"É sempre a mesma cantiga" – O contencioso da responsabilidade civil pública[1]

Vasco Pereira da Silva

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

«Era uma vez...

Era uma vez, há muitos, muitos anos — séculos até —, num remoto país — a longínqua França —, uma menina de cinco anos, chamada Agnès Blanco, que foi atropelada por um vagão de uma empresa pública de tabaco de Bordéus.

Os pais da menina dirigiram-se ao Tribunal de Bordéus a pedir uma indemnização, mas este não conheceu do seu pedido, alegando ser incompetente, por estar em causa uma autoridade administrativa, e por não haver lei aplicável, já que as normas do Código Civil somente se referiam às relações entre particulares. Os pais da criança dirigiram-se, então, ao Conselho de Estado e obtiveram a mesma resposta, o tribunal era incompetente, pois não se tratava do recurso de um acto administrativo, além de que não havia lei para aplicar, uma vez que não se tratava de uma relação entre particulares. Perante este conflito negativo de jurisdições, o Tribunal de Conflitos foi chamado a pronunciar-se, tendo considerado que o caso era da competência da Justiça Administrativa, e que, na ausência de lei, era necessário criar normas jurídicas especialmente destinadas a proteger a Administração, também em matéria de responsabilidade civil, desta forma afirmando a necessária autonomia do Direito Administrativo».

A história que venho de contar, acerca do problema da responsabilidade civil da Administração Pública, relata um "episódio traumático" da "infância difícil" do Contencioso Administrativo. O Acórdão Blanco, do Tribunal de Conflitos francês, de 8 de Janeiro de 1873,[2] representou uma espécie de "certidão de nascimento" do Direito Administrativo, ao proclamar a sua autonomia como ramo do direito. Só que essa autonomia foi afirmada pelas piores razões: a necessidade de excluir ou, pelo menos,

[1] Artigo aprovado para publicação em categoria especial: "Obra Literário-Jurídica".
O presente texto, cujo título evoca um conhecido filme de Alain Resnais, assume-se como uma homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Corrreia, retomando, com as devidas adaptações, aquilo que antes se escreveu em VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo», 2ª. edição, Almedina, Coimbra, p. 318 e seguintes.

[2] Vide M. LONG / P. WEIL / G. BRAIBANT / P. DELVOLVÉ / B. GENEVOIS, «Les Grands Arrêts de la Justice Administrative», 9.ª edição, Sirey, 1990, p. 15 e seguintes.

de limitar a responsabilidade da Administração perante uma menina de cinco anos. O que não foi «uma "boa estreia" para o nosso ramo de direito. Criado mais com o objectivo de proteger a primazia da Administração do que preocupado com a protecção dos particulares, o Direito Administrativo só paulatinamente é que se vai libertando dos traumas provocados por uma "infância difícil"».[3] Forçoso é, pois, reconhecer que era quase impossível ter "inventado" um começo mais "traumático" para o Processo e para o Direito Administrativo...

«Era uma vez...

Era uma vez, há alguns anos atrás — antes da entrada em vigor da reforma do Contencioso Administrativo —, aqui mesmo ao lado, neste nosso país, uma menina chamada Maria... Inês... Rita... um menino chamado João... Pedro... Manuel...

Os pais da criança dirigiram-se aos tribunais judiciais a pedir uma indemnização pela actuação administrativa danosa, mas estes não conheceram do seu pedido, alegando ser incompetentes, por estar em causa um acto de gestão pública, não sendo por isso aplicáveis as normas do Código Civil. Os pais da criança dirigiram-se, então, aos tribunais administrativos e obtiveram uma resposta (simétrica, mas) conducente ao mesmo resultado, o tribunal era incompetente, pois se tratava de uma actuação de gestão privada, pelo que era de aplicar o disposto no Código Civil para as relações entre particulares. Ante o conflito negativo de jurisdições, foi necessária a intervenção do Tribunal de Conflitos, a fim de resolver o problema de saber qual o tribunal competente e qual o direito aplicável».

Esta segunda versão, que acabo de contar, não é tão somente uma "história", nem algo ocorrido em lugares remotos, ou num longínquo passado, mas uma realidade quotidianamente repetida, no Portugal de até há pouco tempo atrás (até 2004, para ser mais exacto). O que é bem revelador da circunstância dos "traumas da infância difícil" do Contencioso Administrativo só agora começarem a ser devidamente superados, entre nós. A sucessiva repetição, quase até aos nossos dias, da "história" em que tanto os tribunais judiciais como os tribunais administrativos se consideravam incompetentes para decidir e mostravam dúvidas quanto ao direito aplicável, é a prova de que o Contencioso Administrativo português tem demorado muito tempo para retirar dela alguma "moral". Ou — se me permitem o trocadilho —, de como o nosso Contencioso Administrativo tem sido (e continua ainda parcialmente a ser), sob muitos aspectos, uma "história sem moral"...

[3] VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do A. A. P.», cit., p. 26.

Tal era a situação — vigente até a entrada em vigor da reforma do Contencioso Administrativo —, em que «pelos danos causados no desempenho de actividades de gestão privada, a Administração responde segundo o Direito Civil perante os tribunais judiciais, e pelos danos causados no exercício de actividades de gestão pública, a Administração responde segundo o Direito Administrativo perante os tribunais administrativos» (FREITAS DO AMARAL).[4] Daqui resultando que o direito da responsabilidade administrativa, com a respectiva dualidade de regimes jurídicos e de tribunais competentes, podia ser caracterizado «pela ideia de fragmentação», constituindo uma «verdadeira "manta de retalhos" de soluções jurídicas, (...) uma espécie de "labirinto jurídico", que teria feito as delícias do escritor JORGE LUIS BORGES», mas que, do ponto de vista das garantias dos cidadãos, deixava muito a desejar.[5]

São conhecidas as minhas críticas a este sistema.[6] Ele era, em primeiro lugar, um sistema ilógico, pois assentava na distinção entre gestão pública e gestão privada, que há muito tinha perdido a sua originária razão de ser (se é que alguma vez a teve). Isto porque:

a) tinha como pressuposto uma ideia autoritária de Administração que, ou exercia poderes de autoridade, actuando através de acto administrativo (ou de regulamento), ou era remetida para o "limbo" do Direito Privado. O que correspondia a uma concepção do Direito Administrativo como um conjunto de normas "excepcionais", "exorbitantes" do Direito Civil, que se fazia acompanhar de uma visão actocêntrica das formas de actuação administrativa;

b) não é possível distinguir as actuações informais e técnicas, assim como as operações materiais da Administração pública (que são os factos geradores da maior parte das situações de responsabilidade civil), com base na ideia de gestão pública ou de gestão privada (v.g. as actuações de médicos, engenheiros, motoristas, do ponto de vista da respectiva natureza, não são distintas quando realizadas no âmbito do serviço público ou do sector privado). Em vez disso, nos nossos dias, todas as actuações administrativas tendem a surgir unificadas em razão da ideia (material) de função administrativa,

[4] FREITAS DO AMARAL, «Direito Administrativo», v. III, lições policopiadas, Lisboa, p. 485.

[5] VASCO PEREIRA DA SILVA, «Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente», in VASCO PEREIRA DA SILVA, «Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo», Almedina, Coimbra, 2000, p. 24.

[6] Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «Responsabilidade A. em M. de A.», cit., in VASCO PEREIRA DA SILVA, «Ventos de M. no C. A.», Almedina, cit., mx. p. 26 e ss.

> e não da regra (formal) do exercício do poder. O problema não é, portanto, o de estabelecer falsas distinções dentro das actuações realizadas no âmbito da função administrativa, mas sim o de uniformizar o respectivo regime jurídico. Aquilo que é comum a todas as actuações administrativas (sejam elas regulamentos, contratos, actuações informais e técnicas, operações materiais), e que justifica um tratamento legislativo e jurisdicional unitário, nomeadamente para efeito de responsabilidade extracontratual, é a dimensão (material e teleológica) da satisfação de necessidades colectivas através de formas públicas e privadas, sem que faça sentido introduzir aqui distinções artificiosas.

A prova mais acabada da irracionalidade do sistema, era o facto da jurisprudência — que foi obrigada a encontrar orientações para resolver os casos concretos, malgrado os imbróglios legislativos — ter renunciado a um critério lógico de distinção entre gestão pública e gestão privada, substituindo-o pelo recurso à sensação "impressionista" do "ambiente de Direito Público".[7] O que significa desistir de procurar características diferenciadoras entre actos de gestão pública e de gestão privada, substituindo o rigor da lógica pela sensação da arte, e passando a contentar-se com uma qualquer vaga referência ao "ambiente", ou — permitam-me a ironia — com um qualquer "cheirinho a direito público".

