão e respectivas Bases para a Zona da Costa de Prata, em regime de portagens SCUT), tal não obsta a que possa existir uma verdadeira autonomia privada no contrato entre concessionária e utilizador. Assim defende HORSTER, cit., pp. 62 e ss. Este fenómeno é relativamente frequente, como é o caso dos Seguros, onde, em certos domínios, existe a obrigação de contratar.

⁸⁵ É o caso da Base XVII (organização da cobrança e pagamento das portagens).

⁸⁶ MUSIELAK, cit., p. 285, esclarece que a liberdade de conformação deve encontrar os seus limites quando exista um perigo fundamentado de que este princípio constitua um abuso de direito. Esta situação acarreta a sobreposição de outros valores à vontade das partes. Ou seja o contrato, actualmente não se fundamentará apenas na autonomia privada, devendo as partes aceitar outras soluções impostas para repor o equilíbrio contratual.

⁸⁷ São fixadas previamente de forma geral e abstracta, por uma das partes ou por um terceiro. Isto acontece desta forma, não só para acorrer às necessidades práticas (seria complicado, para não dizer inexequível a negociação individual com cada um dos utentes), mas também para que essa parte possa acautelar convenientemente os seus interesses (são necessariamente diferentes esses mesmos interesses, quando se negocia em massa, do que quando se faz o mesmo tipo de contrato apenas com um indivíduo).

⁸⁸ Dentro das cláusulas inseridas pela concessionária ou correspondentes ao seu interesse, pensamos poder englobar três tipos diferentes: aquelas inseridas em domínios onde o contrato de concessão é omissivo; cláusulas cuja regulamentação na relação com os utentes caberia à concessionária, ficando tal previsto logo no contrato de con-

Afirmando a nossa posição de que se trata de um verdadeiro contrato, importa proceder à respectiva qualificação. Nesta matéria (liberdade contratual), a doutrina tem sido praticamente unânime em reconhecer a vigência do princípio do *numerus apertus*⁸⁹. O mesmo quer dizer que é permitido às partes uma ampla liberdade de conformação, não só quanto às cláusulas de um determinado contrato, mas também quanto à natureza assumida pelo mesmo. Deste entendimento decorre a possibilidade de se convencionarem contratos típicos, atípicos ou mistos.

Os contratos típicos⁹⁰ serão aqueles que vêm o seu regime (se não na totalidade, pelo menos na sua essência), definido na lei⁹¹. Em contraponto os «contratos atípicos são os que não são típicos. Saber quais os

cessão; cláusulas com o seu regime fixado já no contrato de concessão, mas que correspondem já em grande medida ao interesse da concessionária, pois não podemos perder de vista que a concessão também é um contrato, e onde, nessa medida, estarão representados os interesses de ambas as partes.

⁸⁹ Contudo, podemos desde já afirmar que todos os contratos, típicos ou atípicos, estão sujeitos a limites comuns, os decorrentes de não poderem acarretar violação da Lei, Moral, Ordem Pública, Bons Costumes. Não é pelo facto de serem típicos que se presume a concordância com aqueles valores. O juízo é, *a posteriori*, consoante cada caso concreto. P. ex. se um contrato de compra e venda é determinado por coacção moral, não obstante ser formalmente válido, ele vai ser considerado nulo. Desta forma, consideramos existir também no direito dos contratos, um *numerus clausus*, pois no fundo todos os contratos têm aqueles limites, não podem ultrapassar aqueles valores, sob pena de não serem social e juridicamente aceites. Assim, existe quase um círculo inultrapassável (constituído pelos interesses imperativos referidos), dentro do qual, aí sim as partes têm ampla liberdade de constituição. Também HORSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, pp. 51 e ss., parece ir ao encontro desta posição, quando afirma: «a conformação autónomo-privada de relações jurídicas apenas pode fazer-se mediante actos cujos tipos negociais são reconhecidos pela ordem jurídica. Para o efeito, esta admite um *numerus clausus* dos tipos negociais e das possíveis relações conformáveis por meio deles. (...) Por conseguinte, a conformação autónoma de relações jurídicas é determinada, quanto à forma a ao conteúdo possível do negócio, pela ordem jurídica.» Do mesmo modo PEDRO VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, pp. 320 e ss., considera como limites à contratação a Lei, a Moral, a Justiça, a Equidade e a Boa Fé.

⁹⁰ Em rigor não se confundem com os contratos nominados ou nominativos, porque estes têm o *nomen iuris* na lei, mas pode ou não ser definido o seu regime jurídico. Temos o exemplo do contrato de exploração turística, referenciado no D.L. n.º 328/88, de 30 de Setembro e Decreto Regulamentar n.º 8/89, de 21 de Março, apesar dos mesmos diplomas não definirem o seu regime — PEDRO VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, p. 208.

⁹¹ «Contratos típicos são aqueles que atribuem significado jurídico a uma realidade preexistente», RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, p. 43.

contratos que são atípicos, pode parecer simples em abstracto, mas em concreto pode ser difícil»⁹².

Já a terceira alternativa apresentada, a dos contratos mistos⁹³, é dividida pela generalidades dos Autores⁹⁴ em contratos mistos em sentido estrito e em sentido amplo. No primeiro dos sentidos, englobar-se-iam aqueles contratos que apenas constituíssem uma junção de contratos típicos. Já estariam no âmbito do segundo conceito se, para além disso, as partes estabelecessem cláusulas inovadoras, ou seja, que não corresponderem a nenhum dos contratos tipificados.

Parece-nos que no nosso caso estaremos perante um contrato típico e também nominado, mais concretamente um contrato de consumo⁹⁵, uma vez que a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa dos Consumido-

⁹² «Os contratos atípicos são aqueles cuja regulamentação não conste na lei» — MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 1980, 1.ª, p. 418.

⁹³ Diferente desta figura será a União de Contratos. Para PEDRO VASCONCELOS, cit., *Contratos*, p. 221, estaremos no âmbito deste instituto e não do contrato misto, quando seja possível separar os dois contratos coligados, e eles consigam subsistir autonomamente. Para o mesmo autor a União de Contratos pode ser externa, alternativa ou interna.

⁹⁴ Ver ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, 5.ª ed., 1.ª, p. 269. Também RUI PINTO DUARTE, cit., p. 49, e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 4.ª ed., p. 254.

⁹⁵ Em acordo com esta tipologia, temos PEDRO GONÇALVES, cit., *A Concessão*, p. 321, nota 473, embora este Autor apresente também a hipótese de se tratar de um contrato de prestação de serviço (p. 320), categoria que apresenta grande diversidade. Sobre a grande amplitude deste contrato (prestação de serviços) ver GALVÃO TELES, *Aspectos Comuns aos Vários Contratos*, p. 75. Este autor descreve-o como «certo ou certos resultados de uma actividade que tanto pode ser manual como intelectual, realizada com autonomia, sem subordinação à direcção da outra parte» — *Contratos Cívicos*, p. 165. Também MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, p. 520, admite a existência de outros contratos de prestação de serviços, aos quais chama «contratos atípicos de prestação de serviços». Já SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, p. 384, considera que o contrato de informação e o contrato de conselho são contratos atípicos de prestação de serviço.

SINDE MONTEIRO, cit., p. 30, ainda no que respeita ao utente da auto-estrada, opta pelo contrato atípico, o que de acordo com o referido não nos parece a opção mais correcta. Interessante é também a posição do Ac. S.T.J. de 17/2/2000, Col. Jur., S.T.J., ano VIII, Tomo I, pp. 107 e ss., onde se considera existir um contrato inominado, o que do exposto também não nos parece a qualificação mais adequada. Sobre as fontes de regulamentação dos contratos atípicos e respectiva hierarquia, ver entre outros: RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, p. 132; VAZ SERRA, *RLJ*, n.º 3420, p. 227; PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, p. 329; MARIA HELENA BRITO, *O Contrato de Concessão Comercial*, p. 218; ANTUNES VARELA, *Contratos Mistos*, p. 149; GALVÃO TELES, *Direito das Obrigações*, p. 58

res), no seu art. 2.º, n.º 2, considera abrangido, dentro do seu âmbito, os bens e serviços prestados «(...) por empresas concessionárias de serviços públicos». De acordo com a definição de contrato típico que apresentamos supra, não basta que ele seja denominado na lei, mas também que o seu regime esteja plasmado na mesma. Ora, este contrato de consumo, tem o seu regime previsto, não só pela referência a algumas das disposições da Lei de Defesa dos Consumidores⁹⁶, bem como pelos diplomas que aprovaram o contrato de concessão e as Bases anexas. Desta forma, e de acordo com a própria natureza da relação, vemos que ambas as partes (utente e concessionária) não têm ampla liberdade de conformação, uma vez que a generalidade do regime das suas prestações (com especial ênfase no caso da concessionária), é definido legalmente.

Uma vez qualificado o contrato, chegou a altura de caracterizar as condutas a que cada uma das partes se obriga por força da vinculação assumida.

O utente terá a seu cargo a prestação principal de pagar o preço (portagem) devido, por força do estabelecido previamente. Esta é, para todos os efeitos a prestação principal a que está adstrito. Ou melhor é dizer, faz parte dos elementos essenciais do contrato, e que o permitem autonomizar-se dos outros⁹⁷. À concessionária caberá, enquanto dever contratual prioritário, colocar à disposição do utente a estrada e a sua própria organização, para que a viagem deste decorra sem sobresaltos⁹⁸. Contudo parece-me que as prestações de ambas as partes não se esgotam no que foi referido.

No domínio das relações da vida, qualquer indivíduo tem o dever de não causar danos a outrem ou ao seu património⁹⁹. Esse especial dever de cuidado acentua-se quando entre duas personagens existe uma relação negocial¹⁰⁰. Nesse caso, qualquer uma das partes tem a obrigação

⁹⁶ Com especial incidência as constantes nos arts. 3.º [alíneas a), b) e f)], 4.º e 5.º HORSTER, cit., *A Parte*, p. 421, e RUI PINTO DUARTE, cit., *Tipicidade*, pp. 64 e ss.

⁹⁷ A prestação obrigacional da Brisa tem então carácter duradouro e natureza continuada, pelo que tem de ser ininterrupta a oferta aos utentes dos meios de segurança e comodidade. Sobre este tipo de prestações ver ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 6.ª Ed., 1.º, p. 93; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral de Direito Civil*, 1983, 2.º, p. 162.

⁹⁸ Vigora o mandamento do NEMINEM LAEDERE.

