

A CULPA DO SERVIÇO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Pela Dr.^a Ana Pereira de Sousa

SUMÁRIO:

I. A tela... ou algumas palavras de introdução ao tema. **II.** Uma visualização da ideia a retratar — primeira abordagem. **III.** Imagens já retratadas — notas de direito comparado. 1. França; 2. Espanha; 3. Itália; 4. Alemanha. **IV.** Os primeiros traços: imagens de Portugal — evolução dogmática, jurisprudencial e legislativa da culpa do serviço no exercício da função administrativa. 1. Introdução; 2. A trilogia da culpa; 3. A culpa; 4. Momento de subsidiariedade; 5. A padronização; 6. A inexigibilidade; 7. O *direito* de regresso; 8. Limitações à indemnização? **V.** As cores mais vivas do desenho ou a angústia do trabalho acabado: conclusões. **Bibliografia.**

I. A tela... ou algumas palavras de introdução ao tema

Num quadro progressiva e marcadamente pautado por uma clara tendência para a *objectivização* em diferentes domínios⁽¹⁾, que há muito ultrapassara o velho dogma da irresponsabilidade do poder público e visando, naturalmente entre o mais, alargar a repa-

⁽¹⁾ Como muito bem nota JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama Geral do Direito da Responsabilidade Civil da Administração Pública em Portugal* in *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1997, pp. 44 e ss.

ração dos danos causados pelo exercício da totalidade das diferentes funções das entidades públicas que o vetusto Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967⁽²⁾, fundamentalmente restringia ao desempenho da função administrativa, eis que recentemente — e *a custo*⁽³⁾ — surge o novo *Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, regido que é pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro⁽⁴⁾, e, com ele, a problemática relativa àquilo que vem sendo designado, não sem equívocos e mesmo em direito comparado, como *culpa do serviço*.

Abraçando uma linha de exposição menos abstracta do estudo que levaremos a efeito, diremos que num Estado de Direito Social os serviços públicos assumem, como todos já pudemos experimentar, uma especial relevância, fazendo parte do nosso quotidiano. É assim que diariamente todos somos confrontados, porque todos somos administrados e utentes, com as qualidades e os deméritos dos diferentes *serviços* que nos são prestados. Por vezes, quando as *coisas correm mal*, identificamos um culpado. Outras vezes ficamos apenas com uma vontade de criticar, não sabendo — ou não conseguindo definir — o objecto da nossa crítica, referindo-a muitas das vezes aos deméritos da *repartição pública*. É esta a realidade concreta, assim metaforicamente desenhada, que temos a honra de tratar.

(2) Sobre as linhas essenciais deste regime veja-se MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS GARCIA, *A Responsabilidade Civil do Estado e demais Pessoas Colectivas Públicas*, Lisboa, Conselho Económico e Social, 1997, pp. 17 e ss.

(3) Na verdade, como resulta da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 56/X, foram várias as iniciativas tendentes a levar a efeito a esperada reforma do regime em apreço, goradas que foram com a caducidade operada ora pela (dupla) demissão do Governo, ora com o termo da respectiva legislatura.

(4) Doravante designada como LRCEE e que, apesar da sua *juventude*, viu o conteúdo do seu art. 7.º, n.º 2 alterado por força da posterior Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho (com efeitos peculiarmente reportados à data da entrada em vigor daquela).

II. *Uma visualização da ideia a retratar — primeira abordagem*

O tema que nos propomos pensar, susceptível que é de ser qualificado como já pertencente ao património dogmático do Direito Administrativo, pode não ser considerado *refrescante*, mas é, naquela perspectiva prática que se deve ter sempre presente, seguramente útil — tão útil que, para além de todas as incidências inerentes ao enfoque prático que deixamos espelhado no último parágrafo desta exposição, alguma doutrina italiana, ao relevar os méritos do sistema francês, o inclui forçosamente no seu elogio⁽⁵⁾. Tema que, aliás, é tão ou mais pertinente quanto o é o facto de sermos *povos do Sul* e a organização não ser, como é opinião comum, o nosso forte.

Revelada a motivação que nos move, debrucemo-nos então sobre o mapa que procuraremos trilhar, centrando primordialmente a nossa atenção na *anormalidade* que a incógnita actuação administrativa portuguesa deve revestir como *causa de pedir* da obrigação de reparar danos, não sem antes abordar previamente o sistema *berço* francês da culpa do funcionamento dos serviços públicos e, bem assim, numa sempre breve referência de pendor dogmático, os traços gerais dos sistemas jurídicos espanhol, italiano e alemão a este respeito.

III. *Imagens já retratadas — notas de direito comparado*

1. *França*

Fruto de um intenso labor doutrinal e jurisprudencial, o regime da responsabilidade administrativa subjectiva francês constitui a regra geral, nomeadamente nos casos em que se ignora quem

⁽⁵⁾ Cf. ROBERTO CARANTA, *L'elemento Soggetivo Nell'illecito Extracontrattuale della Pubblica Amministrazione. Problemi Applicativi e Probatori* in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/site/_contentfiles/00015200/15292_Guercci%20responsabilita.pdf>.

foi o culpado — é a denominada *faute du service public*⁽⁶⁾, solução inovadora e original cujas notas essenciais são assim o seu carácter anónimo e directo⁽⁷⁾.

Servindo para delimitar as actuações ou omissões susceptíveis de implicarem responsabilidade, a *faute du service* aparece ligada à ideia de funcionamento do serviço público que se pode agrupar em 3 casos — ou o serviço funcionou mal, ou não funcionou, ou funcionou, mas tardiamente⁽⁸⁾ ou, em todo o caso, funcionou de modo defeituoso, anormal ou incorrecto ou revela uma má organização⁽⁹⁾ e isto independentemente da consideração da pessoa do agente, seja ele impossível (na medida em que pura e simplesmente se desconhece) ou inútil (porque resulta de uma obra colectiva) de identificar⁽¹⁰⁾. A *faute du service* permite

(6) MICHEL PAILLET (*La Responsabilité Administrative*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 89-90) refere, no entanto, que não há que distinguir as *fautes de service* onde o Autor surge identificado (*faute signée*) e aquelas que aparecem como o resultado do funcionamento anónimo da máquina administrativa (*faute du service*, vulgarmente denominada *faute du service public*, expressão empregue pela primeira vez pelo Conselho de Estado em 1905 e que é episodicamente utilizada como sinónimo de *faute de service*). Idêntico entendimento é expresso por JEAN RIVERO, *Droit Administratif*, trad. de ROGÉRIO SOARES, Coimbra, Almedina, 1981, p. 320 e por RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Paris, Montchrestien, 1995, p. 1163. Distinguindo *faute de service du fonctionnaire* e *faute du service public*, cf. ANDRÉ DE LAUBADÈRE/JEAN-CLAUDE VENEZIA/YVES GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif I*, 13.^a ed., Paris, LGDJ, 1994, p. 877. Disto nos dá nota também MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Responsabilidade do Estado e demais Entidades Públicas: o Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967 e o Artigo 22.º da Constituição in Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, coord. de JORGE MIRANDA, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 364-365.