Veja-se o caso do exercício privado da medicina num hospital público, pelos médicos ao seu serviço, para testar os limites do "não-critério" do "ambiente de direito público". O médico de um hospital público, que é autorizado a exercer clínica privada, realiza ambas as actividades no mesmo hospital, ou seja, no mesmo "ambiente". Será que, neste caso (mas poderia ser outro qualquer), fará sentido distinguir os comportamentos do médico com referência ao "ambiente" em que é exercida a actividade?

É certo que o jurista — que, como é sabido, é capaz de tudo — poderia ainda tentar distinguir entre "ambiente físico" e "ambiente jurídico", para concluir que a mesma actividade, realizada pela mesma pessoa, no mesmo local e enquadramento, nas mesmas condições e subordinada às mesmas "regras técnicas e de prudência comum", era, afinal, completamente "outra" à luz das regras da responsabilidade civil. Mas, será minimamente aceitável proceder a essa dissociação entre realidade física e jurídica, ou

[7] Para uma crítica ao critério do "ambiente de direito público" no domínio dos contratos, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, «Critério da Ambiência de Direito Público: Esforço Inglório para Salvar o Contrato Administrativo», in «Cadernos de Justiça Administrativa», nº 2, 1997, p. 9 e seguintes.

não representará, antes, ela a manifestação de um discurso jurídico "à beira da esquizofrenia", por ter perdido a referência à realidade? Tanto mais quando está em causa a colaboração dos privados no exercício de tarefas públicas, realizada nas instalações e no âmbito do serviço público da saúde, por agentes administrativos, o que aponta claramente — não apenas no que diz respeito ao exercício da actividade, como, sobretudo, no que concerne à tutela dos direitos dos particulares — no sentido da necessidade de harmonização e de uniformização da globalidade do regime da responsabilidade extra-contratual, sempre que esteja em causa o exercício da função administrativa. Pois, característico da Administração de Infra-estruturas é, precisamente, o alargamento do âmbito da função administrativa, que decorre de variadas e distintas formas de colaboração de entidades públicas e privadas, assim como da combinação de instrumentos jurídicos com actuações técnicas, como é o caso do exemplo referido.[8]

Mas o sistema, que vigorou entre nós até 2004, era, em segundo lugar, um sistema injusto, uma vez que a ausência de critérios lógicos seguros de distinção entre gestão pública e gestão privada, gerava frequentes dúvidas quanto ao direito aplicável e quanto ao tribunal competente. Provocando conflitos (negativos) de jurisdição, com os consequentes problemas de morosidade e, mesmo, de denegação de justiça, em termos susceptíveis de ser configurados como casos de lesão grave e inadmissível do direito fundamental à protecção plena e efectiva dos particulares.

«Era uma vez...

Era uma vez, uma menina chamada Maria... Inês... Rita... um menino chamado João... Pedro... Manuel...

Os pais da criança dirigiram-se aos tribunais judiciais a pedir uma indemnização pela actuação administrativa danosa, mas estes não conheceram do seu pedido, alegando ser incompetentes, por estar em causa a Administração Pública. Os pais da criança dirigiram-se, então, ao tribunal administrativo, que agora se declarou competente para conhecer do litígio, não sem que antes tivessem sido colocadas algumas dúvidas — felizmente dissipadas — quanto ao modo de interpretação correcta da repartição jurisdicional de competências efectuada pelo legislador da reforma.

[8] A noção de Administração Infra-estrutural remonta a HEIKO FABER, «Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft», in «Auf einer Dritten Weg – Festschrift für Helmut Ridder zum siebzigsten Geburtstag», Luchterland, 1989, p. 291 e seguintes; e «Verwaltungsrecht», 4ª edição, Mohr, Tübingen, 1995, maxime p. 350 e seguintes e 420 e seguintes. Vide também VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do Acto Administrativo Perdido», Almedina, Coimbra, 1996, p. 99 e seguintes.

Mas, a partir daí, voltou a incerteza... Não se sabia ao certo qual o direito aplicável aquele caso, já que a resposta a tal questão dependia de saber se se tratava de um acto de gestão pública ou de gestão privada — coisa que ninguém sabia bem o que era. Além de que, depois de resolvida — de uma forma ou de outra — tão misteriosa questão, nenhum dos diplomas legais aplicável era actualizado, nem regulava de forma adequada o problema...

E a fada-madrinha, que nunca mais aparecia!...»

A reforma do Contencioso Administrativo veio criar as condições para o surgimento de uma "outra história" do contencioso da responsabilidade civil pública, ao consagrar a unidade jurisdicional neste domínio, o que, para além do seu significado próprio, não devia deixar de ter consequências também no direito substantivo aplicável. Mas ela ainda "é sempre a mesma cantiga" ou, dito de outra forma, apenas "mais uma" versão da "mesma história" (como os referidos "remakes" à "moda de Hollywood"), visto que, por um lado, a unidade jurisdicional consagrada não está isenta de "equívocos", alguns deles (infelizmente) logo tornados realidade por certa doutrina e jurisprudência nascentes, por outro lado, porque se mantém a dualidade legislativa (apesar da unidade jurisdicional), a que acrescia ainda a "indiferença" do legislador que, só em 2008, com o surgimento do D.L. nº 67/ 2007, de 31 de Dezembro, vai estabelecer um novo regime da responsabilidade civil pública.

Recapitulando o que antes se disse acerca do âmbito da jurisdição administrativa (nomeadamente a propósito dos contratos da função administrativa), o nosso ordenamento jurídico delimita a competência dos tribunais administrativos e fiscais em razão da natureza das relações jurídicas em causa (vide o artigo 212º, nº 3, da Constituição e o artigo 1º, nº 1, do ETAF), completando depois essa cláusula geral e aberta com uma enumeração exemplificativa, que concretiza os tipos de situações jurídicas susceptíveis de ser enquadradas no Contencioso Administrativo. Daí resultando que o "todo é maior do que a soma das partes" e que a análise de cada uma das situações identificadas como pertencentes ao Contencioso Administrativo não é taxativa, mas apenas indicativa dos elementos a ponderar para a determinação do âmbito da jurisdição administrativa.

É tendo em vista este enquadramento geral que devem ser interpretadas as disposições relativas à responsabilidade civil pública, constantes das alíneas g), h), i), do nº1, do artigo 4º do ETAF. Ora, da análise conjugada destes preceitos, resulta a inequívoca consagração de um

regime de unidade jurisdicional, tanto no que respeita ao contencioso da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, em virtude do abandono da "falsa distinção" entre gestão pública e gestão privada como critério de determinação da competência do tribunal (como antes ocorria), como também, mais amplamente, no que se refere ao contencioso de toda a responsabilidade civil pública, que agora passa a ser da competência dos tribunais administrativos.[9] [10] Diga-se, ainda, que esta unificação do regime jurídico da responsabilidade civil pública ao nível da jurisdição administrativa é, em minha opinião, uma orientação correcta, sobretudo, tendo em conta as opções do artigo 212º, nº 3, da Constituição (ainda que, em abstracto, e se não existisse a referida norma constitucional, se pudesse discutir se não teria sido mais vantajosa a unificação de todo o contencioso da responsabilidade civil "à alemã", ao nível dos tribunais comuns), mas que necessita agora de ser completada através de legislação substantiva "conforme".

Passando agora a análise mais detalhada de cada um dos preceitos, em primeiro lugar, comete-se à jurisdição administrativa o julgamento das «questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público, incluindo a resultante do exercício da função jurisdicional e da função legislativa» (artigo 4º, nº 1, alínea g, do ETAF). Trata-se de uma norma inovadora, que consagra a uniformização jurisdicional de todo o contencioso da responsabilidade civil pública, que passa a ser da competência dos tribunais administrativos.[11] Enquanto, antes, se distinguia o contencioso da responsabilidade civil administrativa, que era da competência da justiça administrativa, do contencioso da responsabilidade civil dos demais poderes do

[9] Idêntica é a posição sustentada por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / DIOGO PREITAS DO AMARAL, quando escrevem que «os tribunais administrativos passam a ser competentes para dirimir todas as questões de responsabilidade civil que envolvam pessoas colectivas de direito público, não só por danos resultantes do exercício da função administrativa, mas também por danos resultantes do exercício das funções política e legislativa ou do funcionamento da administração da justiça» (M. AROSO DE ALMEIDA / D. FREITAS DO AMARAL, «Grandes Linhas da R. do C. A.», cit., p. 36).