¹⁰⁰ Como refere MOTA PINTO, *Cessão...*, pp. 405 e ss., o próprio contrato potencia uma série de riscos acrescidos, aos quais correspondem os deveres de protecção. A sua violação geraria, então, uma verdadeira responsabilidade contratual, embora o seu regime tenha especificidades próprias.

de fazer o necessário, para que da sua prestação, não resultem danos para o outro (em termos genéricos, aqui a obrigação é activa, em contraponto com a anterior que na maior parte dos casos é meramente passiva). Argumenta-se em favor desta posição o facto de ser criada uma especial relação de confiança, entre as partes de um contrato¹⁰¹. Ora isso atribui o «direito» de esperar comportamentos leais, do outro, mas também lhe atribui o dever de evitar a produção de danos para esse outrem.

Podemos então fundamentar, com base no mencionado, deveres acessórios para ambas as partes, sobretudo para a concessionária cuja prestação é potencialmente geradora de riscos superiores.

Na formulação adoptada por MENEZES CORDEIRO¹⁰², podemos dividir os deveres acessórios em três géneros diferentes: esclarecimento; lealdade; e protecção. Os últimos (Schutzpflichten) vinculam as partes a evitar a ocorrência de danos, pessoais ou patrimoniais, para qualquer uma delas, no quadro da execução do contrato. Podem ou não decorrer do contrato propriamente dito, mas resultam inequivocamente do princípio da boa fé. Em caso de desrespeito darão lugar a responsabilidade civil por violação positiva do contrato^{103/104}.

Decorre da natureza do contrato, neste texto analisado, que a concessionária deverá ser inteiramente responsável pela circulação em segurança, e com comodidade, dos respectivos utentes. Por força do vínculo contratual, e desde o momento em que ele se constitui, o utente entrega nas «mãos» da concessionária a segurança do seu trajecto até ao destino (ou pelo menos até deixar de estar sobre a alçada da concessionária). Esta deve promover todos os esforços, para que nenhuma anormalidade

¹⁰¹ Alguma doutrina tem entendido, que se uma das partes é responsável pela criação de uma sensação de confiança, segurança, na contraparte, então deve arcar com as consequências da quebra dessa expectativa. Entre nós, ver p. ex., MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral*, pp. 374 e ss. Também ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, pp. 237/8, defende que cada contraente deve responder pelas expectativas que justificadamente cria, no espírito da contraparte.

¹⁰² *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 604.

¹⁰³ MENEZES CORDEIRO retira um exemplo elucidativo de ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, pp. 90 e 91: um pintor que vai pintar uma residência, deve cobrir os móveis para que da sua prestação não resultem danos para o credor.

¹⁰⁴ Defende MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contratos e Deveres de Protecção*, p. 55, que a violação dos deveres de protecção, acarreta a violação positiva do contrato, ou o cumprimento defeituoso do mesmo.

aconteça, sob pena de responder em sede de responsabilidade contratual, pelas omissões ou acções causadoras do dano.

Mas não se pense que esta obrigação é apenas imposta pelos ditames da boa fé. Ela resulta, expressamente, do contrato de utilização entre a concessionária e o utente. De facto, aquela está obrigada, a assegurar permanentemente, em boas condições de segurança e comodidade a circulação nas auto-estradas¹⁰⁵, sendo que para o efeito deve assegurar a vigilância dessas mesmas condições¹⁰⁶. Acresce ainda que a concessionária, tem a obrigação de vedar a auto-estrada, em toda a sua extensão^{107/108}. Este dado é especialmente importante porque, ao nível do direito comparado, Portugal foi o único país onde se entendeu ser adequado este dever ter natureza de obrigação¹⁰⁹. Todos estes vínculos são então devidos por força do contrato de utilização, e estão expressos por imposição do Estado¹¹⁰. Não tem então qualquer procedência, no nosso ponto de vista, o argumento acolhido em alguma da nossa jurisprudência¹¹¹, em que se refere que aquelas imposições se destinariam apenas à relação Estado/concessionária, pelo que não vincularia esta em relação aos utentes¹¹². O que se verifica é precisamente o oposto, pois quando a concessionária é obrigada a manter as condições de segurança da circulação, os beneficiários últimos serão, com toda a evidencia, os utentes. O Estado pretende que essa obrigação vigore no contrato entre a concessionária e o utente, pelo que não parece fazer sentido o argumento jurisprudencial, supramencionado¹¹³.

¹⁰⁵ Base XXXVI, n.º 1, do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro.

¹⁰⁶ Base XXXVII, n.º 1, do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro.

¹⁰⁷ Base XXII, n.º 5, do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro.

¹⁰⁸ Bem como os viadutos, em que o tráfego de peões seja exclusivo ou importante (*idem*).

¹⁰⁹ SINDE MONTEIRO, cit., *RLJ*, n.º 3889, p. 110.

¹¹⁰ Pertencem então aquele primeiro tipo de cláusulas, supra referidas, impostas por vontade do Estado, que entendeu ser necessária a sua existência e a sua vigência no contrato de utilização.

¹¹¹ Ac. R.P. de 5/12/94, in C.J., Ano 94, Tomo V, p. 221.

¹¹² Isto nem sequer era necessário, uma vez que já verificamos, que o mesmo decorreria dos ditames da boa fé, mesmo que não fosse expresso no contrato.

¹¹³ Reportando-nos a uma situação de certa forma análoga, em todos os contratos de transporte existentes, o transportador tem a obrigação (resultante da lei, do contrato ou da boa fé) de «entregar» o transportado no destino, em condições de segurança. Ver, por exemplo, o art. 504.º C.C., 383 C.Com., art. 3.º & 6 da Convenção de Bruxelas. Sobre esta matéria FERREIRA DE ALMEIDA, *O contrato de transporte no C.C.*, Rev.

A nosso ver poder-se-á, inclusivamente, entender que a disposição constante da Base XXXVI, n.º 2, será uma das disposições que vigorarão no contrato de utilização, por imposição estadual. Esta cláusula refere, e passo a citar: «A concessionária será obrigada, salvo caso de força maior devidamente verificado, a assegurar permanentemente, em boas condições de segurança e comodidade, a circulação nas auto-estradas, quer tenham sido por si construídas quer lhe tenham sido entregues para conservação e exploração (...).»¹¹⁴ A concessionária apenas se exonera desta obrigação contratual, se provar a existência de caso de força maior, que é concebido nos exactos termos previstos na Base XLVII, n.º 2¹¹⁵.

Pressupondo a existência de um contrato, a consequência imediata em termos de responsabilidade, consiste na inversão do ónus da prova, de acordo com o art. 799.º, n.º 1 do C.C. Desta forma, terá de ser a concessionária a provar que os danos ocorridos na auto-estrada, e por ocasião da circulação naquela, não procedem de culpa sua. Este preceito, tem sofrido alterações importantes, no que diz respeito à sua interpretação, nomeadamente quanto ao comportamento exigível ao devedor para afastar esta presunção. Os últimos desenvolvimentos apontam no sentido da apreciação cada vez mais rigorosa nesta matéria. Com efeito, tem-se

Trib., n.º 1840, p. 148; PINTO COELHO, «A Responsabilidade do Transportador nos transportes Aéreos e a validade das cláusulas de irresponsabilidade por acidentes ocorridos às pessoas», in *BFCUDC*, Ano X, 1926-28, Fascículo II, p. 561. O transportador tem então um dever de custódia relativamente ao que transporta e um dever de vigilância (obrigação de segurança), quanto aos passageiros. Deve transportar pessoas e coisas incólumes. Este regime é em grande parte justificado pelo facto do transportador ter a direcção efectiva do veículo. Ora a concessionária, por analogia, quase parece ter a mesma direcção. De facto, é o utente que conduz o seu automóvel, mas a concessionária tem o controlo de todos os restantes factores, para que a viagem decorra sem sobressaltos.

¹¹⁴ Este preceito é de vital importância para a matéria em julgamento. Também o Estado partilha da nossa tese, uma vez que foi mantido, quase de forma inalterada nas concessões posteriores — ver, de uma forma meramente exemplificativa, a Base LVII, n.º 2, do D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Agosto, e Base LIII, n.º 3, do D.L. n.º 87-A/2000, de 13 de Maio.

¹¹⁵ « (...) os que resultam de acontecimentos imprevistos e irresistíveis, cujos efeitos se produzem independentemente da vontade ou das circunstâncias pessoais da concessionária, nomeadamente actos de guerra ou subversão, epidemias, radiações atómicas, fogo, raio, graves inundações, ciclones, tremores de terra e outros cataclismos naturais que directamente afectem os trabalhos da concessão:»

entendido que não basta ao devedor provar que usou de toda a diligência devida (ou então que não foi negligente), sendo necessário estabelecer concretamente qual o evento concreto, com um processo causal autónomo, alheio, portanto, ao mundo da sua esfera, que não lhe permitiu o correcto cumprimento¹¹⁶. Em sùmula, trata-se de importar para a actualidade o entendimento perfilhado para o art. 705.º do Código de Seabra¹¹⁷. Se esta interpretação suscita dúvidas legítimas, nomeadamente quando se pensa na diferente formulação legal entre os artigos (705.º do Código de Seabra e 799, n.º 1, do C.C. de 1966), elas são esbatidas no caso em presença. Só esta posição pode ser defensável se tivermos em conta a referida Base XXXVI, n.º 2. A presunção do art. 799.º n.º 1, deve ser interpretada à luz desta Base que assume ao mesmo tempo a natureza de cláusula contratual (contrato de concessão), e a natureza de norma imperativa (que assim não pode ser afastada por vontade das partes no contrato de consumo entre a concessionária e o utente). Desta forma, a exoneração só se poderá alcançar com a prova de que o dano (resultante das deficientes condições de segurança) foi originado por «... acontecimentos imprevistos e irresistíveis, cujos efeitos se produzem independentemente da vontade ou das circunstâncias pessoais da concessionária...». Melhor é referir que é necessária a prova de um caso de força maior ou fortuito, facto de terceiro ou culpa do lesado¹¹⁸. Este regime

¹¹⁶ Ver neste sentido SINDE MONTEIRO, cit., p. 91; PESSOA JORGE, «Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil», in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, 1968, pp. 131/3. Também ALVES MOREIRA, «Estudo Sobre a Responsabilidade Civil», in *RLJ*, ano 37, n.º 1630 (22 de Abril de 1905) e ss., ano 39, p. 155, defendeu que a inversão do ónus da prova prevista para o dano causado por coisas, deve ser interpretado que só pode ser afastado mediante prova de caso fortuito, de força maior ou culpa de terceiro. Deveria ser provado o facto positivo, que excluísse a sua responsabilidade. Não seriam admitidos factos genéricos e vagos para demonstrar apenas a diligência de quem tinha a seu cargo a coisa ou o animal. Também PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso, Em Especial Na Compra e Venda e na Empreitada*, Coimbra, 1994, p. 306. Da mesma forma MENEZES CORDEIRO, *Responsabilidade Civil Dos Administradores Nas Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 1997.