(7) Características que, conforme sustenta MICHEL PAILLET, *La Faute du Service Public en Droit Administratif Français*, Paris, LGDJ, 1980, pp. 215-274, são desrazoavelmente negadas pelas teorias unitárias. A esta questão se refere também MARGARIDA CORTÊS, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Coimbra, 2000, pp. 94-95.

(8) A noção é de PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 1952, pp. 423-427.

(9) Vd. LAURENT RICHER, *La Faute du Service Public dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, Economica, 1978, pp. 61-62 e JEAN-FRANÇOIS COUZINET, *La Notion de Faute Lourde Administrative in Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, n.º 2, 1977, p. 287.

(10) Cf. HENRI DUPEYROUX, *Faute Personnelle et Faute du Service Public: Étude Jurisprudentielle sur les Responsabilités de l'Administration et de ses Agents: Thèse pour le Doctorat*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1922, p. 213.

assim responsabilizar a Administração em todas aquelas hipóteses em que não é possível fixar a culpa num autor (ou autores) do ilícito.

Sendo entendida por alguns Autores⁽¹¹⁾ como o incumprimento de uma obrigação administrativa pré-existente, a culpa é, pois, objectiva e a sua apreciação, modelada por um critério de razoabilidade, resulta da ponderação das circunstâncias concretas do caso que rodearam a prática da ilicitude cometida, ponderação a que poderá não ser alheia uma certa abstracção⁽¹²⁾, dispondo o juiz de uma ampla margem de liberdade na sua apreciação. Culpa que, em princípio, incumbe à vítima provar (salvo nos casos em que a lei institui presunções de culpa, com a consequente inversão do ónus da prova, o que sucede nos casos de danos derivados para os utentes das obras e vias públicas e de danos sofridos por pacientes dos hospitais públicos) e que a jurisprudência, por vezes, exige que seja grave (como sucede com as operações de manutenção da ordem pública e as actividades da Administração penitenciária)⁽¹³⁾, o que depende do grau de dificuldade que a actividade danosa encerra.

⁽¹¹⁾ Vd. LAURENT RICHER, *ob. cit.*, pp. 3 e ss., para quem esta é a noção principal de *faute*, existindo uma marginal nos casos em que se verifica intenção de prejudicar, cf. ainda HENRI DUPEYROUX, *ob. cit.*, p. 219 e MICHEL PAILLET, *La Faute...*, *cit.*, p. 297.

⁽¹²⁾ Se HENRI DUPEYROUX (*ob. cit.*, p. 219) entende que a apreciação da culpa do serviço é objectiva, contrariamente a LAURENT RICHER (*ob. cit.*, p. 3), que defende que a abstracção não deixa de estar presente, já MICHEL PAILLET (*La faute...*, *cit.*, pp. 114-115) sustenta que se está perante uma apreciação que congrega não só elementos objectivos como também, embora num menor número de casos, subjectivos.

⁽¹³⁾ Cf. MICHEL FROMONT, *La responsabilité de l'État en Droit Français* in *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, Trabalhos Preparatórios/Gabinete de Política Legislativa e Planeamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 159. Sobre o tema em geral vd. GÉRARD SOULIER, *Réflexion sur L'évolution et L'avenir du Droit de la Responsabilité de la Puissance Publique* in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*, Paris, n.º 6, 1969, pp. 1039 e ss.; FRANÇOISE LLORENS-FRAYSSE, *Le Poids de la Faute dans la Responsabilité Administrative* in *Droits, Revue Française de Théorie Juridique*, Paris, n.º 5, 1987, pp. 3 e ss.; MICHEL PAILLET, *La Faute...*, *cit.*, pp. 345 e ss.; JEAN-FRANÇOIS COUZINET, *ob. cit.*, pp. 283 e ss.; JEAN-FRANÇOIS TOUCHARD, *À propos de la Responsabilité pour Faute de L'administration Fiscale* in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*, Paris, n.º 3, 1992, pp. 786 e ss. e RENÉ CHAPUS, *ob. cit.*, pp. 1172 e ss.

2. *Espanha*

Assentando na ideia de que a ocorrência de uma lesão antijurídica que o particular prejudicado não tem o dever de suportar, independentemente de a mesma ter origem numa actuação lícita ou ilícita do *poder público* e de quem tenha sido concretamente o seu agente (o que só possuirá relevância no âmbito das relações internas), o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas espanhol, sendo unitário e geral, directo e objectivo⁽¹⁴⁾, tem como alicerces legislativos a Constituição espanhola e a Lei 30/1992, de 26 de Novembro, e erige como *criterio de imputación de la actividad danosa*, como em alguma medida resulta do que se vem de dar nota, o funcionamento dos serviços públicos, seja ele *normal* ou *anormal*.

Entende-se assim que há lugar à responsabilidade da Administração sempre que, ocorrido um dano, ele seja consequência ora de uma actuação lícita à margem de qualquer actuação culposa (*funcionamento normal*)⁽¹⁵⁾, ora de uma conduta ilegal que tanto

(14) Cf. JÉSUS LEGUINA VILLA, *La Protección Jurídica del Administrado: La Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Evolución y Principios Actuales in Responsabilidad Civil Extracontratual do Estado*, *Trabalhos Preparatórios/Gabinete de Política Legislativa e Planeamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 86-89.

(15) Que, segundo LEGUINA VILLA (*ob. cit.*, pp. 101-103), compreende todos os danos, à excepção dos ocorridos por motivo de força maior, causados por factos imprevisíveis ou inevitáveis ocorridos durante a prestação do serviço público (caso fortuito) ou que importem um sacrifício especial. Sobre o alcance deste conceito veja-se também DOMINGO BELLO JANEIRO, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración in Revista de Estudios de Derecho do Consumidor*, coordenação de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Coimbra, Instituto Jurídico da Comunicação, n.º 6, 2004, p. 69. Muito crítico da consagração da expressão legal “funcionamento normal” é MIGUEL CASINO RUBIO, *El Derecho Sancionador y la Responsabilidad Patrimonial de la Administración in Documentación Administrativa*, Madrid, n.ºs 254-255, 1999, pp. 346-348. Para este Autor a formulação em apreço comporta uma gravíssima carga de incerteza sobre os danos que conferem direito a indemnização, sendo incorrecta e irreal. Vd., no mesmo sentido, FERNANDO GARRIDO FALLA, *Responsabilidad de la Administración Pública in La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1997, pp. 34 e ss.; RAFAEL ENTRENA CUESTA, *Responsabilidad e Inactividad de la Administración in La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, Madrid/Barcelona, 1997, pp. 360 e ss.; MARIANO MAGIDE HERRERO, *El Criterio de Imputación de la Responsabilidad in Vigilando a la Administración; Especial Referencia a la Responsabilidad de la Administración en su Actividad de Supervisión de Sectores Económicos in La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1997, pp. 384 e ss.; ORIOL MIR PUIGPELAT, *La Responsa-*

pode compreender os comportamentos culposos dos *funcionários e agentes* da Administração, como as actuações impessoais ou anónimas, mas imputáveis à organização administrativa genericamente considerada (*funcionamento anormal*), caso em não é necessário provar que algum agente público actuou com culpa ou negligência, bastando apenas demonstrar que o serviço não actuou normalmente: porque não funcionou em absoluto, porque funcionou tardiamente ou o fez abaixo dos *standards* mínimos exigíveis à actividade administrativa⁽¹⁶⁾.