[10] No mesmo sentido da unificação jurisdicional do contencioso da responsabilidade civil administrativa, também a mais recente reforma espanhola da justiça administrativa, atribui competência aos tribunais administrativos para o julgamento de questões de «responsabilidade patrimonial das Administrações Públicas seja qual for a natureza da sua actividade, ou o tipo de relação de que derive» (artigo 2º, c) LJCA). Isto, com o objectivo «de terminar, de uma vez por todas, com a tão prejudicial peregrinação judicial ou, o que é pior, com denegações injustificáveis de justiça. Sempre que se possa "levantar o véu" e descobrir que ele cobre uma Administração pública, qualquer que seja o regime jurídico a que se encontre submetida, a jurisdição do contencioso administrativo deve exercer a sua "força atractiva"» (MEILÁN GIL, «La Reforma de la Justicia Administrativa en Espana», cit., in «Cadernos de J. A.», nº 13, cit., p. 6).

[11] De acordo com as propostas de RUI MEDEIROS, «Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Acto Legislativo», Almedina, Coimbra, 1992; «Acções de Responsabilidade – Elementos do Regime Jurídico e Contribuições para uma Reforma», Principia, Cascais, 1999.

Estado, que era da competência dos tribunais judiciais, agora, é sempre competente a justiça administrativa para todo o contencioso da responsabilidade civil pública.

Em rigor, isto significa qualificar como administrativa, para efeitos processuais, qualquer relação de responsabilidade civil pública, independentemente da natureza do órgão e do poder em que ele se encontra inserido. O que, por um lado, representa um alargamento da cláusula geral da natureza administrativa da relação jurídica que, no domínio da responsabilidade civil pública (e só nele), se amplia a qualquer relação jurídica pública (dando assim, implicitamente, origem a uma espécie de "segunda cláusula geral", de conteúdo mais amplo do que a primeira, ainda que de âmbito limitado a esta matéria), por outro lado, significa também que o legislador considerou as relações jurídicas administrativas como o paradigma das relações jurídicas públicas. Mas, este alargamento da competência jurisdicional dos tribunais administrativos necessitava também de uma adequada resposta substantiva — por realizar até à Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro —, pois pressupõe a criação de um regime jurídico comum da responsabilidade civil extracontratual pública, aplicável ao Estado e a qualquer entidade pública não apenas no exercício da função administrativa, mas também da legislativa e da judicial, tal como decorre da Constituição (vide o artigo 22º da Constituição) e que, na falta de lei, a doutrina[12] e a jurisprudência se iam esforçando por concretizar.[13]

Curioso que, nesta disposição, se faça referência à responsabilidade civil emergente das funções legislativa, administrativa e judicial, mas não se refira expressamente a função política. O que poderia conduzir a certas interpretações, mais "literalistas", a considerar que ela foi excluída deste

[12] Sobre a problemática da responsabilidade civil ao nível das funções política, legislativa e judicial, entre nós, vide GOMES CANOTILHO, «O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos», Almedina, Coimbra, 1974; RUI MEDEIROS, «Ensaio sobre a R. C. do E. por A. L.», cit.,(mx. p. 235 e ss.); «Acções de R. – E. do R. J. e C. para uma R.», cit.; «A Responsabilidade Civil pelo Ilícito Legislativo no Quadro da Reforma do Decreto-Lei nº 48 051», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado», Coimbra Editora, 2002, p. 193 e seguintes; MARIA LÚCIA AMARAL, «Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador», Coimbra Editora, Coimbra, 1998; «A Responsabilidade do Estado-legislador: Reflexões sobre uma Reforma», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade C. E. do E.», cit., p. 217 e ss.; «Responsabilidade por Danos Decorrentes do Exercício da Função Política e Legislativa», in «Cadernos de Justiça Administrativa», nº 40, Julho / Agosto, 2003, p. 39 e seguintes; JORGE MIRANDA, «Responsabilidade do Estado pelo Exercício da Função Legislativa – Breve Síntese», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade C. E. do E.», cit., p. 185 e ss.; JOÃO CAUPERS, «Responsabilidade do Estado por Actos Legislativos e Judiciais», in J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ / A. CALONGE VELÁZQUEZ, «La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos», (III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 de Octubre de 1997), p. 77 e seguintes; «Responsabilidade pelo Exercício da Função Jurisdicional», in «Cadernos de J. A.», cit., nº 40, p. 46 e ss.; JOÃO AVEIRO PEREIRA, «A Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais», Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

[13] Vide neste sentido RUI MEDEIROS, «Apreciação geral dos Projectos», in «Cadernos de Justiça Administrativa», nº 40, Julho / Agosto, 2003, p. 18 e seguintes.

regime,[14] tanto mais que se poderia ainda acrescentar um argumento "historicista", pois essa referência à função política constava da anterior versão da norma em apreço.

Da minha perspectiva, como antes se explicou, não só não faz qualquer sentido interpretar literalmente uma norma que concretiza uma cláusula geral que aponta para um critério "aberto", como é o da natureza das relações litigadas, para além de, por sua vez, ir mesmo para além dela, alargando esse critério das relações administrativas para as públicas, como também não é correcto apelar a um elemento histórico (se é que de "história" se pode falar a propósito de um procedimento legislativo tão recente), perante um procedimento legislativo tão atribulado e tão "heterogéneo" do ponto de vista da determinação da "vontade" legislativa, sobretudo, tendo em conta que os trabalhos preparatórios não fornecem quaisquer razões para a escolha da primeira versão, nem da segunda. Pelo que, mais do que argumentos de ordem formal, devem valer razões de ordem material e de espírito do sistema, as quais apontam claramente no sentido da inclusão da responsabilidade da função política no Contencioso Administrativo, tanto pela similitude de características materiais das funções política e legislativa (ao ponto de se poder mesmo questionar se vale a pena separar uma da outra), a reclamar identidade de tratamento jurídico, como pela lógica do sistema apontar para a unificação do regime da responsabilidade civil pública, mediante uma (segunda) cláusula geral (de responsabilidade das pessoas colectivas de direito público), específica desta matéria (e que vai mesmo para além da primeira, que é de natureza genérica), pelo que a referência às funções legislativa e jurisdicional deve ser considerada como meramente exemplificativa.

Mas, a norma em apreço (artigo 4º, nº 1, alínea g, do ETAF) — para além de estabelecer, em termos mais amplos, a unidade do contencioso da responsabilidade civil pública — consagra também (tanto isoladamente considerada, como em conjugação com as demais disposições), de forma inequívoca, a competência da jurisdição administrativa para «apreciar todas as questões de responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, independentemente da questão de saber se essa responsabilidade emerge de uma *actuação de gestão pública* ou de uma *actuação de gestão privada*: a distinção deixa de ser relevante, para o efeito de

[14] Neste sentido, vide MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Código de P. nos T. A. e E. dos T. A. e F. A.», cit., v. I, p. 60.

determinar a jurisdição competente, que passa a ser, em qualquer caso, a jurisdição administrativa» (MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / DIOGO FREITAS DO AMARAL).[15] [16]

Assim se pondo termo a um dos "traumas" mais antigos e profundos do Contencioso Administrativo, ao superar a indesejável dualidade de jurisdições mediante a unificação do regime contencioso da responsabilidade administrativa, que passa agora a ser sempre da competência dos tribunais administrativos. Apesar de, mesmo abandonada a dualidade de jurisdições, não desaparecer, no entanto, a dualidade de regimes jurídicos, uma vez que a ausência de um "outro" diploma regulador da responsabilidade civil pública (até à Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro), faz com que continue a ser necessário, para a determinação do regime jurídico (substantivo) aplicável, saber se se está perante uma actuação de gestão pública ou de gestão privada (seja lá o que isso for!...).

Os "velhos traumas", contudo, mesmo quando superados, deixam muitas vezes as suas "marcas" em "actos falhados", ou outros comportamentos inconscientes. Pelo que não surpreende o surgimento de problemas de interpretação, como o de saber se a unificação contenciosa estabelecida na norma em apreço (artigo 4º, nº 1, alínea g, do ETAF) não deve ser interpretada restritivamente, quando está em causa a responsabilidade civil no âmbito da função administrativa (e se tratar de um acto dito de "gestão privada"). Sucede que a previsão da norma se refere às «questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público», enquanto que a versão anterior da mesma disposição fazia referência, sem mais, à «responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público».[17] E logo houve quem — na jurisprudência ou na doutrina — quisesse ver na "letra da

[15] M. AROSO DE ALMEIDA / D. FREITAS DO AMARAL, «Grandes Linhas da R. do C. A.», cit., p. 36.