¹¹⁷ «O contraente, que falte ao cumprimento do contrato, torna-se responsável pelos prejuízos que causa ao outro contraente, salvo tendo sido impedido por facto do mesmo contraente, por força maior, ou por caso fortuito, para o qual de modo nenhum haja contribuído.»

¹¹⁸ Especificamente sobre a culpa do lesado, ver BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado Como Pressuposto e Critério De Imputação Do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 1997.

resulta em virtude da adesão do contrato de consumo à Base em referência. Esta disposição não pode ser afastada ou restringida por força da vontade das partes, pelo que assume a natureza de verdadeira norma imperativa. Parece-se configurar aqui um regime mitigado, próximo de uma verdadeira responsabilidade objectiva, devendo a concessionária responder por todas as faltas nas condições de circulação nas auto-estradas a seu cargo, a não ser que prove a verificação de força maior. Se se entender, como nós defendemos, que esta é uma das cláusulas que terão de constar imperativamente no contrato de utilização¹¹⁹, então a concessionária estará vinculada a uma responsabilidade em que a culpa objectiva abandona o seu papel de pressuposto prioritário, incontornável, aproximando-se mais de um cariz objectivo. Também não podem subsistir dúvidas sobre a sua aplicação ao contrato entre o utente e a concessionária. Senão vejamos: determinado utente tem um acidente de viação numa auto-estrada causado *por deficiência nas respectivas condições de circulação*. Não estamos perante um caso de força maior. Do acidente resultam danos pessoais e patrimoniais graves para o utente. Numa situação destas, da forma como a questão é tradicionalmente concebida, a concessionária é responsável perante o Estado, por força do contrato de concessão (uma vez que não estão preenchidas as condições de exoneração previstas na Base XLVII, n.º 2). Contudo, em relação ao utente, a concessionária só vai responder, extracontratualmente, se o lesado/utente provar a respectiva culpa. Como aceitar esta situação, em que o principal lesado, provavelmente, não verá as suas pretensões aduzidas, e que a concessionária apenas deva indemnizar o Estado. Reafirmamos que o

¹¹⁹ Neste sentido da aplicação da Base XXXIX, n.º 2, do D.L. n.º 315/91, de 20 de Agosto (correspondente à Base XXXVI, n.º 2, do actual diploma), ao contrato entre a concessionária e o utente, como verdadeira cláusula do mesmo, podemos apontar o já mencionado Ac. R.C., 18/03/97, in *Col. Jur.*, Tomo II, pp. 32/4, quando refere: « ..., estava ela obrigada (a Brisa, ré nesse processo) a assegurar — salvo caso de força maior — permanentemente em boas condições de segurança e comodidade, a circulação nas auto-estradas. O mesmo é dizer que, deixando de praticar os correspondentes actos de vigilância e os destinados a eliminar e prontamente assinalar (com os pertinentes sinais do Código da Estrada e seu Regulamento) quaisquer anomalias que diminuam ou impossibilitem aquela insegurança e comodidade, bem como assim deixando de, com a brevidade tecnicamente exigível, remover as mesmas anomalias, haverá de reconhecer-se um incumprimento. (...) A oferta contra-prestacional (relativamente aos pagamentos de portagens) da mesma Ré, não se coaduna com o exercício por parte dos condutores utentes de especiais cautelas com o piso, ...».

utente é o principal e praticamente exclusivo beneficiário do serviço prestado pela concessionária. Não é de conceber que num destes casos seja ressarcido o Estado, enquanto o lesado nada receba. Assim, apenas é de aceitar que aquela disposição (Base XXXVI, n.º 2) seja efectivamente uma das cláusulas integrantes do contrato de utilização, pelo que os utentes beneficiarão do seu regime. Em nosso entender a concessionária encontra-se vinculada aos seus utentes, por um regime de responsabilidade que se caracteriza pela inversão do ónus da prova, e onde a respectiva presunção apenas é ilidível, nas condições tradicionalmente apontadas para a exoneração da responsabilidade objectiva, ou seja em caso de força maior¹²⁰, e, atrevemo-nos a acrescentar, quando haja facto de terceiro, ou culpa do próprio lesado¹²¹.

Paradoxalmente, a Base XXXVI, n.º 2, tem sido tradicionalmente apontada como um argumento contrário à posição contratual, uma vez que estabelece regime idêntico para todas as auto-estradas, sujeita ou não ao regime de portagem. Os defensores desta tese argumentam que nas auto-estradas sem portagem não existe nenhum contrato, e se os utentes sujeitos a esta modalidade têm o mesmo regime dos outros, então é porque não se trata de responsabilidade contratual, mas meramente delitual. Todos os utentes, pagassem ou não portagem, estariam protegidos pela mesma modalidade, ou seja, a responsabilidade extra-contratual¹²².

Em resposta a esta argumentação, desde logo concedemos que no caso de auto-estradas não sujeitas ao regime de portagem, não existe

¹²⁰ Base XXXVI, n.º 2

¹²¹ No nosso caso, a Base XLVII, n.º 2, fornece exemplos meramente interpretativos, que não constituem uma enumeração taxativa. Assim a concessionária poderá ser isenta de responsabilidade, quando os danos «... resultam de acontecimentos imprevistos e irresistíveis, cujos efeitos se produzem independentemente da vontade ou das circunstâncias pessoais da concessionária...». Dentro desta noção de força maior (entendida amplamente, parece-nos) podemos enquadrar o facto de terceiro, ou a culpa do lesado (desde que, como é evidente, para a produção do dano não tenha concorrido também, culpa da concessionária). Tomando o exemplo do cão que provoca um acidente na auto-estrada, se a concessionária conseguir provar que o animal foi introduzido por um terceiro, e que ela própria nada pode fazer para evitar as consequências, ela exonera-se da responsabilidade. Caso contrário, terá de assumir os encargos.

¹²² Neste sentido, podemos descortinar os seguintes Ac.: Acórdãos da Relação do Porto de 6 de Julho de 1995 (*Col. Jur.*, Tomo IV, pp. 174-176), de 24 de Setembro de 1996 (Tomo IV, pp. 197-199) e de 2 de Dezembro de 1998 (Tomo V, pp. 207 e ss.)

uma relação contratual entre utente e concessionária¹²³. Contudo, tal não permite afirmar a inexistência de um contrato quando essa portagem é paga¹²⁴. Só naqueles casos não se configurará uma relação contratual. E porquê?

Parece-nos essencial, para a resolução do problema, ter em conta, que o regime de auto-estrada sem portagem, ou mesmo com portagem, mas sem cobrança ao utilizador, é exclusivo das zonas confinantes às grandes cidades¹²⁵. Qual será o(s) motivo(s) que levará o Estado a impor esta solução à concessionária? São zonas de acesso privilegiado (devido às superiores condições de circulação, que se faz mais rápida e comodamente) às grandes urbes, pelo que apresentam grande intensidade de tráfego. Entendemos que o interesse público nestas situações é incomparavelmente superior, por oposição à situação comum de uma auto-estrada. Com efeito, para além das necessidades individuais serem em maior número (uma vez que é maior a quantidade de utentes), parece-nos também que o próprio interesse público é superior. Normalmente, tratam-se de indivíduos que querem aceder ao seu trabalho e depois pretendem retornar à respectiva residência, pelo que obviamente desejam fazê-lo com a máxima celeridade. Se, como defendemos, de um interesse público se trata¹²⁶, então compreende-se

¹²³ Esta posição não é líquida, uma vez que não podemos esquecer a existência de contratos gratuitos. Não é pelo simples facto de não haver lugar ao pagamento de uma portagem, que se exclui de imediato qualquer hipótese de relação contratual. A prestação do utente, não consiste apenas nesse pagamento, é composta por outras obrigações: fazer o respectivo percurso com segurança, por forma a evitar danos para com os bens da concessão; evitar causar prejuízos à concessionária, nomeadamente não utilizar os serviços de emergência desta, sem fundamento. Também convém relembrar que vários autores defendem a existência de relações privadas com os utentes, não excepcionando aqueles que não pagam qualquer prestação. Ver FREITAS DO AMARAL, *Curso*, cit., p. 552, e PEDRO GONÇALVES, cit., *A Concessão*, p. 314 a 321.

¹²⁴ Também SINDE MONTEIRO, cit., *RLJ*, n.º 3898, p. 31.

¹²⁵ Nomeadamente Lisboa e Porto, como predis põe o preâmbulo do D.L. n.º 330-A/95, de 16 de Dezembro — «(...) uniformiza-se a prática de não haver cobrança de portagens nos primeiros troços de auto-estrada contíguos aos dois grandes centros urbanos do país: Lisboa e Porto.»

¹²⁶ Aqui sim, é um verdadeiro interesse público, ou pelo menos com maior intensidade no que existe numa comum auto-estrada com portagem. A leitura atenta da Base XV, n.º 5, do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro, e da Base XLIX, n.º 4, do D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Agosto, permite aceder à mesma conclusão, uma vez que se faz depender o montante das taxas de portagem, da prestação do melhor serviço aos utentes e do interesse público em causa. Podemos ainda constatar que as novas concessões em

a opção estadual ao isentar os utentes do pagamento daquele serviço¹²⁷.

Acresce ainda, o argumento de que nos parece distinta a atitude dos utentes confrontados com as duas situações diferentes (auto-estradas com e sem portagem). Parece-nos que um utente, quando vai circular numa auto-estrada onde sabe não existir portagem, não detém uma atitude psicológica, uma vontade de praticar um contrato. A intenção própria de um utente nessas circunstâncias, aproxima-se mais da que existe quando circula numa estrada normal.

Pelo referido, resulta ser para nós claro, que não existe contrato na hipótese mencionada, ao contrário do que acontece, quando está em jogo uma portagem. Mas será que essa natureza distinta acarretará regimes diferentes, nomeadamente no que concerne à responsabilidade perante o utente?