O funcionamento anormal do serviço público espanhol congrega assim três distintas culpas: sempre que o agente tenha actuado ilicitamente incorrendo em culpa ou dolo, quando foi *o próprio serviço* que cometeu um ilícito ou quando esse mesmo serviço ficou aquém dos *standards*⁽¹⁷⁾ mínimos próprios da actividade administrativa desempenhada. A culpa é, nesta medida, normativamente definida em relação a determinados padrões, sendo indiferente a presença de um concreto servidor público, porque o que é determinante é a actuação da Administração como organização.

3. Itália

No sistema jurídico italiano também se prevê, como não podia deixar de suceder, a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos, a qual é directa⁽¹⁸⁾ e objectiva e se encontra regulada essencialmente nos arts. 28.º e 97.º da Constituição italiana e nos arts. 2043 e 2051 do Código Civil.

bilidad Patrimonial de la Administración, Hacia un Nuevo Sistema, Madrid, Civitas, 2002, pp. 153 e ss. e 256.

⁽¹⁶⁾ Cf. LEGUINA VILLA, *ob. cit.*, p. 101, que entende assim cobertos os pressupostos que a doutrina francesa qualifica como culpa objectiva do serviço público.

⁽¹⁷⁾ *Standards* de actuação que a Administração, nos termos da Lei 6/1997, de 14 de Abril (Lei da Organização e Funcionamento da Administração Geral do Estado) está obrigada a fixar e de que são exemplo as *cartas de servicios*, previstas e reguladas que estão pelo Real Decreto 1259/1999. Todavia, como refere MIR PUIGPELAT, *ob. cit.*, pp. 266-267, elas não vinculam a Administração nem prevêem qualquer consequência jurídica para o seu incumprimento.

⁽¹⁸⁾ Já assim o sustentava RENATO ALESSI, *L'illecito e la Responsabilità Civile degli Enti Pubblici*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 32 e ss.

Relativamente ao enquadramento jurisprudencial do regime da responsabilidade civil em questão, importa referir que, até à prolação da Sentença n.º 500/99, de 22 de Julho de 1999, pela *Corte di Cassazione*, os italianos tinham um sistema deveras complexo, posto que operavam a distinção entre direitos subjectivos e interesses legítimos, a qual relevava para efeitos de competência do tribunal⁽¹⁹⁾.

Com a prolação da sobredita sentença defende-se que depois de se obter a anulação do acto (o *accertamento* da ilicitude) o lesado pode propor uma acção de indemnização não limitada à ilegalidade em si mesma considerada, mas também referente ao comportamento da Administração que envolveu essa actuação. Exige-se, assim, que se apure o requisito da culpa (que nesta medida é reforçado) que a Administração teve na prolação do acto: é necessário indagar se esta atingiu os parâmetros de normalidade do funcionamento. E é assim que, em 2000 e pela pena do legislador, se dá uma alteração, acabando-se com a dualidade de jurisdições e passando a julgar-se tudo na jurisdição administrativa⁽²⁰⁾. A Sentença passa, pois, do princípio da não ressarcibilidade dos interesses legítimos, acabando com a presunção de culpa dos actos ilegais, para os parâmetros da legalidade, da imparcialidade e da boa administração.

No nosso entendimento, com a aludida Sentença n.º 500/99 o sistema italiano faz (consciente ou inconscientemente) reentrar no centro do debate a questão da culpa do serviço ou, utilizando uma expressão italiana, a questão da culpa da *amministrazione-apparato (organizzazione)*. Com efeito, esta revolucionária sen-

(19) Cf. MARCELO CLARICH, *La Responsabilità delle P.A. per Attività di Vigilanza, Ispettive e/o Autorizzative* in *Le Responsabilità Pubbliche: Civile, Amministrativa, Disciplinare, Penale, Dirigenziale*, coord. de DOMENICO SORACE, Padova, CEDAM, 1998, p. 162. Entendia-se assim e ademais que sempre que um interesse legítimo fosse afrontado só através da impugnação do acto administrativo é que o lesado podia ser ressarcido (consistindo o provimento na reparação devida).

(20) Acabando-se, portanto, com a dicotomia que assentava na anulação por parte do tribunal administrativo e na averiguação do *quantum indemnizatur* por parte da jurisdição civil. Vd. a este respeito ROBERTO CARANTA, *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione per Violazione dei Principi Generali di Tutela dell' Affidamento* in <<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/1861pdf>>.

tença impõe a existência de culpa é certo, mas ao referir os parâmetros dessa culpa também aos princípios da boa fé, da imparcialidade e, no que releva, à boa administração, subordinando-a a princípios constitucionais ou, numa expressão conclusiva, aos *standards* da boa administração (atente-se no teor do art. 97 da Constituição italiana) entrega-se a uma verdade prática. Ideia que naturalmente sobreleva o mérito das duas culpas que essencialmente enformam a *faute du service* — a culpa anónima e a culpa colectiva, facilitando assim, na visão que nos interessa, a evidência de que, por vezes, é muito difícil encontrar um sujeito culpado —, acrescida ou informada por uma culpa *organizacional*⁽²¹⁾, preocupada com a qualidade, a continuidade e a prontidão com que os serviços públicos são prestados⁽²²⁾, os quais devem ser adequados de molde a satisfazer as exigências dos utentes, defendendo-se que quanto mais *partners* a pleno título da Administração eles forem mais esta verá a sua responsabilidade reduzir-se em proporção.

(21) Que envolve, como refere MIR PUIGPELAT (*ob. cit.*, p. 259, n. 453), um conceito objectivo de culpa, na medida em que não se predica no agente concreto, mas sim na Administração como *apparato*, vinculando-a a princípios de imparcialidade e correcção.

(22) Cf. ALESSANDRO PAJNO, *Il Tema della P.A. tra Elementi di Risi e Prospective di Evoluzione* in *Le Responsabilità Pubbliche: Civile, Amministrativa, Disciplinare, Penale, Dirigenziale*, coord. de DOMENICO SORACE, Padova, CEDAM, 1998, pp. 50-51. De acordo com o Autor, a organização dos serviços insere-se num quadro de responsabilidade pela qualidade, constituindo as cartas de serviço um meio para o efeito, visto o seu escopo declarado consistir em dar parâmetros de fácil acesso para assegurar as exigências dos cidadãos. Curiosos são, como atenta MIR PUIGPELAT (*ob. cit.*, pp. 270-271) a este propósito, os *reimbolsos* ou compensações pecuniárias previstos pelo ordenamento italiano para os casos de incumprimento dos *standards* fixados nas cartas de serviços, o que sucede mesmo que o utente, que não tem que provar qualquer dano, seja beneficiado com esse incumprimento e cujo objectivo principal parece ser o de penalizar o incumprimento dos *standards* assumidos pela Administração a fim de incentivar o seu futuro respeito. Este *indennizzo*, continua o Autor, aproximar-se-á da devolução de uma prestação contratual e encontra um paralelismo evidente com a experiência espanhola: a devolução do preço do bilhete quando o comboio chega ao destino com um determinado atraso. Assim sucede também em Portugal. Ainda sobre as cartas de serviços e em geral cf. MARCO CAMMELI, *La Responsabilità delle Pubbliche Amministrazioni per i Servizi* in *Le Responsabilità ...*, *cit.*, pp. 3 e ss.