[16] Menos afirmativa, a posição de VIEIRA DE ANDRADE que, sem pôr em causa que, «à primeira vista, não haverá qualquer razão para duvidar de que os tribunais administrativos passaram a ser competentes para conhecer da responsabilidade das pessoas colectivas públicas por actos de gestão privada», contudo, depois de enunciar alguns argumentos pró e contra essa solução, acaba por entender «que há-de ser a jurisprudência a determinar em que medida houve ou não alargamento, designadamente enquanto se mantiver a diferença de regimes substantivos de responsabilidade civil em função do carácter público ou privado da actuação administrativa danosa» (VIEIRA DE ANDRADE, «A Justiça A.», cit., p. 124, 125 e 126).

[17] O texto completo da versão originária do artigo 4º, nº 1, alínea g, do ETAF) determinava a competência da jurisdição administrativa para a «responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público, incluindo por danos resultantes do exercício da função política e legislativa, nos termos da lei, bem como a resultante do funcionamento da administração da justiça». Enquanto que, agora, a nova versão (completa) da mesma disposição se refere às «questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público, incluindo a resultante do exercício da função jurisdicional e da função legislativa».

lei", ou no argumento "histórico", "habilitação bastante" para fazer uma leitura restritiva da referida unidade jurisdicional e para reintroduzir — ainda que de forma limitada — a relevância da distinção gestão pública / gestão privada — pouco se preocupando com o facto de outra ter sido a intenção do legislador expressa na exposição de motivos (da proposta de lei),[18] ou de outro ser o espírito do sistema, ou ainda de outro ser o resultado da interpretação sistemática...

A questão surgiu, uma vez mais, a propósito dos acidentes — pobre Agnès Blanco, que nunca mais ganhas o merecido sossego! — (mas) de viação — os mesmos que, antes da reforma, constituíam um "exemplo de escola" da ilogicidade dos critérios de distinção entre gestão publica e gestão privada, e da injustiça da respectiva utilização como critério de determinação da competência do juiz.[19] E a interpretação literalista de certa jurisprudência (buscando uma justificação "nova" para uma solução "velha") veio colocar a questão de saber se a expressão "haja lugar a responsabilidade das pessoas colectivas públicas" (em vez da referência, sem mais, à "responsabilidade" daquelas) não quereria dizer que a competência da jurisdição administrativa apenas existiria nos casos em que as entidades públicas ocupassem a posição de rés, mas não quando tivessem assumido o papel de autoras (tanto originária como supervenientemente). O que significava, nos referidos casos dos acidentes de viação, que só quando os lesados exigissem uma indemnização da Administração, configurando a entidade em causa como ré, é que seriam competentes os tribunais administrativos, mas não assim quando fosse a Administração a demandar os particulares ou uma entidade seguradora, ou até mesmo quando, numa acção iniciada contra uma entidade administrativa, esta contestasse mediante a apresentação de um pedido reconvencional, casos em que a competência seria (continuaria a ser) dos tribunais judiciais.

Ora, uma tal solução parece-me manifestamente contrária ao regime consagrado pelo Código, e isto por três ordens de razões principais:

1. se a cláusula, ou o critério geral de determinação da jurisdição competente é o da natureza da relação (como resulta do artigo 212º, nº 3, da Constituição e do artigo 1º, nº 1, do ETAF), sendo as situações identificadas no artigo 4º meramente exemplificativas,

[18] Segundo a Exposição de Motivos da Proposta de Lei do ETAF, «a jurisdição administrativa passa, assim, a ser competente para a apreciação de todas as questões de responsabilidade civil que envolvam pessoas colectivas de direito público, independentemente da questão de saber se tais questões se regem por um regime de direito público ou de direito privado» (vide MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Reforma do C. A.», cit., v. III, p. 14 e 15)

[19] Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «Responsabilidade A. em M. de A.», cit., in «Ventos de M. no C. A.», cit., p. 19 e ss. (mx. p. 26 e 27).

> então como é que uma só — e a mesma — relação jurídica pode ser simultaneamente qualificada como administrativa e não administrativa, para efeitos contenciosos, consoante a posição ocupada pela entidade pública seja a de ré ou a de autora? Ou — pior ainda — como é que um litígio administrativo, em que o particular intentou uma acção administrativa contra uma autoridade pública, perante um tribunal administrativo, perde tal qualificação, passando para a órbita dos tribunais judiciais, se a Administração vier a deduzir posteriormente um pedido reconvencional? Uma tal solução seria não só manifestamente ilógica — pois, quer o pedido seja dirigido contra a Administração, quer contra os privados, quer ainda venha a surgir reciprocidade de pedidos, a natureza da relação jurídica é sempre a mesma —, como ilegal, por contrariar os critérios de determinação da jurisdição competente, introduzidos pela reforma do Contencioso Administrativo — que consagram a natureza da relação jurídica como critério geral (e aberto) de determinação da jurisdição competente, bem como a unidade jurisdicional no domínio da responsabilidade civil administrativa. O que afasta liminarmente a possibilidade do mesmo litígio, referente à mesma relação jurídica, poder ser da competência tanto dos tribunais administrativos como dos judiciais.

Nem se diga que o acto danoso, mesmo que integrado na função administrativa, por ser de gestão privada, ou de direito privado, não seria suficiente para qualificar a relação jurídica em que se integra como administrativa.[20] Pois, tratando-se de uma actuação de natureza técnica, como é a actividade do condutor, não faz sentido qualificá-la como de gestão pública ou privada, pois não está em causa o exercício de qualquer pretenso poder, da mesma maneira como não pode ser qualificada como

[20] Neste sentido, ainda que dubitativamente, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, escrevem que «a nossa única dúvida é se, não estando esse preceito legal limitado aos danos provocados por um acto de direito privado praticado no quadro de actividades funcionalmente administrativas, não deveria estabelecer-se aqui outros limites, parecendo exagerado que os tribunais administrativos passem agora a conhecer da responsabilidade, por exemplo, por acidentes de viação» (MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Código de P. nos T. A. e E. dos T. A. e F. A.», cit., v. I, p. 59).

de direito público ou privado, por não possuir natureza jurídica.[21] [22] Do ponto de vista da actuação administrativa, do que se trata é, pois, de uma actuação técnica ou informal, que se integra no exercício da função administrativa, pelo que, administrativa é também a relação jurídica em que se insere — e administrativa deve, por isso, ser a jurisdição competente para o julgamento do litígio que venha a ter lugar, independentemente da posição processual ocupada, na acção em causa, pela autoridade pública.

Mas, mesmo admitindo sem conceder, que a actuação em si mesma não era administrativa, nomeadamente por ser de gestão privada, ainda se deveria entender que a respectiva ligação ao exercício da função administrativa "transformaria" — qual "toque de Midas" — a relação jurídica em causa, tornando-a administrativa, em virtude da existência de outros "elementos de conexão" (como estar em causa a actuação de um sujeito público, no caso do acidente de viação, provocado pelo motorista, no desempenho da sua tarefa ao serviço da Administração, mas poderia tratar-se, em casos diferentes, de qualquer outro "índice de qualificação", designadamente a prossecução de fins de interesse público) que conduziriam a esse resultado. Já que a noção de relação jurídica administrativa, consagrada no nosso ordenamento jurídico, em razão dos múltiplos "índices de qualificação" utilizados, é suficientemente aberta e flexível para admitir vários níveis ou graus quanto às suas próprias natureza e características.

Assim, de acordo com o critério consagrado pelo nosso ordenamento jurídico, todo o contencioso da responsabilidade civil administrativa (e não apenas o que corresponderia ao desempenho de tarefas essenciais, mas incluíndo também as tarefas complementares ou auxiliares de realização da função administrativa), sem fazer qualquer distinção entre uma suposta actuação de gestão pública ou de gestão privada, seria sempre da competência da jurisdição administrativa. O que poderia até ser representado graficamente através de círculos concêntricos, uns mais próximos, outros mais distantes (como seria o caso dos nossos acidentes de viação) do "núcleo" central dos litígios em matéria de responsabilidade civil

[21] Muito sugestivo, a este título, é o exemplo referido por FABER da actuação "técnica" de um controlador aéreo, instalado numa torre de controlo, o qual, ao indicar a um avião qual a altitude aconselhada, «bem pode estar a praticar um acto administrativo, mas o comandante do avião não seria de todo capaz de entender essa linguagem». Pois o que releva, nesse caso, é antes «a comunicação de uma informação e uma garantia de segurança (a segurança de voo garantida pela ausência de perigo se ele seguir a altitude de voo indicada)» (FABER, «Vorbemerkungen zu einer T. des V. in der N. G.», in «Auf einem Dritten W.— F. fuer H. R. zum s. G.», cit., p. 291).