A nosso ver a resposta é negativa, pelo que o regime será semelhante, embora com fundamentos diversos. Para nós a situação é a mesma, o utente continua a ser o destinatário por excelência, da concessão. Ora, tratando-se inclusive de um interesse público superior, é de exigir que o Estado, por maioria de razão, exija à concessionária o mesmo grau de cuidado, mesmo que não haja portagem. Daí o referido na Base XXXVI, n.º 2, onde esse regime é aplicável independentemente do pagamento daquela. Senão vejamos: um determinado utente, residente em Braga, tem necessidade de se deslocar a Lisboa, pelo que resolve fazê-lo por auto-estrada. Quando chega ao Porto, é obrigado a circular em alguns troços que não são sujeitas ao regime de portagem (logo não há contrato), onde tem um acidente, resultante das más condições de circulação. Será que o facto meramente fortuito que consiste na circulação, nesse preciso momento, sobre um desses troços (dez quilómetros nos quarenta e cinco por cento da viagem), justifica para este utente uma protecção menor? É certo, que nesse hiato não vê já a sua situação ser regulada pelo contrato, mas será que do ponto de vista de justiça material haverá algum funda-

regime de portagem SCUT (sem cobrança ao utilizador), falam em serviço público, o que não acontece com as concessões das portagens em que o seu pagamento se faz de forma usual — ver, p. ex., Base IV, n.º 1, do D.L. n.º 87-A/2000, de 13 de Maio.

¹²⁷ Embora de menor interesse, tal opção também se justificará, por razões de índole prática, pois seria complicado gerir o trânsito e a demora do mesmo, se obrigássemos a pagar portagem a todos aqueles que pretendessem entrar na cidade pela auto-estrada, sendo que actualmente este é efectivamente o melhor meio para o fazer.

mento para atribuir aqui uma protecção diferente? Todos estarão em acordo com uma resposta negativa. Não podemos esquecer que na eventualidade do acidente ter ocorrido alguns quilómetros mais cedo, ou então mais tarde, ele poderia fazer valer o regime contratual. Acontece que o fundamento para essa igual pretensão deste utente é diferente: no contrato, funda-se na vontade negocial (mesmo que a cláusula exista por imposição estadual); na ausência de portagem, o fundamento daquela pretensão (lembre-se que estamos a falar de um regime de culpa presumida agravada), consiste na figura do contrato com eficácia de protecção para terceiro, a que nos referiremos posteriormente.

Até este momento, a nossa tese teve como fundamento a concessão atribuída pelo D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro, e respectivas Bases anexas. Contudo, após este diploma, entraram em vigor alguns outros, também eles com a finalidade de aprovação de uma concessão desta natureza. Não podemos, então, deixar de nos referir a algumas alterações de regime que entretanto foram introduzidas, sendo que parte delas tem interesse para o escopo deste trabalho. Pelas questões que suscita, nesta matéria da responsabilidade contratual da concessionária perante o utente, uma delas (comum às cinco concessões posteriores àquele Decreto-Lei), é particularmente curiosa. No âmbito do capítulo sobre a «Responsabilidade extracontratual perante terceiros», e com a epígrafe «Pela culpa e pelo risco», é definido que a «Concessionária responderá, nos termos da lei geral, por quaisquer prejuízos causados a terceiros no exercício das actividades que constituem o objecto da Concessão, pela culpa e pelo risco, (...)»¹²⁸. De uma leitura menos atenta e mais formalista deste preceito, poderia resultar que a concessionária, pelos danos provocados em terceiros, apenas responderia nos termos da Responsabilidade extracontratual. Poder-se-ia pensar estarem os utentes inseridos no conceito de terceiro como ele é aqui apresentado. Se assim se concluísse, também para eles vigoraria aquele regime, parecendo afastada a Responsabilidade tipicamente contratual. Não nos parece este, de facto, o melhor entendimento.

Do exposto, resulta claramente que o utente não pode ser considerado um terceiro no sentido tradicional do conceito, ou seja alguém exterior e indiferente (pelo menos considerado de forma abstracta) a uma

¹²⁸ Ver, por exemplo, Capítulo XII, Base LXXIII, do D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Agosto; Capítulo XVI, Base XXIII, do D.L. n.º 87-A/2000, de 13 de Maio.

relação contratual. Mesmo assumindo como ponto de referência o contrato de concessão, o utente nunca pode ser qualificado como terceiro, uma vez que o benefício resultante das prestações contratuais se dirige, em última análise, ao consumidor do serviço — o respectivo utente. Nestes casos, o utilizador, não é um terceiro, porque se aproxima de forma indelével da relação contratual, por forma a podermos constatar que se encontra incindivelmente ligado à mesma. Tal, só por si, era susceptível de justificar um regime distinto entre os utentes e os verdadeiros terceiros (todos, que de alguma forma geral, possam ser afectados pela concessão). Ora, esta posição surge com renovada convicção, se aceitarmos uma ligação contratual entre esse utente e o prestador do serviço, a concessionária. Parece também ser esse o pressuposto estadual, ao assumir que as Bases do contrato de concessão tenham eficácia externa, e vinculem directamente a prestação da concessionária em favor dos utentes. Podemos então resumir que é inadequado referirmo-nos a estes, como terceiros, na concessão de auto-estradas. O mesmo faz o Estado, porque em nenhum momento sugere sequer essa designação no contrato de concessão. Sempre que se refere aos consumidores, é frequente nomenclá-los como utentes¹²⁹, ou em alternativa, mais remotamente, como utilizadores. Quando a concessão se reporta a terceiros, refere-se, por exemplo, a instalações de terceiros¹³⁰, direitos de terceiros no estabelecimento de redes¹³¹, mas nunca às personagens em causa. Não faria sentido, portanto, que agora quisesse englobar os utentes, no mesmo cesto, com todos os outros terceiros, olvidando a diferença substancial de regimes. Supor de outra forma, seria introduzir uma contradição incompreensível e insanável na lógica destas concessões. Tal poderia, inclusivamente, acarretar a inconstitucionalidade do preceito supra-mencionado. A C.R.P., com o poder axiomático que se lhe reconhece, preceitua a liberdade de iniciativa individual (ver arts. 61.º e também 62.º), cujo corolário máximo é constituído pelo princípio da liberdade contratual (art. 406.º do C.C.). A imposição estadual de um regime de responsabilidade extracontratual seria, a todos os níveis, atentatória da liberdade de auto-conformação reconhecida aos seres humanos enquan-

¹²⁹ Bases XXXVI, n.º 2, XXIX, n.º 4, alínea f), e n.º 5, XL, n.º 3, alínea a), XLIX, n.º 4, LII, n.º 5, LV, n.º 3, alíneas e) e b), LVI, n.º 2, LVIII, n.º 1, LIX, n.º 2.

¹³⁰ Base. LXV.

¹³¹ Bases XXII, n.º 4, XXXIV, n.º 6.

to tais. Constituiria na imposição de uma determinada solução à partida, negando aos indivíduos a sua própria liberdade de conformação, bem jurídico fundamental nos nossos tempos.

Ao proceder com este intuito, poderíamos concluir, outrossim, pela completa denegação por parte do Estado, daqueles que constituem os seus princípios, no actual Estado moderno. Na sua auscultação das relações individuais, só lhe é permitido intervir para assegurar o equilíbrio contratual, delicado em determinadas circunstâncias. Nessa medida, são impostas certas obrigações, para que do relacionamento não resultem deveres demasiado onerosos, inoportáveis, para uma das facções em jogo. Em conformidade não é de aceitar que o Estado pretendesse sujeitar os utentes ao mesmo regime, que se aplicará ao comum dos terceiros. Entender o contrário, seria atentar contra a autonomia privada, contra os deveres do Estado de direito, e contra o princípio da igualdade (todos eles valores constitucionais), pela primeira vez visionado por Aristóteles, e que na sua formulação moderna significa que «o que é igual deve ser tratado igualmente, mas deve ter um regime diferente, tudo aquilo que é distinto».

Assim, o referido preceito, constante aliás de todas as concessões posteriores ao D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro, apenas se dirige a terceiros, com exclusão dos utentes. Sobre esses impenderá então um regime de Responsabilidade Extracontratual, que tutelarà as lesões que eventualmente venham a sofrer. Para os utilizadores das auto-estradas portuguesas, será então adequada a Responsabilidade Contratual, se tivermos em consideração a natureza do regime que os une à concessionária.

Contrato com eficácia de protecção para terceiro (Auto-estrada sem portagem)

O contrato a que se refere neste momento é a concessão entre o Estado e a concessionária. É colocada a questão de saber se o devedor da prestação (concessionária, uma vez que se trata de manter a auto-estrada em boas condições de circulação), para além de estar obrigada perante o Estado, não deverá também responder perante os utentes, caso viole determinados deveres? Poderão ou não esses utentes arrogar-se um direito a uma indemnização por força da violação desses mesmos deveres, devidos por força da concessão?

Este figura¹³² tem ampla tradição na jurisprudência alemã¹³³, e isto acontece por razões concretas. Com efeito a responsabilidade delitual alemã, é deveras limitada, no que respeita à protecção do lesado¹³⁴, nomeadamente quando comparada com a portuguesa. Desta forma, é frequente existirem danos, que por não se enquadrarem na responsabilidade contratual, e por fugirem ao âmbito da delitual, não obtêm a protecção desejada. Surgiu então o instituto do contrato com eficácia de protecção para terceiros.

Esta figura não é exclusiva do direito alemão, pois é aceite pelo ordenamento austríaco, bem como pela jurisprudência suíça¹³⁵ e francesa¹³⁶. Em Portugal a questão também não é desprovida de interesse, uma vez que tem sido aceite pela doutrina mais recente¹³⁷, enquanto regulamentação mais vantajosa para o terceiro lesado¹³⁸.

Tradicionalmente a aplicação deste instituto foi prevista para hipóteses em que se configuravam verdadeiros contratos em favor de terceiros, ou seja, quando estes eram os destinatários directos da prestação devida com base no contrato¹³⁹. Portanto, apenas seria aplicável, caso essa eficácia estivesse *ab initio* presente na vontade das partes.

¹³² Só recentemente foi possível autonomizar esta figura e realizar o correspondente tratamento dogmático da mesma, porque primeiro foi necessária a consciencialização do carácter complexo da relação contratual. Apenas num momento posterior se verificou então a cindibilidade entre o dever lateral de protecção e o dever de prestação — MOTA PINTO, *Cessão*, cit., p. 422.

¹³³ Ver SINDE MONTEIRO, cit., p. 31, e MENEZES CORDEIRO, cit., *Da Boa Fé*, pp. 616 e ss.

¹³⁴ Ver *supra* nota 5.

¹³⁵ Ver SINDE MONTEIRO, cit., *RLJ*, n.º 3898, p. 31.

¹³⁶ Ver MUSIELAK, cit., p. 283.