4. Alemanha

No que concerne ao sistema germânico, a responsabilidade civil do Estado⁽²³⁾, que abrange os direitos de indemnização pelos danos provocados pelas funções administrativa, legislativa ou jurisdicional, é imputada ao funcionário — o art. 839 do Código Civil alemão prevê a responsabilidade do funcionário que tenha actuado com culpa ou dolo, violando direitos dos administrados.

Responsabilidade que é confirmada pelo art. 34 da Lei Fundamental alemã, estendendo-a à Administração Pública (que vem a responder em primeira linha, atenta a sua maior solvabilidade e à normal dificuldade em identificar o funcionário responsável) e implica a observância de diversos pressupostos⁽²⁴⁾.

Ora, apesar de a responsabilidade civil alemã ser sistematicamente considerada como uma responsabilidade do funcionário, a verdade é que a jurisprudência tem vindo a elaborar ao longo do tempo *standards* de comportamentos cada vez mais objectivos e independentes do respectivo funcionário no exercício das funções, tendo vindo assim a trilhar um caminho de presunções da culpa e, no que nos interessa, reconhecendo a culpa da organização (*Organisationsverschulden*), no sentido de que a culpa não é construída com referência ao funcionário medianamente diligente, mas, aqui, em relação ao defeituoso funcionamento da organização administrativa, entendido como o afastamento de modelos de conduta pré-estabelecidos fixados pelo ordenamento⁽²⁵⁾.

(23) Sobre as características gerais deste sistema veja-se FRITZ OSSENBÜHL, *Die Haftung des Staates für hoheitliche Akte der Legislative, Administrative und Judikative in Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, Trabalhos Preparatório/Gabinete de Política Legislativa e Planeamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 170 e ss. e GIORGIO RECHIA, *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione in Diritto Comparato e in Diritto Comunitario in Diritto Processuale Amministrativo*, Milano, n.º 3, 2000, pp. 656 e ss.

(24) Acerca dos pressupostos para que nasça a *Amtshaftung* veja-se FRITZ OSSENBÜHL, *ob. cit.*, pp. 172 e ss. e MIR PUIGPELAT, *ob. cit.*, pp. 73-77. Também sobre os requisitos constantes do parágrafo 839 do Código Civil alemão se debruçou ERNST FORSTHOFF (*Traité de Droit Administratif Allemand*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1996, pp. 460 e ss.) e ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade Civil do Estado e dos seus Órgãos ou Agentes in Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n.º 85, 1959, pp. 466 e ss.

(25) Cf. FRITZ OSSENBÜHL, *ob. cit.*, pp. 173-174. No mesmo sentido, cf. MIR PUIGPELAT, *ob. cit.*, pp. 178-180; MAGIDE HERRERO, *ob. cit.*, p. 394 e ROBERTO CARANTA, *L'elemento Oggettivo ...*, *cit.*, pp. 17-20.

A responsabilidade por culpa aproxima-se, nesta medida, da responsabilidade objectiva, seja ela anónima, descaracterizada, fictícia ou *organizacional*.

IV. *Os primeiros traços: imagens de Portugal — evolução dogmática, jurisprudencial e legislativa da culpa do serviço no exercício da função administrativa*

1. Introdução

No âmbito do aludido Decreto-Lei n.º 48051 a responsabilidade por factos ilícitos e culposos tinha como base legal, a par com os arts. 22.º e 271.º da Lei Fundamental, os arts. 2.º a 7.º desse diploma e assentava em pressupostos cujo entendimento não diferia muito do versado no Direito Civil. Salvo, claro reste, algumas especificidades de que é exemplo a culpa, cuja apreciação, sendo ponderada à luz do estatuído no art. 487.º do Código Civil, implicava a mobilização de um conceito subjectivo facilmente imputável a indivíduos, mas não, logicamente, a pessoas colectivas públicas. Faltava, pois, consagrar aquilo que a doutrina francesa qualificava como *faute du service* para regular os casos em que os danos, não logrando ser imputados a um agente concreto, são fruto de um mau funcionamento da Administração⁽²⁶⁾.

Ora, apesar de entre nós a sobredita culpa do serviço no exercício da função administrativa não ter acolhimento legal directo no Decreto-Lei n.º 48051, tal não impediu que a jurisprudência tivesse feito uso desta figura, o que sucedeu sobretudo ao nível da responsabilidade por omissão e, em especial, do dever de vigilância⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo II*, Lisboa, polic., 1988, pp. 497- 499.

⁽²⁷⁾ Veja-se, a título meramente exemplificativo, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 29/06/2005 e de 29/09/2005, proferidos respectivamente no âmbito dos processos n.ºs 01299/04 e 0744/04, destacando-se, pela lucidez e justiça elementar que consideramos terem sido aplicadas, o aresto de 20/02/2006, que correu termos sob o n.º 0367/06 in <www.dgsi.pt>.

Pretendendo conferir consagração legislativa à doutrina e à jurisprudência relativas à culpa do serviço no exercício da função administrativa, estatui o art. 7.º, n.º 3 da LRCEE que há lugar à responsabilização das entidades que exercem a função administrativa quando, independentemente de o seu autor não ser identificável ou não se logre provar a sua autoria no cometimento do ilícito, tenha havido um funcionamento anormal do serviço. Da leitura do teor deste preceito resulta, desde logo e de forma inequívoca, a conclusão de que se está perante uma responsabilidade que, sendo pautada por uma *despessoalização* da ilicitude e da culpa, é directa, exclusiva e possui um *carácter* objectivo.

Funcionamento anormal do serviço cujo guião se encontra plasmado no n.º 4 da norma em apreço ao estatuir “(...) quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos”.

Numa primeira abordagem poder-se-á assim sustentar que se estará perante uma anormalidade na actuação de um serviço público⁽²⁸⁾ — actuação que envolve a prática de actos positivos e a omissão^(29/30) — quando a *organização administrativa* destinada a

(28) De igual modo presente no exercício da função jurisdicional e cujo apelo consubstancia, segundo LUÍS GUILHERME CATARINO (*A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça: o Erro Judiciário e o Anormal Funcionamento*, Coimbra, Almedina 1999, p. 293), “uma forma de garantia acrescida para a independência do juiz no exercício da sua função e simultaneamente para as partes”, traduzindo igualmente “uma forma de controlo pelo cidadão perante um Estado cada vez mais interventor e assegurado de riscos, a quem pode exigir um padrão médio de actuação e de qualidade e o assegurar de direitos fundamentais legal e constitucionalmente protegidos.”