[22] Para um maior desenvolvimento da questão, vide VASCO PEREIRA DA SILVA «Responsabilidade A. em M. de A.», cit., in «Ventos de M. no C. A.», cit., p. 19 e ss. (mx. p. 26 e ss.).

administrativa, mas todos correspondentes a relações jurídicas objecto da jurisdição administrativa;

2. o suposto argumento, segundo o qual resultaria da letra da lei que só seriam de qualificar como administrativos os litígios dirigidos contra a Administração, pois só esses é que corresponderiam à expressão "haja lugar a responsabilidade das pessoas colectivas públicas", não faz qualquer sentido. Desde logo, é equívoco, mesmo da perspectiva da simples análise literal, pois não só a expressão "haja lugar" é pouco rigorosa (não tendo necessariamente o sentido exacto pretendido, de implicar que se trata apenas de litígios em que a Administração seja ré), como também a globalidade da fórmula empregue ("questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil das pessoas colectivas públicas") se presta a várias interpretações, designadamente a de se poder considerar, antes, que o legislador se refere às "questões" em que "ocorre", ou a que seja aplicável, o regime ("nos termos da lei") da responsabilidade civil pública (já que a referência às "pessoas colectivas públicas" se destina também a identificar o regime jurídico da responsabilidade civil administrativa, em razão da matéria e não em função do "estatuto" da pessoa pública, uma vez que ele é aplicável, como se refere na alínea i, tanto a sujeitos públicos como privados).

Mais importante ainda. Mesmo admitindo sem conceder que, da análise literal de expressões desgarradas do preceito, resultava o sentido unívoco pretendido — o que, como se demonstrou, não é o caso —, qual poderia ser, então, a sua relevância, quando a interpretação global da norma (assim como das demais que regulam o contencioso da responsabilidade civil) aponta de forma inequívoca para a consagração de um regime de unidade jurisdicional do contencioso da função administrativa, afastando a velha dicotomia gestão pública / gestão privada? Ainda mais quando, de acordo com as boas regras de interpretação, deverá presumir-se que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e se exprimiu da forma mais adequada... Pelo que, considerando que o legislador instaurou um sistema de unidade jurisdicional em matéria de responsabilidade civil administrativa, que afasta a relevância processual da anterior distinção entre gestão pública e gestão privada — que é um resultado interpretativo pacifica e unanimemente aceite —, forçoso é, então, concluir — tanto

em virtude da análise literal como da sistemática — pela aplicação desse regime a todo o universo da responsabilidade civil no âmbito da função administrativa e, designadamente, a relações como a dos referidos acidentes de viação, e não o contrário.

Por último, falar de um argumento "histórico", baseado apenas numa variação "equívoca" da letra do preceito, pretendendo atribuir-lhe um sentido que não encontra qualquer fundamento nos trabalhos preparatórios e que, pelo contrário, até os contradiz (vide a já referida declaração de motivos da proposta de lei), pois o que se conhece desses documentos é, precisamente, a intenção expressa de instauração de um regime de unidade jurisdicional para o contencioso da responsabilidade civil administrativa, é um absurdo. Ironizando, quase que se poderia dizer que a referida interpretação não só não encontra qualquer apoio no elemento histórico, como aquilo que procura fazer é "reconstruir a história", procurando uma "nova" justificação para continuar a seguir a solução do direito anterior, mesmo apesar de manifestamente desconforme com o novo regime instituído pela reforma;

3. o facto de se qualificar como administrativa uma relação jurídica, em que é a Administração que apresenta um pedido dirigido contra um particular, e não o contrário, não só não é algo tão extraordinário, que possa pôr em causa a natureza da relação controvertida, como também corresponde mesmo a uma solução que o legislador entendeu consagrar, tanto para o domínio da responsabilidade civil administrativa, como para outras situações similares.

Na verdade, na nossa ordem jurídica, no que respeita à responsabilidade civil pública, para além do caso (que originou estes considerandos) dos referidos acidentes de viação, existe uma outra situação em que a lei tanto estabelece a aplicabilidade do direito da responsabilidade civil administrativa também à actuação de sujeitos privados, como prevê a possibilidade de as relações administrativas, daí decorrentes, virem a dar origem a litígios, originando processos em que sejam esses mesmo particulares (e já não as entidades administrativas) a ocupar a posição de réus (como decorre da alínea i, do nº 1, do artigo 4º do ETAF). Por outro lado, fora do domínio da responsabilidade civil pública, o Código de Processo prevê, a vários títulos, a possibilidade de existirem processos em que sejam os particulares a ser demandados através de uma acção administrativa, que tanto pode ser intentada por uma autoridade

administrativa, como por outro particular — tal é, nomeadamente, o caso da modalidade de acção comum prevista no nº 3, do artigo 37º do CPTA (e de que anteriormente se tratou).

Daí, que não faça qualquer sentido pretender colocar fora do âmbito da jurisdição administrativa, aqueles litígios, como o dos acidentes de viação, que devem ser considerados administrativos para o efeito da determinação do tribunal competente (nos termos dos artigos 1º e 4º do ETAF), só porque, naquele processo, o pedido foi dirigido contra o particular e não contra uma autoridade administrativa, ou — pior ainda — porque, tendo sido o pedido apresentado contra uma entidade administrativa, esta ripostou mediante um pedido reconvencional. Antes, a posição ocupada pelos sujeitos processuais, independentemente de se tratar de um particular ou de uma autoridade administrativa, em nada afecta a natureza da relação jurídica controvertida, nomeadamente para o efeito da determinação do tribunal competente.

Voltando à interpretação das disposições relativas à responsabilidade civil pública, a alínea h, do nº 1, do artigo 4º, do ETAF, atribui à jurisdição administrativa a competência de julgamento dos litígios em matéria de «responsabilidade civil extracontratual dos titulares de órgãos, funcionários, agentes e demais servidores públicos». Trata-se de uma norma que completa a previsão da alínea g, do nº 1, do mesmo artigo, referente à responsabilidade civil por comportamentos imputáveis ao Estado e a outras pessoas colectivas públicas, também relativamente às actuações de titulares de órgãos, funcionários, agentes e demais servidores públicos. Daí resultando a competência da jurisdição administrativa relativamente à globalidade do contencioso da responsabilidade civil pública, pondo termo à indesejável dualidade de jurisdições antes existente.

Por último, atribui-se à jurisdição administrativa o julgamento dos litígios no domínio da «responsabilidade civil extracontratual dos sujeitos privados, aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público» (artigo 4º, nº 1, alínea i). Tal significa alargar o regime da responsabilidade civil pública não só aos casos de Administração pública sob forma privada, resultantes da "fuga para o direito privado"[23] (até porque esses, em última análise, poderiam mesmo ser considerados como integrando a Administração

[23] MARIA JOÃO ESTORNINHO, «A Fuga para o D. P. – C. para o E. da A. de D. P. da A. P.», cit.

pública, tanto em sentido material como orgânico),[24] como sobretudo àqueles em que entidades privadas colaboram com a Administração pública no exercício da função administrativa. Verificando-se, aqui, um alargamento do âmbito da jurisdição administrativa — o qual, diga-se de passagem, é vivamente de saudar, até por ir ao encontro das mais recentes transformações da moderna Administração Infra-estrutural —, que decorre da substituição de critérios de "poder" por critérios "teleológicos", passando agora a haver um regime jurídico unificado da responsabilidade civil pública, aplicável sempre que esteja em causa o exercício da função administrativa (independentemente da natureza jurídica dos sujeitos causadores do dano).