¹³⁷ MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 1970, pp. 419 e ss. — «A sua compatibilização com o sistema assenta, a nosso ver, na circunstância de estarmos perante um tipo atenuado duma excepção formalmente consagrada na lei ao princípio da relatividade das convenções: o contrato a favor de terceiro do art. 443.º e segs.» — e *Direito Civil*, 1980, p. 127; MENEZES CORDEIRO, cit., *Da Boa*, pp. 619 e ss.; MUSIELAK, cit., p. 283; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, Recomendações ou Informações*, pp. 518 e ss.

¹³⁸ Esta figura, bem como outras, vem por em causa o papel que tradicionalmente era atribuído ao contrato, ou pelo menos ao princípio da contratualidade (com especial aplicabilidade em França). Em alguns Estados afirma-se já que o contrato está em crise, ou até mesmo que já morreu. Ver neste sentido GRANT GILMORE, *The Death of Contract*, 1974, e também P. S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979.

¹³⁹ P. ex., Oberlandesgericht em 1913 — «Quem combinasse que um hóspede deveria ser transportado através de uma viatura e encomendou, com esse escopo, essa

Com o natural desenvolvimento do instituto, o passo seguinte, consistia em afirmar aquela protecção, desde que o credor contratual quisesse (de forma visível ou previsível para o devedor contratual), estender os deveres contratuais que lhe eram devidos, também em favor de terceiros, mesmo que a estes não correspondesse já qualquer prestação principal^{140/141}. O âmbito destes deveres transcende em muito o da mera contratualidade, ou seja está relacionado com a execução fiel, leal, de acordo com a boa fé, pelas partes — são os deveres acessórios. O busílis da questão consiste no facto das partes terem acordado (tacitamente), de que pelo menos estes deveres acessórios de protecção contratuais deveriam beneficiar o terceiro¹⁴². Continuava-se então a incidir na vontade das partes, e a questão resumia-se em saber se as regras do contrato em favor de terceiro, se deviam aplicar directa ou analogicamente.

Mais recentemente, os tribunais têm considerado decisivo, nesta matéria, o interesse do credor na protecção do terceiro. Esse interesse existirá, quando recaia sobre o credor um dever de cuidado para com o terceiro (normalmente em relações familiares ou profissionais¹⁴³). O fun-

viatura, celebrava um contrato de transporte a favor desse hóspede» — Ver MUSIELAK, cit., p. 287. E a correspondente responsabilidade?

¹⁴⁰ P. ex., a propósito de uma filha de um arrendatário que adoeceu com tuberculose, porque o arrendado estava infectado, o Tribunal do Reich (Reichsgericht), em 1917, afirmou: «o arrendatário de uma morada de família exprime a intenção, reconhecível para o próprio senhorio, de que na conclusão do contrato seriam tidos em conta, na medida do possível, os interesses dos familiares que com ele vivem, e portanto, com esse escopo, pretende que lhe sejam atribuídos, contra o senhorio, os mesmos direitos a habitabilidade sem perigos do prédio que a ele mesmo lhe cabe» — Ver MUSIELAK, cit., p. 287.

¹⁴¹ A este respeito afirma correctamente SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, p. 520, que se é consensual a possibilidade de estipular uma prestação a favor de terceiro, então, por maioria de razão, deverá ser lícito às partes a inclusão de um mesmo terceiro no âmbito de protecção do contrato, uma vez que este instituto não ofenderá tão gravemente o princípio do contrato ou princípio da relatividade do mesmo.

¹⁴² MOTA PINTO, cit., *A Cessão*, p. 422 — «os deveres laterais ou deveres de protecção (na terminologia de LARENZ — os outros deveres de comportamento), (...) estendem-se em certos casos, para determinados terceiros, de tal modo que, sendo violados, estes tornam-se credores de um direito a indemnização contratual».

¹⁴³ Exemplo destes deveres de protecção surgidos em virtude de uma relação profissional, neste caso laboral, é apresentado em MENEZES CORDEIRO, cit., *Da Boa Fé*, pp. 620/1, que o retira da sentença do BGH, de 25/4/1956: Um fornecedor entrega a uma máquina a certa fábrica, sabendo com naturalidade, que ela destinava-se a ser utilizada por terceiros. A máquina era perigosa, vindo a causar danos ao trabalhador

damento já não incide apenas sobre a vontade tácita dos contraentes, mas também na interpretação integradora do contrato^{144/145}.

Para além do interesse do credor¹⁴⁶, têm sido requeridos pressupostos adicionais, como sejam a previsibilidade de uma responsabilidade pelo terceiro (que se fundamenta numa aparência de segurança), e a proximidade do lesado em relação à prestação contratual¹⁴⁷.

Reportando-nos agora, concretamente, ao escopo do nosso trabalho, parece-nos que este instituto assenta de uma forma perfeita na situação dos utentes das auto-estradas, nomeadamente quando não exista portagem¹⁴⁸. Temos um contrato, o contrato de concessão, que relaciona a

que a manejava. Este, terceiro em relação ao contrato de compra e venda, accionou directamente o fornecedor, por violação dos deveres contratuais que lhe assistiam, vindo a ter êxito.

¹⁴⁴ SINDE MONTEIRO, cit., *Responsabilidade*, p. 521, e MUSIELAK, cit., p. 289 — A interpretação integradora prossegue o escopo de tomar executível uma regulamentação lacunosa do contrato. Se determinados aspectos não foram previstos, pode o juiz colmatar a lacuna, levando às últimas consequências, as intenções expressas pelas partes.

¹⁴⁵ Semelhante a este método interpretativo (se de interpretação ainda se pode falar), são os «Implied Terms» britânicos. Consistem na prática de inserir nos contratos privados «estipulações implícitas», para além do texto, partindo da suposição de que as partes as teriam entendido. São usados em quatro situações diversas: tornar explícito, o que era implícito nas próprias palavras do contrato; acrescentar algo que as partes teriam querido, mas não estipularam expressamente; acrescentar o que as partes não previram, mas teriam estipulado se tivessem previsto; acrescentar o que o tribunal considera justo e de boa fé, mesmo que as partes depois de pensar, não tivessem na mesma estipulado. — Ver PEDRO VASCONCELOS, cit., *Contratos*, pp. 388 e ss..

¹⁴⁶ Que tem vindo cada vez mais a perder o carácter pessoal que assumia inicialmente, podendo existir o mesmo interesse do credor, mesmo em termos institucionais. MUSIELAK, p. 293, defende, inclusive, que o critério decisivo, será não aquele interesse, mas a posição do terceiro em relação à prestação contratual.

¹⁴⁷ MUSIELAK, cit., p. 290, acrescenta, e bem, em nosso entender, ser necessário que a responsabilidade seja previsível não só para o terceiro, mas também para o devedor, sob pena de injustiça. Acrescenta MOTA PINTO, cit., *A Cessão*, p. 424, que o limite para o núcleo de terceiros a inserir na esfera de protecção do contrato, a cognoscibilidade, pelo devedor, do interesse e do contacto dos terceiros com a sua prestação.

¹⁴⁸ Em relação aos outros utentes, a existência de um contrato entre eles e a concessionária, provoca o afastamento em relação a eles da figura do contrato com eficácia de protecção para terceiro. Se existe um contrato, então todo o regime é contratual, pelo que não faz qualquer sentido, aplicar esse regime apenas quanto à eficácia de protecção. Nesse caso o utente é uma parte do contrato, com todos os direitos e obrigações daí inerentes, e não um terceiro estranho à relação contratual, e à prestação principal.

concessionária e o Estado. Mas temos também terceiros perfeitamente identificados — os utentes. Deverão eles ser abrangidos pela regime de protecção daquele contrato?

De tudo aquilo que foi referido previamente, podemos afirmar claramente, que o contrato de concessão tem como beneficiários últimos (prioritários) os utentes. As obrigações impostas pelo concedente ao devedor contratual, apenas se destinam a garantir aos utentes a segurança devida. É manifesto que o credor contratual, o Estado, tem um especial dever de cuidado, para com estes terceiros¹⁴⁹. Não se trata aqui de perfilhar um concepção marxista/leninista, mas sim de reconhecer sem complexos que o Estado é responsável pela segurança dos seus cidadãos¹⁵⁰, e é sobretudo responsável pela segurança dos utentes de um serviço prestado por si próprio, ou por intermédio de uma concessão¹⁵¹. Parece-nos também que esse especial dever de cuidado é transferido (imposto contratualmente) para a concessionária, por força do contrato de concessão. O devedor, além dos deveres de prestação em relação à contraparte, é colocado na posição de ter de adoptar «deveres de cidadão» em relação a um estranho ao negócio^{152/153}, mesmo que este não possa exigir a prestação contratual. Daqui resultam dois factores diversos. Em primeiro lugar, é cognoscível para a concessionária a extensão dos deveres de protecção que ela assume a terceiros, neste caso os utentes. Esta responsabilidade é então previsível para o devedor¹⁵⁴. Em segundo lugar, e por

¹⁴⁹ BERRUETA DE JUAN, *El incumplimiento en la concesión de servicio público*, Madrid, 1981, p. 467 — o dever de prestar os serviços aos utentes constitui uma obrigação «esencialíssima» do concessionário, uma vez que corresponde à própria finalidade do serviço público. HAURIU — «le contrat de concession est stipulé pour les citoyens; il le leur réserve des droits et charges à l'Administration de les assurer». Ver por todos PEDRO GONÇALVES, cit., *A Concessão*, respectivamente nota 462 da p. 315 e nota 457 da p. 314.

¹⁵⁰ Um bom exemplo é a organização de um exército, para as necessidades públicas de defesa e segurança.

¹⁵¹ Ver art. 9.º, alínea d) da C.R.P. — Incumbe ao Estado a promoção do bem-estar e a qualidade de vida dos seus cidadãos. Reconhecendo este interesse estadual, temos a Sentença do Juiz do 3.º Juízo de Competência Especializada Cível da Comarca de Santo Tirso, *Col. Jur.*, Tomo II, p. 306.

¹⁵² SINDE MONTEIRO, cit., p. 61.

¹⁵³ Nas palavras de KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, Allgemeiner Teil, 14, Auflage, München, 1987, p. 14. — Ver SINDE MONTEIRO, cit., p. 61, nota 115.

¹⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, cit., *Da Boa Fé*, p. 623 — «Com frequência, na celebração dos contratos, as partes estão cientes de que, com eles, pretende-se, também, um certo

força das imposições estaduais a que correspondem obrigações da concessionária, é criada uma expectativa de confiança, uma sensação de segurança, nos utentes. Estes sabem que são estradas com especiais condições de circulação, que existe vedação em toda a extensão, que existem serviços de socorro prontos a entrar em acção se necessário, toda uma gama de recursos colocados à sua disposição. Os utentes beneficiam dessa confiança criada por força das circunstâncias, e desta forma, se essa expectativa é violada, então deverá ser compensada.