(29) Cf. art. 9.º, n.ºs 1 e 2 da LRCEE. Refira-se, aliás, que nem poderia ser de outro modo, atento o princípio da responsabilização do Estado e demais entidades públicas por quaisquer acções e omissões ilícitas constante do art. 22.º da CRP. Considerando, todavia, que o art. 7.º, n.º 4 da LRCEE é demasiado restrito, por parecer reduzir-se às omissões quando se refere a “uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos”, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral: Actividade Administrativa: Responsabilidade Civil Administrativa*, Lisboa, Dom Quixote, 2008, p. 27.

(30) Criticando o facto do art. 9.º da Proposta de Lei n.º 56/X, que versa sobre a ilicitude e cujo teor é idêntico ao constante da actual Lei, não dispor expressamente sobre as acções ou omissões que violem disposições do Direito da União Europeia, cf. MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *A Proposta de Lei n.º 56/X em Matéria de Responsabilidade Civil*

satisfazer o interesse geral da colectividade ficou aquém daquilo que razoavelmente seria expectável e devido, atentas as circunstâncias que rodearam a ilicitude perpetrada e os modelos de mediania de resultado, independentemente de verificação de uma concreta culpa do agente, assim visto como peça anónima da Administração: o funcionamento da *máquina administrativa* constitui, pois, a consideração fundamental nesta matéria⁽³¹⁾.

2. *A trilogia da culpa*

Após uma descrição genérica do tema que nos ocupa, tentaremos identificar as realidades que a mesma encerra e prende no seu núcleo. Julgamos assim que não seria despidiendo, e antes relevante, identificar três *espécies* ou *formas de culpa* que se entrecruzam na explicação da matéria que tratamos. Uma culpa anónima, uma culpa colectiva e...uma *culpa da organização*⁽³²⁾.

Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Notas Breves à Luz do Direito da União Europeia in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*/coordenação de Jorge Miranda, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 235, 251 e 255.

⁽³¹⁾ No presente trabalho não nos referiremos aos requisitos relativos ao nexo de causalidade e aos danos, uma vez que os mesmos, segundo cremos, não contêm especificidades relevantes que mereçam um tratamento especial.

⁽³²⁾ Esta culpa que situamos ao nível da organização poderá subsumir-se ou, de alguma forma, ser a explicação da culpa anónima ou da culpa colectiva, mas parece-nos a nós que existem vantagens em distinguir as três situações, uma vez que a realidade a que se referem fica melhor retratada desta forma. Não ignoramos também que a expressão é utilizada na dogmática comparada com outros efeitos, mas a verdade é que estamos convencidos que as vantagens fenomenológicas de assim entender a realidade que tratamos sobrelevam relativamente às desvantagens. Utilizando uma linguagem metafórica diríamos que a situação mais corrente é a do agente secreto (ou seja, sabe-se que foi alguém que praticou o evento danoso, mas desconhece-se ou não se consegue provar quem foi o mesmo); a segunda é a da pluralidade de agentes secretos (sabe-se que o evento danoso foi fruto de um conjunto concertado de condutas ineficientes, mas não se consegue individualizar as pessoas ou o grupo de pessoas responsáveis), a terceira refere-se à organização administrativa, deslocando-se ou colocando-se aqui a luz que ilumina o prisma em que consiste o nosso esforço na falta de organização interna do serviço e não já na imputação desta ao agente secreto ou à pluralidade de agentes secretos do dano. Dimensão de culpa que, se bem lemos, é referida por LAURENT RICHER, *ob. cit.*, pp. 61 e 62.

3. *A culpa*

Como é sabido, atento o crescente grau de complexidade da actuação administrativa, o lesado tem por vezes a seu cargo uma tarefa verdadeiramente hercúlea, senão mesmo impossível (o que vale paradigmaticamente para os casos dos serviços hospitalares), em provar a autoria da ilicitude culposa. Nestas situações as soluções que o Direito fornece são duas: ora presumindo-se a culpa, com a consequente inversão do ónus da prova, quando em causa estiver a prática de actos jurídicos ilícitos e a violação de deveres de vigilância⁽³³⁾, ora *objectivizando* a responsabilidade, prescindindo-se de encontrar um culpado, estando-se, pois e assim, perante aquilo que se pode designar por uma dupla garantia potencial da vítima. É isto mesmo que sucede nas situações de culpa do serviço no exercício da função administrativa que tratamos, sendo assim que o legislador institui no art. 7.º, n.º 3 da LRCEE essa mesma presunção de culpa (leve)^(34/35).

No entanto, esta presunção pode ser ilidida pela Administração, a qual pode demonstrar que a sua actuação foi razoável em função dos meios e do modelo de organização de que dispunha à data da prática do ilícito, o que leva ínsita a conclusão de que se admitem *motivos de exclusão* do dever de indemnizar baseados na razoabilidade da sua actuação e em juízos de prognose póstuma relativos à previsibilidade do facto danoso.

⁽³³⁾ Cf. art. 10.º, n.ºs 2 e 3 da LRCEE.

⁽³⁴⁾ A qual, logrando ser ilidida, não impede a convolução deste tipo de responsabilidade em responsabilidade pelo risco (desde que, naturalmente, os pressupostos para o efeito estejam reunidos) ou até num outro tipo de responsabilidade objectiva: referimo-nos às hipóteses em que se prova a existência de uma organização deficitária não culposa geradora de danos.

⁽³⁵⁾ Solução que, segundo referem REBELO DE SOUSA e SALGADO DE MATOS, *ob. cit.*, p. 28, não se encontra isenta de críticas, na medida em que o mencionado art. 10.º, n.º 3, ao prescrever que a presunção de culpa leve em caso de violação de deveres de vigilância decorre da aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, se olvida que não só não há presunções de culpa administrativa, como inexistem ademais normas que determinem a aplicação à Administração de presunções de culpa estabelecidas na lei civil.

4. *Momento de subsidiariedade*

Alguns dos autores que tratam o tema que nos ocupa referem que o funcionamento anormal dos serviços não implica que se deva desistir da procura de um culpado⁽³⁶⁾. Esta consideração merece inequivocamente a nossa concordância.

Efectivamente, não se concebe, de acordo com a nossa moral judaico-cristã, que sejamos todos nós a pagar com o nosso esforço contributivo o erro de alguém que, podendo ter conseguido (razoavelmente) evitar o dano, deve nessa medida ser responsabilizado pelas suas consequências. Isto é: neste plano, ou num plano dos princípios, parece que a presunção de culpa (e a hipótese da norma a que nos reportamos) só deveria intervir quando se não conseguisse identificar, naturalmente assacando-lhe um juízo de censura, o (ou os) agente(s) do dano. Ora, quanto a nós, modestamente, é assim mesmo que *deveríamos* interpretar a norma, na medida em que a mesma refere “O Estado e as demais pessoas colectivas são *ainda* responsáveis *quando* os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado (...)”.