Relativamente a esta disposição legislativa, tem-se discutido o problema de saber se ela é ou não imediatamente aplicável. Por um lado, Mário Aroso de Almeida e Diogo Freitas do Amaral entendem que, «na ausência de disposições de direito substantivo que prevejam a aplicação do regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público a entidades privadas, parece que a previsão do artigo 4º, nº 1, do ETAF, permanecerá sem alcance prático: os tribunais administrativos não serão competentes para apreciar a responsabilidade de entidades privadas por não haver norma que submeta essas entidades ao regime da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas».[25] Por outro lado, Vieira de Andrade admite que, «em coerência com a alínea d), talvez se deva presumir a aplicabilidade do regime substantivo de direito público, pelo menos relativamente à responsabilidade por exercício de poderes públicos por concessionários (por exemplo, concessões translativas, de serviços públicos ou de obras públicas) e por entes privados de mão pública (por exemplo, as administrações portuárias)».[26]

Pela minha parte, concordo com esta última posição, tanto em razão do critério geral e "aberto" das relações jurídicas administrativas (artigo 1º, nº 1, do ETAF), como em função das normas que o concretizam, a título meramente exemplificativo, quer no que respeita ao alargamento da jurisdição administrativa aos litígios decorrentes da actuação dos

[24] Vide neste sentido MARIA JOÃO ESTORNINHO, «A Fuga para o D. P. – C. para o E. da A. de D. P. da A. P.», Almedina, Coimbra, 1999; VASCO PEREIRA DA SILVA, «Verde C. de D. – L. de D. A.», cit., p. 118 e 119; JOÃO CAUPERS, «Introdução ao D. A.», cit., p. 91 e ss.

[25] M. AROSO DE ALMEIDA / D. FREITAS DO AMARAL, «Grandes Linhas da R. do C. A.», cit., p. 38 e 39.

[26] VIEIRA DE ANDRADE, «A Justiça A. (L.)», cit., p. 125, nota 189. Esta posição parece merecer também a concordância (ainda que expressa de forma muito dubitativa) de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Código de P. nos T. A. e E. dos T. A. e F. A.», cit., v. I, p. 61.

particulares que colaboram no exercício da função administrativa (artigo 4º, nº 1, alínea d)), quer no que se refere ao contencioso da responsabilidade civil administrativa (artigo 4º, nº 1, alíneas g), h), i)). Pois, os "sujeitos privados, aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade" civil administrativa (como se refere na alínea i, do referido artigo), são precisamente aqueles que auxiliam a Administração na prossecução da função administrativa (como é típico do actual modelo de Estado Regulador e Infra-estrutural) — seja a título transitório, nomeadamente em razão de um contrato de concessão, seja a título definitivo, quando esteja em causa uma instituição particular de interesse público —, no quadro de relações jurídicas qualificadas como administrativas para efeitos contenciosos (nos termos da alínea d), do mesmo artigo). Daí que, a meu ver, para a aplicação imediata do regime contencioso da responsabilidade civil administrativa aos particulares, que colaboram no exercício da função administrativa, não sejam necessárias quaisquer outras disposições legislativas, que não as já referidas (artigos 1º, nº 1, e 4º, nº 1, alíneas g), h), i) do ETAF). Ainda que se subscrevessem, em parte, as preocupações e os anseios daqueles que defendiam a necessidade de uma boa lei (substantiva) da responsabilidade civil pública (mesmo se não depende dela a imediata aplicação do regime contencioso), de modo a compatibilizar o direito material da responsabilidade civil extracontratual da função administrativa com as novas opções processuais tomadas pelo legislador da reforma (e que são, desde logo, aplicáveis).

Já no que respeita à delimitação negativa do âmbito da jurisdição, a unificação do contencioso da responsabilidade civil pública parece não ter sido realizada da maneira mais adequada. Pois, ao não ter levado essa unificação até às últimas consequências, o legislador acabou por admitir certas situações em que se continua a verificar a dualidade de jurisdições, mesmo que de carácter muito limitado. Isso resulta, desde logo, do afastamento da jurisdição administrativa da «apreciação das acções de responsabilidade por erro judiciário cometido por tribunais pertencentes a outras ordens de jurisdição, bem como das correspondentes acções de regresso» (artigo 4º, nº 3, alínea a), do ETAF).

De facto, se bem se compreende que o julgamento das questões da existência ou não de erro judiciário caiba à jurisdição no âmbito da qual a sentença foi emitida (em razão da especialidade de matérias, que constitui o principal fundamento da instituição de jurisdições separadas), já o

mesmo não procede quanto à questão do julgamento da responsabilidade civil por erro judiciário, que é diferente da anterior (ainda que dela dependente). Pois, uma coisa é apurar se houve ou não erro judiciário — o que deveria ser matéria da jurisdição de onde provém a sentença contestada —, outra coisa diferente é saber se, tendo este ocorrido, deve ou não haver lugar à responsabilidade civil extracontratual do tribunal (ou, melhor, do Estado em que este se integra), ou do(s) juiz(es), pela decisão que foi tomada — e isso deveria ser sempre da competência dos tribunais administrativos, a quem se quis atribuir a globalidade dos litígios em matéria de responsabilidade civil pública. Tal como está, a norma em apreço remete tanto a decisão acerca do erro judiciário, como a da responsabilidade, para a jurisdição de onde provém a sentença contestada, o que cria uma indesejável — mesmo se limitada — dualidade de jurisdições no contencioso da responsabilidade civil pública.[27]

Em síntese, de todas as inovações referidas resulta, muito claramente, a intenção do legislador da reforma do Contencioso Administrativo no sentido do alargamento do âmbito da jurisdição administrativa e da uniformização do regime jurídico da responsabilidade civil pública. Mas (pelo menos até à nova lei de responsabilidade civil Pública — v. infra), apesar de abandonada a dualidade de jurisdições, não desaparecera, no entanto, a dualidade de regimes jurídicos, dada a ausência de um diploma regulador da responsabilidade civil pública "conforme ao processo". O que conduzia ao resultado paradoxal de continuar a ser necessário, para a determinação do regime jurídico (substantivo) aplicável, saber se se estava perante uma actuação de gestão pública ou de gestão privada (seja lá o que isso for!...).

Assim, no que se refere à responsabilidade civil administrativa, por um lado, o afastamento da dualidade de jurisdições vai obviar a muitos dos inconvenientes, decorrentes das dúvidas e dos conflitos relativos à competência dos tribunais, que anteriormente se verificavam — os quais,

[27] Mas, iguais críticas poderiam ser dirigidas — ainda que não se trate de matéria que diga, exclusivamente, respeito à responsabilidade civil pública — a outras disposições de delimitação negativa do âmbito da jurisdição administrativa, nomeadamente, que afastam do contencioso administrativo o julgamento de actos materialmente administrativos do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça ou do Conselho Superior da Magistratura e do respectivo Presidente (vide as alíneas b), c), do nº 3, do referido artigo 4º do ETAF); ou que fazem "ressurgir" algumas situações (sempre) injustificáveis (numa democracia e num Estado de Direito) de "privilégio de foro" (vide o artigo 24º, nº 1, alínea f, do E.T.A.F., que reserva para a Secção de Contencioso do Supremo Tribunal Administrativo, certas acções do contencioso da responsabilidade civil pública propostas contra magistrados do Ministério Público e juízes do Supremo Tribunal Administrativo e do Tribunal Central Administrativo).

diga-se em abono da verdade, constituíam a consequência mais gravosa, do ponto de vista da tutela dos direitos dos particulares, do sistema antes vigente. Mas, por outro lado, a subsistência da dualidade de regimes jurídicos (substantivos) no domínio da responsabilidade administrativa — que já antes era ilógica — deixava de fazer qualquer sentido, não apenas pela (antes) referida ausência de critério de distinção entre gestão pública e gestão privada, como também pela inadequação material do regime aplicável. Já que tanto o regime jurídico da responsabilidade civil da Administração Pública, relativo aos denominados actos de gestão pública (constante do D.L. nº 48 051, de 21 de Novembro de 1967, vigente até ao surgimento da Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro), como o aplicável aos denominados actos de gestão privada (constante do Código Civil, aprovado pelo D.L. nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966), que datavam da década de 60, eram anteriores às mudanças jurídicas introduzidas pela Constituição e pela União Europeia, pelo que não eram mais adequados (mesmo admitindo que o possam ter sido anteriormente, e não obstante a sua indiscutível qualidade técnica) às actuais realidades do universo da responsabilidade civil pública (ou privada).