Esta tese é confirmada (como também é o interesse do credor Estado) pelo exposto no preâmbulo do D.L. n.º 294/97, onde a dada altura se refere que algumas das bases anexas apresentam eficácia externa relativamente às partes no contrato de concessão¹⁵⁵. Ora é aqui verdadeiramente assumido o interesse do Estado em proteger os utentes, pelo que reconhece que o disposto, em algumas bases, apresenta eficácia para além do contrato e das partes vinculadas por ele. Ou seja, os utentes serão, como se demonstra, os destinatários e beneficiários do contrato de concessão^{156/157/158}.

objectivo dirigido a terceiros. O escopo do contrato, (...), é o de avantajar interesses de pessoas não celebrantes.»

¹⁵⁵ Também SINDE MONTEIRO, cit., p. 63, defende esta eficácia externa em relação aos utentes.

¹⁵⁶ Os interesses serão, de certa forma, semelhantes, ao que tem a E.P. para o trabalhador. Ver *supra* nota 144.

¹⁵⁷ Comungando desta posição temos PEDRO GONÇALVES, cit., *A Concessão*, pp. 201 e 314 e ss. «O dever do concessionário de fazer funcionar o serviço, é simétrico do direito dos utentes às prestações em que ele se traduz. O utente não intervém no negócio da concessão, mas é manifesto que, satisfazendo os requisitos exigidos, ele tem um direito diante do concessionário.» A Base XXXIII, n.º 1, do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro, refere expressamente os «direitos do utente».

¹⁵⁸ Aventura a possibilidade de aplicação da figura do contrato com eficácia de protecção para terceiros aos utentes da auto-estrada temos o Ac. R.E. de 21/10/99, *Actualidade Jurídica*, Ano III, n.º 34/5, pp. 36/9 e a Sentença do Juiz do 3.º Juízo de Competência Especializada Cível da Comarca de Santo Tirso — «os utentes têm o poder de exigir perante a Brisa boas condições de segurança e comodidade relativamente à circulação automóvel.», «existem fundamentos materiais para impor a uma das partes deveres de protecção ou cuidado, para com terceiros que estão de tal forma próximos do credor (no nosso caso o Estado) que devem ser considerados no círculo de protecção do contrato, por estarem em causa com a prestação devida». Esta sentença, após a qualificação jurídica adequada, parece-nos não ter retirado as consequências que se impunham. Se os utentes gozam da eficácia da protecção do contrato, tal não é mais que beneficiar do regime da responsabilidade contratual (nomeadamente da in-

Os utentes não serão partes contratuais, não adquirem nenhum direito a prestação principal¹⁵⁹, mas apenas a titularidade activa dos mencionados deveres de protecção. Não pode haver divergência, nomeadamente quando nos reportamos a disposições como as Bases XXXIII, n.º 1, e XXXVII, n.º 1¹⁶⁰ — «A concessionária é obrigada a prestar assistência aos utentes das auto-estradas que constituem o objecto da concessão, nela se incluindo a vigilância das condições de circulação.»

Chegados a este ponto, para melhor compreender esta figura, restam-nos aflorar quais são as suas consequências. O terceiro, ao ser inserido no domínio de protecção do contrato, terá direito à mesma tutela atribuída ao credor da prestação¹⁶¹. Melhor é dizer, que no caso concreto, o utente, ficará, de certa forma, «sub-rogado», no estatuto que caberia em princípio ao Estado. Ora, como já foi explicitado, neste domínio o Estado beneficia do regime já descrito, constante do art. 799.º, n.º 1, do C.C. e da Base XXXVI, n.º 2. O utente, lesado pela conduta deficiente da

versão do ónus da prova). Contudo, a sentença continua a manter a situação do utente em causa no âmbito extracontratual. Ora não podemos esquecer, que esta figura nasceu para colmatar as «lacunas» da responsabilidade delitual, beneficiando o terceiro do regime contratual. Tal é fundamentado pela proximidade do terceiro ao credor, de tal forma que se justifica a aplicação do mesmo regime de protecção. Como refere MOTA PINTO, *A Cessão da Posição Contratual*, p. 420, há o entendimento de uma maior razoabilidade na colocação do lesado no terreno mais favorável da Responsabilidade Contratual. MENEZES CORDEIRO, cit., *Da Boa Fé*, p. 621, alerta para o facto do BGH, nestes casos reconhecer sempre uma responsabilidade perante o terceiro de tipo contratual.

Também não se percebe o porquê da afirmação de que é sempre necessário conhecer as circunstâncias concretas em que o cão penetrou na auto-estrada para se poder concluir pela responsabilidade da Brisa. Pelo contrário, parece-nos claro que não se conseguindo fazer essa prova caberá à concessionária a respectiva responsabilidade. A prova dessas circunstâncias cabe ao devedor contratual, no sentido de evitar a sua própria responsabilização. Parece-nos existir uma inversão do pensamento plasmado na douda sentença. Para uma análise crítica da mesma, ver SINDE MONTEIRO, cit., pp. 31 e ss.

¹⁵⁹ SINDE MONTEIRO, cit. — *supra* nota 66, *RLJ*, n.ºs 3911 e 3912, pp. 60 e 61, entende ser defensável o enquadramento desta questão num verdadeiro contrato a favor de terceiro, regulado nos termos dos arts. 443 e ss. do C.C.

¹⁶⁰ Ambas as Bases do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro. A Base LVIII do D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Agosto, vai ainda mais longe, quando afirma que a assistência aos utentes compreende para a concessionária o dever de fiscalizar e prevenir a acidente.

¹⁶¹ MOTA PINTO, cit., *A Cessão*, p. 421 — «Entendeu-se — e parece efectivamente correcto — aplicar à situação, as regras da Responsabilidade Obrigacional em matéria de ónus da prova e de responsabilidade por actos dos representantes legais e dos auxiliares.»

concessionária, verá a sua esfera jurídica ser protegida pelo mesmo regime. Se o terceiro beneficia da mesma protecção que caberia ao credor, então o utente tem também direito ao regime referido.

A solução só pode ser esta, uma vez que o fundamento para esta figura é o facto do terceiro ser atingido, pelo menos de uma forma tão forte e intensa como o credor, pelos perigos conexionsados com a prestação¹⁶². Logo, se tal é o pressuposto, deverá também beneficiar do mesmo tratamento concedido ao credor (*ubi commoda, ibi incommoda*).

Dada a natureza da questão em presença, resulta com evidência que o terceiro/utente é atingido de uma forma incomparavelmente mais intensa do que o Estado. É da mais elementar justiça que o utente, disponha então dos mesmos meios de tutela reconhecidos ao credor Estado. Desta forma, também o utente vai beneficiar da responsabilidade mitigada, por culpa presumida agravada (uma vez que funciona a presunção de culpa em favor do credor, que só pode ser afastada nas condições previstas na Base XLVII, n.º 2).

Do exposto, não admira, portanto, que seja assumida a obrigação de assegurar permanentemente, em boas condições de segurança, a circulação nas auto-estradas, sujeitas ou não ao regime de portagem. Essa obrigação tem por ulterior objectivo a protecção dos utentes, independentemente da modalidade em causa. Se quando existe portagem é configurado um verdadeiro contrato, e o utente goza de uma pura protecção contratual, quando aquela não existe, estará em causa uma tutela contratual mitigada, *sui generis*, uma vez que goza da mesma protecção, ao sub-rogar-se na posição do credor contratual, por força da eficácia de protecção para terceiro que resulta do negócio jurídico bilateral¹⁶³. Não parece fazer sentido a distinção de protecção, apenas e só com base no pagamento ou não de uma determinada quan-

¹⁶² MUSIELAK, cit., p. 293, constata até que muitas vezes o terceiro até é atingido pela prestação contratual de um modo mais intenso que o próprio credor. SINDE MONTEIRO, cit., *Responsabilidade*, p. 534, reconhece mesmo algum mérito à ideia de que o terceiro pode ser colocado em melhor posição do que a própria parte contratual, uma vez que o dever de protecção face a esse terceiro pode ser essencialmente mais forte do que face ao parceiro contratual.

¹⁶³ Inicialmente o âmbito desta figura resumia-se à reparação dos danos corporais, danos pessoais, como retratam MUSIELAK e SINDE MONTEIRO, p. 61, surgindo, posteriormente uma evolução no sentido de tutelar também os danos patrimoniais.

tia. Do ponto de vista de justiça material, essa situação seria incompreensível e insustentável^{164/165}.

Contudo, poder-se-á perguntar, se são ou não diferentes as duas situações? Se o pagamento da portagem, e a existência de uma relação contratual não justificarão um regime dissociado? A questão merece-nos resposta positiva. Aquilo que é semelhante é a protecção surgida por força do contrato (directa ou indirectamente no caso da eficácia para terceiro). O utente de uma auto-estrada sem portagem beneficia das disposições do contrato de concessão com eficácia ex-

¹⁶⁴ Isto, de certa forma, responde ao argumento de que o lesado não deve ser colocado em situação mais favorável do que aquela em que se moveria se estivesse *ab initio* no âmbito do domínio delitual. Não nos parece de aceitar este argumento, uma vez que se trata de tutelar situações e personagens com uma susceptibilidade de serem atingidas pelos perigos do contrato, como o próprio credor. Reafirmamos também que o contrato de concessão é um caso especial. É claro para ambas as partes, o reconhecimento que a finalidade última do respectivo contrato é o próprio utente. O contrato é dirigido para ele, em favor dele. Parece poder afirmar-se que quase se trata de um verdadeiro contrato em favor de terceiro, uma vez que a prestação é devida e vai ser beneficiada por um estranho ao contrato. A vontade de inserir o terceiro no domínio de protecção deste é inclusivamente expressa directamente. Aliás, se o utente nesses casos não paga portagem, deve-se ao facto de tal ter sido decidido pelo Estado. O interesse público é superior, e desta forma, se o Estado visou proteger de uma forma mais intensa estes utentes, não faria agora sentido, que lhes impossibilitássemos o recurso à protecção que teriam por força do contrato. Justifica-se assim, para este aspecto específico, o afastamento das regras da responsabilidade delitual, que cede passagem a um regime de responsabilidade mais rigoroso, resultante do contrato. Poder-se-á afirmar que o devedor apenas se vinculou a realizar a prestação devida, em favor do credor e não a terceiros. Contudo, esta argumentação é ultrapassada, quando se exige o reconhecimento do devedor na necessidade de protecção do terceiro. Ora neste caso, essa protecção decorre expressamente do próprio contrato de concessão. De facto o âmbito de personagens abrangidas, não é de tal forma vasto e indeterminado que coloque a Brisa em posição delicada (não esquecer que estes danos serão cobertos pelos Seguros). Serão apenas aqueles que em determinado momento, circulam naquela via. Decisivo é o facto da concessionária ter efectivamente o controlo, a direcção das circunstâncias da vida, no momento em que a sua esfera se encontra com a dos utentes. Ela tem domínio sobre a possibilidade destes sofrerem ou não danos, que muitas vezes serão gravíssimos