Em poucas palavras, e porque ainda assim este sentido interpretativo caberá na letra do normativo, atentos os fundamentos que sustentamos, esta medida da responsabilidade civil só operaria após se ter afastado a possibilidade de encontrar um agente (ou agentes) culpado(s)⁽³⁷⁾.

5. *A padronização*

Iniciaremos esta relevantíssima medida do nosso esforço de uma forma dogmaticamente pacífica, escrevendo então que faltará

⁽³⁶⁾ Cf. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado: a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, Lisboa, Abreu&Marques, Vinhas e Associados, 2008, pp. 78-79, referindo-se, no entanto, que não é essa a dimensão, em que a culpa não radica num culpado individualizado, que nos interessa.

⁽³⁷⁾ Tendo consciência de nunca nos termos deparado com uma posição semelhante, a verdade é que esta nos parece ser uma possibilidade que merece ou mereceria ser objecto de reflexão, sobretudo até pelo apelo à realidade que é convocado pelo direito na sua expressão mais actuante que se manifesta nos desenhos das pretensões a apresentar em Tribunal.

também indagar em que consistem esses concretos padrões ou *standards* que devem regular a Administração de molde a alcançar, à italiana o dizemos, uma *boa administração*⁽³⁸⁾. Exemplo vivo, aliás, da crescente importância que o *conceito indeterminado* em questão vem assumindo é o facto de o mesmo se encontrar consagrado no art. 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, colocando o procedimento administrativo no centro do novo Direito Administrativo, focado em superar a visão estritamente formal que legitima a Administração no mero cumprimento neutral e objectivo da norma que concede as possibilidades de actuação e norteadas pela vontade de situar o cidadão no centro da preocupação das normas que ordenam a actividade administrativa⁽³⁹⁾.

Ora, em primeiro lugar diremos, ao que cremos e como vimos de aludir, que tais parâmetros não podem deixar de passar pela referência aos princípios que devem reger toda a actuação administrativa, constantes que são dos arts. 266.º, 267.º e 268.º da Constituição da República Portuguesa e 3.º a 10.º do Código do Procedimento Administrativo e que impõem, por conseguinte, uma administração ao serviço da comunidade que seja imparcial, justa, eficiente, racional e transparente⁽⁴⁰⁾. Princípios que, servindo de pontos cardeais, não dispensam certamente a elaboração efectiva pela própria Administração, estimulada pelo legislador, de concretos parâmetros de actuação, definindo com rigor e precisão o comportamento a que está adstrita a prosseguir.

Na verdade, como bem refere Oriol Mir Puigpelat a este respeito, o que seria deveras desejável era que o legislador e a Administração se esforçassem por fixar concretos *standards* de actuação⁽⁴¹⁾ capazes de indicar em que consiste o funcionamento normal

(38) Sobre o tema cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor de Justiça como Garante da Boa Administração* in *O Provedor de Justiça. Estudos. Volume Comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição*, s/l, 2006, pp. 13 e ss.

(39) Cf. PILAR MALLA ESCOFET, *El Derecho a una Buena Administración* in <www.bcn.es/sindicadegreuges/pdf/Informe%20Buena%20Administracion-castellano.pdf>.

(40) Sobre o alcance dos princípios cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 83 e ss.

(41) Mormente através da elaboração de um catálogo pormenorizado de normas de actuação, cf. MIR PUIGPELAT, *ob. cit.*, p. 261.

dos serviços e quais as vulnerabilidades de que os mesmos padecem susceptíveis de desencadear a sua responsabilidade. *Standards* elaborados de acordo com as exigências sociais, as limitações, as orientações políticas e os conteúdos irrenunciáveis impostos pela Constituição da República e pelas leis ordinárias e de que são singelo exemplo, acompanhando-se o ilustre Autor, a periodicidade e a forma como se deve rever o estado das estradas, túneis e pontes ou do sistema de transportes públicos (as revisões mecânicas de autocarros, comboios...), a elaboração de detalhados protocolos médicos, onde se estabelecessem as provas e análises que haveria que fazer aos pacientes em função dos sintomas que apresentassem, quando, como e com que intensidade há que vigiar os distintos tipos de pacientes (mais ou menos graves, com tendências suicidas, ...), quais as medidas de segurança a adoptar nas estradas (quando e como colocar vedações para evitar o desmoronamento de pedras e valas que impeçam a entrada de animais, como devem sinalizar-se as estradas), nas escolas públicas ou nas prisões, a realização de protocolos de actuação das forças e corpos de segurança (quando e como empregar as armas de fogo, como actuar em caso de avisos de bomba ou de raptos, ...) ou de protocolos jurídicos destinados a homogeneizar o procedimento de prolação de actos administrativos, evitando actos nulos (através da necessária comprovação fáctica, estipulando-se qual a legislação, a doutrina e a jurisprudência que haveria que consultar antes de proferir decisão, o que sucederia, pelo menos, nos casos mais complexos em que a interpretação da lei resultasse mais difícil)⁽⁴²⁾. Podendo ademais considerar-se as normas internas do serviço, os relatórios relativos a índices de produtividade e quaisquer outros elementos de aferição, não sendo de excluir que se atendam a dados comparativos com serviços congéneres⁽⁴³⁾.

(42) Vd. MIR PUIGELAT, *ob. cit.*, pp. 261-262 e 273-274. Note-se que, segundo HARTMUT MAURER (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munique, 1999, p. 635 *apud* MIR PUIGELAT, *ob. cit.*, p. 274, n. 488), o sistema alemão considera que um funcionário actua imprudentemente quando desconhece não só a normativa reguladora do seu âmbito de actividade, como também a sua interpretação jurisprudencial e doutrinária.

(43) Cf. MARGARIDA CORTÊS, *A Responsabilidade Civil da Administração por Omissões* in *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, CEJUR n.º 40, Julho/Agosto 2003, p. 35.

Tudo com inegáveis vantagens no plano da segurança jurídica e em três distintos enfoques: beneficiar-se-ia os cidadãos (que saberiam quando teriam direito a indemnização ou não, evitando-se a proliferação de acções destinadas a naufragar), beneficiar-se-ia a Administração e a qualidade e eficácia da sua actuação (na medida em que, sabendo a que se há-de ater, sabendo o que deve fazer para não incorrer em responsabilidade civil, seria muito provável que assim actuasse) e beneficiar-se-ia os juizes, a quem facilitaria certamente a função jurisdicional e, em particular, a função de controlo do bom funcionamento da Administração^(44/45).

Esforço que poderia contar, como aliás já sucede em Portugal, com a formulação de cartas de serviço. Não nos referimos, claro está, à enunciação de meras regras publicitárias que se limitem a enunciar o tipo de serviços que se presta, os horários de atendimento ao público, os contactos telefónicos ou os prazos previstos para a tramitação de procedimentos⁽⁴⁶⁾ — o que se pretende defender é a formulação clara e precisa das regras que pautam o funcionamento normal do serviço em cada sector, de que forma, quando, quais os direitos que assistem ao utente,... Regras essas que não seriam meros convites a cumprir, antes seriam providas de carácter vinculativo (como sucede em Itália) para quem as elabora, revestidas ademais de consequências sancionatórias e até indemnizatórias em caso de incumprimento das directrizes nelas plasmadas⁽⁴⁷⁾.