Na verdade, de há muito que os administrativistas vinham chamando a atenção, quer para a necessidade de compatibilizar o diploma regulador da responsabilidade civil extracontratual por actos de gestão pública (D.L. 48 051, de 21 de Novembro de 1967)[28] com as disposições constitucionais

[28] Muito discutida era, nomeadamente, a questão de saber se a responsabilidade solidária do Estado e das demais entidades públicas com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, estabelecida no artigo 22º da Constituição, determinava ou não a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º, nos. 1 e 2, do D.L. Nº 48 051, de 21/11/1967. Dando prevalência às opções da lei fundamental sobre as soluções legislativas, pronunciavam-se no sentido da inconstitucionalidade: GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, «Constituição da República Portuguesa Anotada», 3.ª edição, Coimbra Editora, 1993, p. 122 e seguintes; RUI MEDEIROS, «Ensaio sobre a R. C. do E. por A. L.», cit., p. 92 e ss.; «Acções de R. – E. do R. J. e C. para uma R.», cit., p. 37 e ss.; RUI MEDEIROS, «Anotação ao artigo 22º da Constituição», in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, «Constituição Portuguesa Anotada», tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 209 e seguintes (maxime p. 214 e 215); PAULO OTERO, «Responsabilidade Civil Pessoal dos Titulares dos Órgãos, Funcionários e Agentes da Administração do Estado», in in J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ / A. CALONGE VELÁZQUEZ, «La Responsabilidad P. de los P. P.», cit., p. 489 e ss. (mx. p. 494 e ss.); JORGE MIRANDA, «A Constituição e a Responsabilidade Civil do Estado», in «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares», Coimbra Editora, 2001, Coimbra, p. 927 e ss.; FREITAS DO AMARAL, «Intervenção (no "Colóquio sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado")», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade C. E. do E.», cit., p. 43 e ss. (mx. p. 46); FAUSTO DE QUADROS, «Intervenção (no "Colóquio sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado")», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade C. E. do E.», cit. p. 53 e ss.; CARLOS CADILHA, «Responsabilidade da Administração Pública», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade C. E. do E.», cit. p. 235 e ss.

Em sentido contrário, dando prevalência às soluções do legislador ordinário sobre as opções constitucionais, consideravam não existir inconstitucionalidade: VIEIRA DE ANDRADE, «Panorama Geral do Direito da "Responsabilidade Civil" da Administração Pública em Portugal», in J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ / A. CALONGE VELÁZQUEZ, «La Responsabilidad P. de los P. P.», cit., p. 39 e ss. (maxime p. 52 e ss.); SINDE MONTEIRO, «Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica», in «Direito da Saúde e Bioética», Lex, Lisboa, 1991, p. 133 e seguintes; MARGARIDA CORTEZ, «Contributo para uma Reforma da Lei de Responsabilidade Civil

(artigos 22º e 271º da Constituição), quer para a necessidade de colmatar os défices de regulação material das respectivas normas, designadamente no que respeita ao tratamento de questões como a culpa de serviço, a responsabilidade solidária e o direito de regresso, o concurso de culpas, a compatibilização da acção de responsabilidade civil com outros meios processuais declarativos e executivos do contencioso administrativo, entre tantos outros.[29]

Mas o mesmo vale para o regime da responsabilidade civil por actos de gestão privada. Em primeiro lugar, mesmo no que respeita às próprias relações jurídico-privadas, o regime da responsabilidade civil extracontratual parece necessitar de ser repensado e "reconstruído" em função das novas realidades sociais e jurídicas. Basta observar que a maior parte das regras jurídicas relativas à responsabilidade civil não se encontra mais contida no Código Civil, mas fora dele, em numerosos diplomas avulsos — tal é, designadamente e sem qualquer pretensão de exaustividade, o caso de matérias como a dos seguros, da circulação automóvel, do ambiente, da qualidade dos produtos e da certificação de empresas, das viagens e do turismo, da construção civil, dos elevadores,

da Administração», in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade C. E. do E.», cit. p. 257 e ss. (mx. p. 259); JOÃO CAUPERS, «Os Malefícios do Tabaco», in «Cadernos de Justiça Administrativa», nº 46, Julho / Agosto, 2004, p. 3 e seguintes. Esta última orientação no sentido da não inconstitucionalidade dos referidos preceitos da Lei da Responsabilidade Civil do Estado e demais Pessoas Públicas que, de resto, tendia já a ser maioritária na jurisprudência administrativa, foi depois sufragada pelo Tribunal Constitucional (Acórdão do Tribunal Constitucional nº 236 / 2004, de 13 / 4 / 2004).

Ora, independentemente da minha posição ser favorável à tese da inconstitucionalidade (vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente», Principia, Lisboa, 1997; «"Era uma vez..." O C. da R. C. P.», cit., in «Cadernos de J. A.», cit., nº 40, p. 60 e ss.) — e na impossibilidade de fazer aqui uma discussão mais aprofundada da questão, por ser do foro substantivo —, creio, no entanto, que era indiscutível a necessidade de conjugação articulada das normas constitucionais com as normas ordinárias da responsabilidade civil pública. E isto tanto da perspectiva daqueles que, defendendo a inconstitucionalidade das normas em questão, desejavam que o legislador procedesse à sua substituição, como do ponto de vista daqueles que, considerando não se verificar tal inconstitucionalidade, não obstante, se confrontavam com delicados problemas de interpretação, que gostariam de ver resolvidos pela via legislativa. Tanto mais que a necessidade de harmonização das disposições constitucionais com as da legislação ordinária não se colocava apenas em face das referidas disposições, mas se poderia equacionar também em face de outros preceitos do D.L. nº 48 051, nomeadamente do artigo 3º (o problema da solidariedade, em caso de acto que excede os limites das funções), ou em face do artigo 7º (em razão da subalternização da responsabilidade à impugnação, quando se trata de direitos fundamentais autónomos).

[29] Neste sentido, vide por todos RUI MEDEIROS, «Ensaio sobre a R. C. do E. por A. L.», cit., p. 92 e ss.; «Acções de R. – E. do R. J. e C. para uma R.», cit., p. 37 e ss; «Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – Ensinar e Investigar», Universidade Católica Editora, Lisboa, 2005; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, «A Responsabilidade Civil do Estado e demais Pessoas Colectivas Públicas», Conselho Económico e Social, Lisboa, 1997; FREITAS DO AMARAL, «Intervenção (no "C. sobre a R. C. E. do E.")»,cit., in «Responsabilidade C. E. do E.», cit., p. 43 e ss.; FAUSTO DE QUADROS (coorden.), «Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública», 2:ª edição, Almedina, Coimbra, 2004; «Intervenção (no "C. sobre a R. C. E. do E.")», cit., in «Responsabilidade C. E. do E.», cit. p. 53 e ss.; CARLOS CADILHA, «Responsabilidade da A. P.», cit., in «Responsabilidade C. E. do E.», cit. p. 235 e ss; MARGARIDA CORTEZ, «Contributo para uma R. da L. de R. C. da A.», cit., in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, «Responsabilidade C. E. do E.», cit. p. 257 e ss. (mx. p. 259)

do gás, das embarcações de recreio, dos explosivos, da mediação imobiliária, da actividade médica, dos produtos defeituosos, das empresas de segurança, dos transportes... É tal a quantidade de matérias novas, mas também (e, sobretudo) de novos princípios e de regras jurídicas, que se encontram reguladas "fora" do Código Civil, que se torna legítimo questionar se este ainda regula o regime geral da responsabilidade civil, constando os regimes especiais de diplomas avulsos, ou se, pelo contrário, não se tornou ele próprio em "mais um" regime "especial"?

Não é, por isso, de admirar que, em resultado de todas as transformações que se têm verificado ao nível do direito da responsabilidade civil extracontratual, seja cada vez mais sentida a necessidade de reconstruir a parte geral e de reorganizar as partes especiais deste domínio jurídico, da mesma forma como se verifica uma tendência para o surgimento de iniciativas de reforma do direito privado nesta matéria (integradas ou não em projectos de reforma legislativa, mais amplos), tanto à escala nacional como europeia (vide, designadamente, as recentes tentativas de criação de um direito europeu da responsabilidade civil, ou dos contratos,[30] ou o anunciado projecto de reforma do Código Civil português). Daí a minha estranheza perante as resistências que certos sectores da doutrina civilística portuguesa têm vindo a manifestar quanto à necessidade de reforma do regime da responsabilidade civil ou, mais amplamente, do Código Civil, que são dificilmente compreensíveis — pelo menos, da perspectiva da doutrina administrativista que, de há muito, clama pela necessidade de mudança do regime da responsabilidade civil da Administração. Como se fosse possível, perdoe-se-me a ironia, fazer "parar (a aplicação de) as leis no tempo", e se pretendesse resolver, sem mais, os actuais problemas de responsabilidade civil automóvel, aérea, ou mesmo espacial, com base nas disposições aplicáveis às "quadrigas", no Direito Romano...