¹⁶⁵ Defendendo a hipótese de aplicação do regime da Responsabilidade Contratual a uma situação em que o negócio não existe temos BAPTISTA MACHADO, «Anotação ao Ac. S.T.J. de 22/4/1986», in *RLJ*, n.º 121, pp. 59 a 64 e 81 a 85. A propósito da gestão de negócios praticada por um gestor profissional (tradicionalmente um exemplo do quase-contrato), argui a aplicação do art. 799.º, n.º 1, do C.C. por analogia. Assim, no respeitante a uma possível indemnização ao dono do negócio, dever-se-ia presumir o não cumprimento dos deveres do gestor.

terna¹⁶⁶, e também da eficácia de protecção para ele, que decorre do mesmo contrato. Contudo, essa é a única semelhança com o utente de uma auto-estrada «normal». Este, para além da protecção que decorre directamente do seu contrato de utilização, é beneficiário de todas as vantagens (e já agora de todas as obrigações¹⁶⁷), proporcionadas pelo mesmo contrato.

Danos compreendidos pela obrigação de indemnizar

«A concessionária deverá manter as Auto-Estradas que constituem o objecto da concessão em bom estado de conservação e perfeitas condições de utilização, realizando todos os trabalhos necessários para que as mesmas *satisfaçam cabal e permanentemente o fim a que se destinam*, em obediência a padrões de qualidade que melhor atendam os *direitos do utente*»¹⁶⁸.

Podemos então concluir, do que foi referido, que quando os danos resultem de deficientes condições de circulação, eles serão imputáveis à concessionária, a não ser que esta prove a força maior, facto de terceiro ou culpa do próprio lesado¹⁶⁹. Quando nos referimos às condições de

¹⁶⁶ Ver em especial Bases XXXV, n.º 4, XXXVI, n.º 3, e XXXVII, e mais ainda Bases XXII, n.º 5 a), c) e f), XXXIII, n.º 1, XXXVI, n.º 2, XXXVII.

¹⁶⁷ Se existe um contrato então a responsabilidade incorre para ambos os lados. Ambas as partes devem fazer o necessário para evitar danos no outro lado. Também a propósito do contrato com eficácia de protecção para terceiros há quem defenda o correlativo contrato com eficácia protectora a cargo de terceiros — Ver sobre este ponto MENEZES CORDEIRO, cit., *Da Boa Fé*, p. 625.

¹⁶⁸ Transcrição do 1.º n.º da Base XXXIII, do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro. Com o mesmo sentido, ver a Base XLIV do D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Agosto.

¹⁶⁹ Mesmo que prove, em concreto, que o facto danoso se desenvolveu independentemente da sua vontade (facto de terceiro, culpa do lesado, ou força maior), é necessário ainda que para a ocorrência do dano não tenha concorrido culpa sua (nomeadamente negligência). Suponhamos que um veículo pesado de transporte de mercadorias, deixa cair um objecto susceptível de causar um acidente de viação (p. ex., pedra). Um utente que seguia na direcção contrária apercebeu-se do facto, e vendo-se impossibilitado de remover o obstáculo, avisou de imediato os serviços da concessionária. Esta nada fez e uma hora depois, um outro utilizador sofre danos graves por ter embatido nesse objecto. Parece evidente que a responsabilidade da Brisa, não pode ser excluída sem mais, num caso como o descrito. Com particular relevância temos as palavras empregues no Ac. R.E. de 21/10/99, *Actualidade Jurídica*, Ano III, n.º 34/5, pp. 36/9 — «O dever de assegurar a circulação em condições de segurança, implica o

circulação, queremos atribuir um sentido amplo ao conceito. Não estamos a pensar apenas, em deficientes condições do piso, ou em ausência de iluminação adequada, mas sim em tudo aquilo, que possa influir, de alguma forma na circulação e nas condições de segurança da mesma. O que acontece de resto, com a invasão de um cão, na faixa de rodagem. Este problema é amplamente discutido na jurisprudência¹⁷⁰, sem que tenha sido possível chegar a um consenso. Quando estão em juízo danos resultantes do embate da viatura com o canídeo (ou da fuga a esse embate), é típico não saber como se processou a introdução do animal na auto-estrada. Na maior parte dos casos, não existem fendas na vedação perto do local do dano, ou se existirem a responsabilidade é afastada porque a concessionária cumpriu os deveres de vigilância a que estava adstrita. Assiste-se inclusive a uma argumentação deveras curiosa por parte desta: a vedação não teria, na sua génese, nenhuma preocupações de segurança, serviria apenas para delimitar a concessão; não deverá ser responsabilizada porque o animal pode ter-se introduzido por qualquer ramal de acesso (onde não existe obrigação de vedação), vindo assim a causar o acidente quilómetros mais à frente. Debrucemo-nos primeiramente sobre aquela conclusão. A vedação é obrigatória por força do contrato de concessão¹⁷¹. Parece-nos claramente forçado afirmar peremptoriamente que se deve apenas a necessidades de delimitação. É até duvidoso que sirva este propósito, uma vez que a concessionária tem deveres que se executam no exterior da vedação, nomeadamente o dever de reflorestar a zona envolvente¹⁷². Mas, principalmente, tornam-se evidentes as preocupações de segurança quando pensamos que Portugal é o único país ao nível comparado, onde a exigência vai tão longe: vedar a auto-estrada em toda a extensão¹⁷³. Assim a vedação não é então neces-

afastamento de obstáculos ou outras fontes de perigo, mesmo que atribuíveis a um acontecimento natural ou a facto de terceiro.»

¹⁷⁰ Acs. da RP de 6/7/95, in *CJ*, Ano 95, Tomo IV, pp. 174/6 e de 5/6/95, in *CJ*, Ano 95, Tomo III, pp. 233/5; Ac. S.T.J. de 12/11/96, in *BMJ*, 461, pp. 411/423.

¹⁷¹ Base XXII, n.º 5, alínea a).

¹⁷² Base XXII, n.º 5, alínea d). Anteriormente, na vigência do D.L. 458/85, de 30/10, este dever era mais intenso — ver Base XXV, n.º 10, alínea d).

¹⁷³ Como bem alerta SINDE MONTEIRO, cit., *RLJ*, n.º 3889, p. 110. Acresce ainda que, o que atenta bem sobre a preocupação do Estado sobre esta matéria, actualmente o projecto que versa sobre as vedações tem de ser alvo de um fascículo autónomo de todos os outros, quando for apresentado para aprovação — Bases XXVIII, n.º 3, alínea p), e XXIX, n.º 4, alínea a), do D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Agosto.

sária para delimitar a concessão (uma vez que não é usada em mais nenhum Estado europeu), pelo que a obrigação imposta pelo concedente só pode ser justificada no sentido de proteger a auto-estrada e os seus utentes, de interferências exteriores. O escopo desta medida consistiu, inequivocamente, no facto de evitar essas ingerências de qualquer elemento externo, nomeadamente a entrada de pessoas e animais que possam ser sustidos pela vedação (é claramente o caso do cão, ou de um javali, já não poderá ser o de qualquer ave, e é mais duvidoso que o seja com um gato, tendo em conta a sua agilidade e capacidade de ultrapassar os obstáculos em causa).

Quanto ao segundo argumento, parece-nos também ele descabido, se tomarmos em consideração o que acabamos de referir. Se o Estado teve a preocupação manifesta de evitar (certos) perigos externos para os utentes (com a obrigação de vedação em toda a extensão), e desta forma responsabilizar de uma forma mais intensa a concessionária, então não fará qualquer sentido que essa responsabilização seja afastada pelo facto dos animais entrarem por um ramal de acesso. Se tal fosse defensável, perderia todo o sentido útil a obrigação de vedação, já que os perigos a evitar ocorreriam da mesma forma. Não nos parece de todo que tal fosse a intenção do concedente. Também nos ramais de acesso, a Brisa deverá estar obrigada a uma vigilância acrescida no sentido de evitar qualquer ocorrência que possa posteriormente causar danos. Parece-nos, aliás, que quando o contrato de concessão clausula a obrigação de vedar a auto-estrada em toda a sua extensão, também se estará a referir aos respectivos ramais de acesso, já que estes fazem parte integrante da Zona da Auto-Estrada¹⁷⁴. Assim, estes ramais também deverão estar rodeados de vedações, para que o único espaço livre seja a própria via por onde os veículos circulam, onde como se sabe estão os postos de portagem e até instalações da concessionária, portanto habilitados a desenvolver a vigilância adequada. Na eventualidade, como por vezes acontece, os acidentes serem causados por cães, então a Brisa deverá ser responsabilizada, mesmo que prove a introdução por um ramal de acesso (por vezes basta

¹⁷⁴ Ver Base IV, n.º 3, alínea a), do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro, e Base VII, n.º 2 do D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Agosto. Esta ideia de um especial dever de vigilância e de custódia pelas condições de segurança nas portagens parece ser confirmada pela Base XLVII deste diploma — «As instalações de portagem deverão integrar, (...) meios de segurança adequados.»

a mera existência de um deles na proximidade do acidente, para que a dúvida sobre a introdução do canídeo, permita a exclusão da responsabilidade). A nosso ver, verificada a circulação de um cão na auto-estrada, tal só pode ter uma de três causas: o animal é introduzido pelo dono, por exemplo quando o transporta no seu veículo e depois o abandona (neste caso, desde que tal seja provado, a responsabilidade, inclusive criminal, impende sobre esse terceiro); ter o cão obtido acesso através da zona das portagens, zona esta sujeita a especial vigilância e portanto virtualmente impossível de passar despercebido; haver um furo na rede que permita a passagem do cão para o interior da via. Tradicionalmente, a jurisprudência portuguesa considera que, não se provando a fonte da introdução do canídeo na via, mormente quando nada permita concluir que a concessionária não tenha cumprido o que lhe competia, designadamente quanto a vedações e vigilância exigíveis, não poderá a esta ser responsabilizada¹⁷⁵. Contudo, a nossa surpresa é ainda maior, quando se provam deficiências na rede de protecção, no local onde se deu o acidente devido a introdução de um cão, e mesmo assim é negado provimento à pretensão do lesado¹⁷⁶. Parece-nos então, e em conformidade com o exposto previamente, que a Brisa terá de assumir os encargos resultantes com os danos mencionados. O embate verificou-se na auto-estrada, a concessionária não prova factos que excluam a sua responsabilidade, o lesado deverá ser ressarcido pela concessionária. A ressalva, aliás já referida, é prevista para os casos em que se prove o facto do terceiro (p. ex., quando testemunhas afirmem terem visto determinado sujeito a abandonar o cão na auto-estrada).