No entanto, a nossa lei escreve... “(...) padrões médios de resultado (...)”. Tudo o que dissemos parece assim colocado em causa. Com efeito, o resultado — ou melhor, o padrão médio dos diferentes resultados — pode ser um padrão francamente deficitário⁽⁴⁸⁾. Assaltou-nos assim, numa tentativa distante de interpreta-

(44) Cf. MIR PUIGPELAT, *ob. cit.*, pp. 276-277.

(45) Contra, CABRAL DE MONCADA, *ob. cit.*, p. 73, n. 74.

(46) Situação, ao que parece, ilustrada pela Carta de Serviços do Município de Chaves in <<http://www.cm-chaves.pt>>.

(47) Defendendo, apesar de reconhecer a sua utilidade na definição de funcionamento anormal do serviço, a insuficiência das cartas de serviço em virtude de em Espanha a sua função ser mais a de impor à Administração regras de resultado e não de conduta, cf. MIR PUIGPELAT, *ob. cit.*, p. 271.

(48) Não se repetindo aqui o que dissemos *supra* sobre a nossa motivação como povos de Sul que somos e os resultados, normalmente pobres, que por isso conseguimos.

ção da letra da lei, a possibilidade de o legislador ter pretendido comparar os *standards* médios dos *nostros* serviços, devendo-se pois partir desta mediania como parâmetro.

Ora, não cremos que tal seja forçoso ou, por outras palavras, sustentamos que o que *supra* afirmámos terá sido pretendido pelo legislador em decorrência de uma interpretação equilibrada da nossa lei. Entendemos, pois, esses *padrões médios de resultado* não de uma forma insustentavelmente restritiva, como algo que resulta da soma e da média de um *conjunto de ineficiências práticas* de uma Administração em evolução face à média europeia, mas da interacção dos resultados médios práticos com os objectivos do serviço, normativa ou programaticamente definidos pelo legislador ou pelos diferentes serviços. Cremos assim que nestas situações em que os serviços, ou mesmo a lei, definem os objectivos a atingir, esta será uma dimensão que importará considerar na fixação dos *padrões médios de resultado* que quem aplica direito terá, forçosamente, de considerar. Com efeito, atente-se bem, não só esta padronização tem na sua formação genética um radical de confiança — mormente espelhado num *resultado* ou em *meios* normativamente enunciados⁽⁴⁹⁾ que se exprime na escolha que, por vezes é certo, o utente dos serviços públicos pondera quando beneficia da actuação administrativa — como os *standards* fixados nas cartas de serviços devem ser encarados como portadores de verdadeiras *obrigações de resultado* ou de ingentes *obrigações de meios*.

Terminaremos dizendo — inovatoriamente, mas aqui talvez com um maior grau de intuível consenso — que nestes *padrões médios de resultado* terão de se considerar os objectivos estabelecidos pelos diferentes serviços quando elaboram ou co-elaboram as folhas de avaliação dos seus diferentes *funcionários*.

6. *A inexigibilidade*

Aqui chegados dedicaremos algumas palavras a esta dimensão normativa, a qual tem imanente a aferição do grau de exigibilidade de conduta diversa, apta a evitar o dano.

⁽⁴⁹⁾ A proximidade, em certos casos, com o contrato levanta problemas delicadíssimos e angustiantes que escapam substancialmente do âmbito do nosso tema.

Em geral podem identificar-se três concepções sobre a inexigibilidade: a subjectiva, a objectiva e a intermédia. A primeira (originária) sustenta que a inexigibilidade deve ser determinada de acordo com padrões éticos e individuais. A segunda afere a exigibilidade ao comportamento do *homem médio* colocado nas mesmas circunstâncias em que se encontrava o autor no momento da acção. Uma visão intermédia considera a inexigibilidade um critério regulador que, operando sobre todos os momentos da conduta, visa a determinação da inexigibilidade face à ilicitude de acordo com um critério objectivo, sendo que no que toca à culpa deverá a mesma ser ponderada como critério subjectivo⁽⁵⁰⁾.

O que é pacífico dizer-se a este respeito é que se trata de uma *técnica* que faz recair sobre o julgador, atenta a sua interior indeterminação, especiais deveres de ponderação, no sentido de aferir, naturalmente segundo um sempre delicado juízo de prognose póstuma, qual era a conduta que, no caso concreto, era razoavelmente exigível à Administração⁽⁵¹⁾.

Mas, quanto a esta matéria, interessa ainda fazer referência à falta de meios e recursos concretamente disponíveis pela Administração quando agiu ou omitiu a conduta razoavelmente exigível. Neste domínio parece existir um consenso, pelo menos no que foi dado à estampa, no sentido de se sustentar que nestas situações não procederá a pretensão indemnizatória, na medida em que a letra da lei remete para as circunstâncias do caso^(52/53).

(50) Levar-nos-ia longe demais uma ponderação de todas as incidências da inexigibilidade. No entanto, apesar da maior exigência neste domínio do Direito Penal, não nos parece despidendo citar a este respeito JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 565 e ss. Nomeadamente quanto ao momento de certeza do conceito relativo que é, para além de outros menos consensuais, à circunstância de se dever admitir que a desculpa deve ser negada quando a lei exija que o serviço suporte o *perigo*.

(51) Utilizando conceitos eminentemente de Direito Civil, diríamos que, se quanto aos padrões imperarão juízos de resultado e de meios, na exigibilidade emergirão sobretudo ou exclusivamente juízos que se movem no domínio da obrigação de meios, daí que se possa sustentar que a lei, apesar de tudo, equilibra o resultado com a conduta.

(52) Cf. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 133, que, todavia, tempera esta conclusão com a afirmação de que pode ocorrer "(...) uma responsabilidade por facto ilícito quando o dano, nessas circunstâncias, resulte

Discordamos, contudo, e pensamos que não estamos sós, deste entendimento, porquanto poderão existir casos em que era razoavelmente exigível, no plano da organização interna dos serviços, uma organização dos meios, mormente humanos, de forma a fazer face aos padrões médios de resultado. Numa palavra, a demonstração da inexistência de meios humanos e financeiros, que inequivocamente cabe e deve caber à Administração — quanto mais não fosse em resultado de uma inversão do ónus da prova resultante da dificuldade probatória e das regras da experiência —, deve ser objecto de uma apreciação jurisdicional exigente que se nos afigura que implicará tomar em consideração uma pluralidade de factores ligados ao funcionamento do serviço⁽⁵⁴⁾.

7. *O direito de regresso*

No que se refere ao exercício do regresso, uma das matérias mais controversas da nossa lei de responsabilidade civil pelas incidências ansiosamente temidas da sua aplicação⁽⁵⁵⁾, parece que o

de deficiências de previsão quanto às necessidades do serviço ou da organização interna, que possam ser directamente imputáveis a um determinado titular de órgão ou dirigente do serviço.”