O mesmo raciocínio poderá ser transposto, *ipsis verbis*, para as situações em que os danos resultem da existência de uma mancha de óleo na auto-estrada, bem como de qualquer outra substancia que provoque o despiste do veículo (p. ex., areia, substância gordurosa e viscosa¹⁷⁷, etc.). A concessionária é responsável pelas condições de circulação, só se exonerando mediante prova (que lhe cabe) da intervenção de terceiro (ou

¹⁷⁵ Ac. R.P., 6/7/95, in *Col. Jur.*, Ano 95, Tomo IV, pp. 174/6; Ac. R.P., 5/6/95, in *Col. Jur.*, Ano 95, Tomo III, pp. 233/5; Ac. S.T.J., 12/11/96, in *BMJ*, n.º 461, pp. 411 a 423 (Ac. este comentado depois por SINDE MONTEIRO, in *RLJ*, n.º 3887 e 3888, pp. 41 a 50; 3889, pp. 106 a 113; 3897, pp. 378 a 380; 3898, pp. 28 a 32; 3899, pp. 60 a 64; 3899, pp. 90 a 96).

¹⁷⁶ Ver Ac. RP, de 5/6/95, in *CJ*, Ano 95, Tomo III, pp. 233/5.

¹⁷⁷ Ver Ac. RE, 8/6/89, in *Col. Jur.*, Ano 89, Tomo III, pp. 275/7.

lesado, ou mesmo força maior). Contudo aqui parece-nos ser necessária uma ponderação sobre o rigor com que se exige a exoneração da responsabilidade, pelo afastamento da presunção. Se se tratar de uma substância gordurosa e viscosa, ou então areia, será mais difícil concluir pela intervenção de terceiro (é mais problemática a descoberta da origem desses factos), e então a concessionária deverá responder nos termos referidos. Contudo, se se tratar de uma mancha de óleo, é razoável pensar que se deve a facto de terceiro (algum veículo que por ali transitou anteriormente)¹⁷⁸. Assim, o tal facto de terceiro que permite excluir a responsabilidade (está completamente independente da vontade da concessionária), está subjacente de certa forma ao próprio evento. Desta forma parece-nos sensato arguir que a responsabilidade seja afastada, apenas mediante a prova de que fez o razoavelmente exigível para detectar e neutralizar aquela mancha. Doutra forma seria fazer incorrer encargos demasiados rigorosos sobre uma das partes. Não podemos esquecer que não se trata de uma verdadeira responsabilidade objectiva, mas que ainda assenta em culpa, neste caso presumida. Ou seja, a intervenção de terceiro que está subjacente às Bases XXXVI, n.º 2, e XLVII, n.º 2, não necessitará de ser provada *a posteriori*, quando a sua existência, enquanto causadora do facto lesivo, possa ser razoavelmente presumida.

Já não nos parece adequado o mesmo raciocínio, se concluirmos pelo incorrecto escoamento da pluviosidade¹⁷⁹. As auto-estradas são vias onde a circulação deve obedecer a uma segurança e comodidades superiores. Logo, o planeamento das mesmas deve obedecer ao propósito de manter essas condições mesmo nas condições mais rigorosas¹⁸⁰. Desta forma,

¹⁷⁸ Também SINDE MONTEIRO, cit., p. 111.

¹⁷⁹ Ver Ac. RC, de 18/3/1997 in *Col. Jur.*, Tomo II, pp. 32/4. Aderindo correctamente à Responsabilidade contratual, é particularmente pertinente o seguinte trecho: «..., é facto notório que, se numa superfície — que é suposto ser plana — se forma uma poça de água, é porque nem é plana, nem a respectiva concavidade está dotada de drenagem bastante». Não devemos esquecer (tal como refere o mesmo Ac.) que a Brisa é também responsável, na maior parte dos casos, pelo planeamento e construção das auto-estradas, e que os projectos da obra prevêem a drenagem da água, mesmo em situações de pluviosidade máxima. Pelo que na eventualidade do escoamento não ser o desejado, só podemos concluir pelo incorrecto planeamento ou pela deficiente execução do mesmo.

¹⁸⁰ As concessões mais recentes prevêem mesmo que os projectos tenham em conta velocidades compreendidas entre os 120 e 140 km/h — ver Base XXII, n.º 1, do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro, e Base XXIX do D.L. 248-A/99, de 6 de Agosto.

sob nenhum pretexto, poderá a auto-estrada aluir com o tempo, ou poderá ser formada qualquer bolsa de água no pavimento devido a elevada pluviosidade. Só poderemos concluir pelo incorrecto planeamento, construção ou manutenção do troço em causa¹⁸¹. Se isso se verificar, e daí resultarem danos para os utentes, parece-nos evidente a responsabilização da concessionária. Aqui inclusive não vemos de que forma se poderá obter a exoneração da responsabilidade da concessionária (a não ser por uma verdadeira causa de força maior¹⁸²).

Também a existência de uma pedra, na faixa de rodagem, que conduza a acidentes de viação, parece enquadrar-se nesta questão. Na generalidade destas situações, a concessionária deverá assumir a reparação dos danos daí decorrentes, uma vez que foi posta em causa a circulação em segurança dos utentes¹⁸³. Quando nada nos permita supor que houve

De qualquer forma os estudos e projectos devem assegurar todas as condições de qualidade, segurança, comodidade para os utentes. Ver Base XVI, n.º 1, do D.L. n.º 294/97, de 24 de Outubro, e Base XXVI, n.º 2, D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Agosto. Como não podia deixar de ser a drenagem tem de ser uma preocupação essencial destes projectos — ver Base XXVIII, n.º 1, alínea *d*) deste último diploma.

¹⁸¹ Não podemos esquecer que a concessionária é responsável em termos absolutos pela adequação e segurança dos projectos respectivos. A sua responsabilidade não é inclusivamente afastada quando há aprovação dos projectos — ver Base XXX, n.º 4, do D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Agosto.

¹⁸² Ou até mesmo pela culpa do lesado. O planeamento da auto-estrada obedece a uma velocidade máxima permitida por lei. Se o utente ia claramente em excesso de velocidade, por exemplo a 160 km/h, e se despistou devido às condições climáticas, não pode depois vir assacar responsabilidades à concessionária.

¹⁸³ Uma situação de certa forma diversa, para o escopo que nos move, acontece quando alguém lança uma pedra de um viaduto que atravessa a auto-estrada, provocando desta forma danos, muitas vezes graves, num veículo e seus ocupantes. Está em causa um facto imputável a terceiro, que assim será o verdadeiro responsável, ilibando-se a concessionária deste facto. Contudo, tal pode não ser tão líquido. A concessionária está obrigada a vedar as passagens superiores em que o tráfego de peões seja exclusivo ou importante em toda a extensão — Base XXII, n.º 5, alínea *a*). Esta obrigação servirá não apenas para proteger esses peões, como também, para evitar situações como a referida. Ora, em muitos casos estas vedações não existem, quando tal era exigido. (NOTA — Parece-nos que a obrigação de vedação seria de exigir em todas as passagens superiores, uma vez que mesmo quando elas se destinam também para o trânsito automóvel, em todas elas o tráfego de peões é possível, e em muitos casos importante.) Não deverá a concessionária ser também responsabilizada nesta hipótese. O facto é da responsabilidade de um terceiro, mas a concessionária não fez tudo para o evitar, tendo em conta aquela obrigação. Assim a concessionária deverá ser proporcionalmente responsável, uma vez que a sua negligência concorreu para a produção dos danos.

intervenção de terceiro, por exemplo quando o objecto foi projectado das zonas envolventes à auto-estrada (penhascos, encostas, etc.), então a Brisa deverá mais uma vez responder pelos danos causados¹⁸⁴. Não parece admissível que uma situação destas possa ocorrer, pois a concessionária deverá velar pela segurança, nestes locais. Sempre que a auto-estrada esteja num plano inferior ao do terreno que a rodeia, é previsível que eventos destes se possam suceder, pelo que a concessionária deverá tomar precauções em sentido contrário¹⁸⁵. Se não consegue evitar este tipo de dano então deverá responder, salvo quando o surgimento da pedra (uma ou mais) se deva a facto de terceiro (p. ex., explosão em alguma construção próxima, que faça projectar a pedra), ou facto de força maior.

Todas estas situações têm em comum o facto de não estarem asseguradas as desejáveis e indispensáveis condições de circulação. Não pode caber ao utente o ónus de verificar em todos os momentos se as condições estão presentes. Tal é incomportável dada a natureza da prestação que lhe cabe. O utente baseia, não somente esta prestação, mas também a própria vontade em contratar com a concessionária (e assim circular na auto-estrada), na aparência, na confiança que lhe é transmitida. Se o utente suspeitar da eventual falta de condições de segurança, ele com toda a certeza vai preferir realizar o percurso por outro trajecto. Frustrada essa confiança, caberá à Brisa (enquanto entidade competente para assegurar permanentemente a comodidade e segurança, não esquecendo que ela retira enormes dividendos financeiros dessa tarefa) arcar com as responsabilidades.

¹⁸⁴ Repare-se que esta derrocada não é enquadrável no facto de força maior, com a dimensão neste trabalho apresentada, uma vez, que pela sua previsibilidade, não é completamente independente da vontade da concessionária. Se existe uma zona perigosa, porque em risco de aluimento então a Brisa deverá tomar as medidas necessárias para evitar males de maior. A Base LXXVI, n.º 3, do D.L. n.º 248-A/99, de 6 de Julho, vem ao encontro desta ideia ao preceituar que se consideram excluídos do conceito de causa de força maior, «os eventos naturais cujo impacte deva ser suportado pelas Auto-Estradas, nos termos dos projectos aprovados e dentro dos limites por estes previstos».

¹⁸⁵ SINDE MONTEIRO, cit., p. 111, ponto 11 — «... se a experiência demonstrar a necessidade de, em determinados locais, reforçar as medidas de protecção existentes, poderá haver negligência na sua não adopção».