⁽⁵³⁾ Esta interpretação, no entanto, não fossem as incidências políticas, e ainda assim apenas numa perspectiva possível, pareceria afrontar a rejeição pela Assembleia da República do Projecto do PSD, o qual referia o seguinte: “4. Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias, aos padrões médios de resultado e aos meios e recursos concretamente disponíveis, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos.”

⁽⁵⁴⁾ Referimo-nos à proximidade do serviço do radical dos direitos fundamentais e, por isso, à espécie de serviço de que se trate no que se refere às consequências típicas da acção ou omissão culposa em causa e às previsões orçamentais do serviço ligadas à distribuição dos recursos pelos diferentes sectores internos de actividade. A este respeito escreveu LAURENT RICHER, *ob. cit.*, p. 54, que seria chocante que um serviço público pudesse prevalecer-se das suas próprias falências: esses limites existem e, no que toca à utilização dos meios disponíveis, circunstância que só excepcionalmente é apreciada pelo juiz, a Administração não pode invocar a insuficiência de meios se ela é devida à falta de recurso aos meios disponíveis ou à má utilização dos meios disponíveis — ou seja, existe uma obrigação de utilização e uma obrigação de boa utilização.

⁽⁵⁵⁾ E não só, pois como bem atentam REBELO DE SOUSA e SALGADO DE MATOS, *ob. cit.*, pp. 36-37, o exercício obrigatório do *direito* de regresso, no caso de o Estado ou uma pessoa colectiva de direito público ser condenado em responsabilidade civil fundada

mesmo se deveria afastar da previsão normativa que tratamos, uma vez que se está face a uma responsabilidade exclusiva e uma culpa anónima ou colectiva ou organizacional interna e, também necessariamente, sem rosto^(56/57).

8. *Limitações à indemnização?*

A este passo, e para terminar, procuraremos averiguar se nas hipóteses em que o lesado logra obter a condenação da Administração em virtude de esta não ter conseguido ilidir a presunção de culpa leve nos casos legalmente previstos não se justificaria a

no comportamento ilícito grave ou doloso adoptado por um titular de órgão, funcionário ou agente envolvido, apenas está previsto, ao contemplar somente os casos mencionados no art. 10.º, n.º 2 da LRCEE, para a prática de actos jurídicos ilícitos.

⁽⁵⁶⁾ A hipótese que CABRAL DE MONCADA adianta (*ob. cit.*, pp. 78-79) vai além das situações pressupostas no normativo sobre que reflectimos, posto que, nesses casos, não temos quaisquer (agente ou) agentes secretos que, a coberto das plúrimas sustentações da centopeia administrativa, causam o dano.

⁽⁵⁷⁾ Já neste sentido se pronunciara PAULO OTERO, *Responsabilidade Civil Pessoal dos Titulares de Órgãos, Funcionários e Agentes da Administração do Estado* in *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1997, p. 497. E, de facto, assim é, sendo que a única hipótese abstracta equacionável traduzir-se-ia na circunstância de se poder adivinhar uma situação em que uma pessoa colectiva (por exemplo, uma autarquia accionada com êxito por um qualquer particular) pretender de outra ou do Estado, um regresso ressarcitório, um qualquer caso relativo a um parecer vinculativo (para quem não confira a natureza de acto administrativo a esta pronúncia) com utilização dos recursos a que se refere a norma que serve de pretexto ao nosso trabalho. No entanto, é claro e incontroverso que esta responsabilidade de *segundo grau* deve ter sempre um ou mais protagonistas individualizados, nos termos do estatuído no art. 6.º, n.º 1 e da primeira parte do art. 8.º da LRCEE. Devemos, contudo, salientar, apesar da crítica que vamos tecer não se centrar no objecto do nosso estudo, que nos parece, sobretudo nos casos em que sejam *Administrações* avessas à ideia de tutela, que deveria ter sido legislativamente previsto o exercício do *direito* de regresso. Esta ideia que vimos de adiantar revela-se mais evidente nos casos em que em que para o resultado lesivo concorreram funcionamentos anormais de serviços públicos distintos, pertencentes a diferentes pessoas colectivas de direito público. Com efeito, uma vez que se trata de uma situação de solidariedade de responsabilidades, a qual pressupõe casos de dolo ou culpa grave, deveria ser permitido não só averiguar o grau de culpa, como também ser permitido o *direito* de regresso — situação que o legislador parece não ter previsto. Aliás, isto mesmo é o que sucede em Espanha, em que a regra é a da responsabilidade solidária, salvo quando exista um instrumento jurídico regulador da actividade conjunta que distribua a quota de responsabilidade entre os serviços, caso em que valerá o que neles se disponha. Veja-se, a este propósito, LEGUINA VILLA, *ob. cit.*, pp. 106-107 e CASINO RUBIO, *ob. cit.*, pp. 353 e ss.

introdução de limitações ao dever de indemnização, mormente exigindo que os danos, para serem ressarcidos, sejam anormais.

Numa primeira análise poderíamos ser tentados a responder afirmativamente. Todavia, para além da argumentação já tecida a este respeito⁽⁵⁸⁾, tendo em conta que quando a Administração Pública actua sob as vestes de direito privado responde sem quaisquer limitações, a verdade é que tal consubstanciaria um verdadeiro privilégio desprovido de fundamento bastante para o efeito.

V. *As cores mais vivas do nosso desenho ou a angústia do trabalho acabado: conclusões*

Não nos parece despiciendo, e antes vantajoso, admitir um terceiro *momento* ou dimensão de culpa na matéria que tratamos, precisamente a *culpa da organização*, como forma de relevar, e quiçá emprestar ao tema, uma nova perspectiva que concorra, como um novo ponto de partida, para uma melhor compreensão da realidade que tratamos.

Parece-nos ainda que a responsabilidade daqueles agentes, nem que entendêssemos tal como uma contribuição para um direito a constituir, deveria ser uma responsabilidade subsidiária, uma vez que todos aceitamos o princípio de que só se deve *punir* materialmente os culpados pelos danos, com exclusão de quaisquer outros que para ele não contribuíram.

Na padronização em função dos resultados médios devem ser considerados, para além do que a dogmática portuguesa e comparada já adiantou, também as cartas de serviço e os objectivos dos diferentes serviços estabelecidos para efeitos de avaliação do desempenho dos diferentes *funcionários* da Administração Pública.

⁽⁵⁸⁾ Vd. a este respeito CARLA AMADO GOMES, *Três Textos sobre o Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008, pp. 36-37.

A nossa lei equilibra, ao contrário do que se poderia pressupor, os resultados com a conduta, ao estabelecer um nexo entre a padronização e as circunstâncias do caso.

A falta de meios humanos e materiais não deve excluir sempre a responsabilidade que tratamos, devendo esta apreciação ser deixada à prudente percepção do julgador, que sopesará uma multiplicidade de factores ligados às *circunstâncias do caso* antes de assim concluir.

A responsabilidade sobre que nos debruçamos exclui sempre a existência de *direito* de regresso.