Em segundo lugar, as regras do direito privado da responsabilidade civil são totalmente inadequadas para o domínio das relações jurídicas administrativas, já que delas muitas vezes não consta, ou só consta de forma muito deficiente, o tratamento de questões que são essenciais do ponto de vista jurídico-público, como é, designadamente, o caso das especificidades da responsabilidade das pessoas colectivas públicas, ou da

[30] Sobre as mais recentes evoluções no Direito Europeu dos Contratos vide a «Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho — Maior Coerência no Direito Europeu dos Contratos — Plano de Acção» (2003 / C 63 / 01), in «Jornal Oficial da União Europeia», de 15.3.2003.

chamada "culpa de serviço", ou da lógica tendencialmente mais objectiva da responsabilidade civil pública, seja pelo risco, seja (sobretudo) pelo sacrifício ou por actos lícitos. Daqui resultando que não apenas não é justificável a distinção entre gestão pública e gestão privada, como também a própria remissão para o direito privado significa a aplicação de um regime jurídico de responsabilidade civil que não tem em conta a realidade das relações jurídico-administrativas (como o são, indiscutivelmente, as respeitantes à responsabilidade ocasionada por actos ditos de gestão privada, que ocorrem no exercício da função administrativa) e que só muito dificilmente é compatibilizável com a natureza e função daquelas.

Por tudo isto, em minha opinião, pelo menos até 2008 (mas veremos, já de seguida, como as coisas se colocam, hoje em dia), ainda era "tempo de reforma" legislativa neste domínio. E o caminho a seguir, entre nós, *de iure condendo*, não deveria passar somente pela elaboração de uma lei da responsabilidade civil pública, aplicável a todo o universo das relações jurídico-públicas — ou seja, reguladora da responsabilidade civil relativa a todas as funções estaduais (política, legislativa, administrativa e judicial) e, nomeadamente, no que respeita à administração, criadora de um regime de responsabilidade de todos os comportamentos de sujeitos públicos e particulares no exercício da função administrativa —, como também pelo aproveitamento da "oportunidade" (criada pela necessidade de "completar" a reforma do Contencioso Administrativo) para repensar todo o regime geral da responsabilidade civil, mediante a reformulação das regras de Direito Civil a aplicar à globalidade das relações jurídico-privadas.

«É uma vez...

É uma vez, uma menina chamada Maria... Inês... Rita... um menino chamado João... Pedro.... Manuel...

Os pais da criança começaram por se dirigir aos tribunais judiciais, pedindo uma indemnização pela actuação administrativa danosa, mas estes não conheceram do seu pedido, alegando falta de competência, por se tratar da Administração. Os pais da criança dirigiram-se, então, ao tribunal administrativo, que se declarou competente para conhecer do litígio, embora tenha considerado existirem dúvidas quanto ao modo de interpretação correcta da repartição jurisdicional de competências efectuada pela reforma do Contencioso Administrativo.

Mas, logo de seguida, voltou a confusão. O tribunal não sabia muito bem como resolver o "imbróglio legislativo" de saber se devia aplicar o novo regime da

responsabilidade civil administrativa, qualificando a situação como correspondente ao exercício de prerrogativas de poder público ou regulada por disposições ou princípios de poder público; ou, pelo contrário, se ainda poderia ser aplicado o regime de direito privado. Ao mesmo tempo, o juiz estava preocupado com a decisão a tomar, pois nunca se sabe quando é que ela poderia vir a, eventualmente, dar lugar a responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional. Pois, ele conhece as histórias que se contam acerca da possível responsabilização dos juízes, e até ouviu o sindicato falar na necessidade de seguro, pelo que, à cautela — ainda para mais, tratando-se de uma indemnização a pagar pelo Estado, ou seja por "todos nós", em contexto de crise económica —, talvez seja melhor não arriscar...

Coitadinha da Agnès, cuja história, para além dos profundos "traumas de infância" causados ao Direito Administrativo, não pára de encontrar mil e uma formas, de há séculos a esta parte, para se repetir!...

Ao fim de tantos anos e de várias tentativas goradas, surge finalmente o novo regime da responsabilidade civil pública (Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro). Não cabendo, aqui e agora, fazer uma análise detalhada do novo regime substantivo estabelecido, importa antes analisá-lo na perspectiva do Contencioso Administrativo.[31] E aquilo que, desde logo, se oferece dizer, é que ficou bastante aquém das expectativas...

Em primeiro lugar, o regime da responsabilidade civil pública aplica-se aos «danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa» (artigo 1º, nº 1), harmonizando-se assim o regime substantivo da responsabilidade civil de acordo com a prévia uniformização jurisdicional. Ora, uma tal solução — teoricamente correcta e conforme à reforma do contencioso administrativo — veio a revelar-se, na prática, dotada de "efeitos secundários" consideráveis, já que não só ela é responsável por todos os atrasos no surgimento do diploma como de quase todas as críticas que ele tem sofrido, como também pelo facto dela ter vindo a "desviar a discussão" da responsabilidade civil pública, que deixou de se ocupar com a função administrativa para passar a preocupar-se com a função jurisdicional.

Em segundo lugar, onde se pretendia um regime que acabasse de forma clara com a dualidade legislativa esquizofrénica, pondo termo

[31] Sobre a nova lei de responsabilidade civil administrativa, vide MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral», tomo III, D. Quixote, Lisboa, 2008; PEDRO MACHETE «A Responsabilidade da Administração por Facto Ilícito e as Novas Regras de Repartição do Ónus da Prova», in «Cadernos de Justiça Administrativa», nº 69 (Maio/ Junho 2008), p. 30 e seguintes.

à ilógica distinção entre gestão pública e gestão privada, que deixou de ter justificação em face da reforma do Contencioso Administrativo, o legislador trouxe a ambiguidade linguística. Pois, de acordo com o artigo 1º, nº 2, da Lei nº 67/ 2007, de 31 de Dezembro, «correspondem ao exercício da função administrativa as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou regulado por disposições ou princípios de direito administrativo».

Isto, porque se é certo que se pode interpretar *cum grano salis* a expressão "actuação regulada por disposições ou princípios de direito administrativo", em termos amplos, fazendo-a corresponder a todo o universo da função administrativa, não é menos certo que a outra expressão utilizada, "prerrogativas de poder público" parece apontar para a necessidade de se proceder a distinções de regime dentro da função administrativa, permitindo à doutrina e jurisprudência fazer "ressuscitar" a antiga distinção entre "gestão pública" e "gestão privada", que se julgava definitivamente extinta.[32]

Em minha opinião, a forma correcta de interpretar a referida norma é a de considerar que ela põe termo a dicotomias legislativas, unificando todo o regime jurídico da função administrativa em matéria de responsabilidade civil. E isto, pelos seguintes argumentos:

a) a expressão, mais restrita, "prerrogativas de poder público" aparece em alternativa ("ou", é o termo utilizado pelo legislador) à outra, mais ampla, de "regulação por normas ou princípios de direito administrativo". O que significa que o regime da responsabilidade civil administrativa é aplicável tanto às actuações e omissões em que existam "poderes de autoridade" ou de "gestão pública" (seja lá o que for, que tais expressões signifiquem), como às demais, enquadráveis na função administrativa por serem reguladas por "normas ou princípios de direito administrativo", que devem incluir a, antes denominada, actuação de gestão privada;
b) a referência à regulação por "normas ou princípios de direito administrativo", apesar de equívoca, deve abranger as actuações (antes) ditas de gestão privada. Pois, o legislador não fala somente em normas mas também em princípios, e porque na nossa ordem jurídica «os princípios gerais da actividade administrativa

[32] Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «Direito Administrativo Geral – Responsabilidade Civil Administrativa», tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2008.

(...) e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada» (artigo 2º, nº 5, do Código de Procedimento Administrativo). O que significa que, por mais privado que seja qualificado o regime jurídico aplicável a uma actividade administrativa, ele não pode nunca corresponder a uma "fuga para o direito privado", pois àquela continuam a ser também sempre aplicáveis os princípios de Direito Administrativo;

c) o legislador pretendeu unificar todo o regime da responsabilidade civil correspondente ao exercício da função administrativa, independentemente da natureza da actividade ou do sujeito que a exerce. Isto mesmo resulta, quer dos nos. 3 e 4, do referido artigo 1º, da lei da responsabilidade civil pública (Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro), que considera serem as respectivas regras aplicáveis tanto aos «titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes do exercício» da função administrativa como «aos demais trabalhadores ao serviço das entidades abrangidas»; quer do nº 5, do mesmo artigo que se aplica ainda à «responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares». Ou seja, o legislador adoptou um sentido amplo de função administrativa para efeitos de responsabilidade civil administrativa, que abrange actuações públicas e privadas, assim como entidades públicas e privadas.

Em suma, se teria sido preferível que o legislador da responsabilidade civil administrativa tivesse tido um pouco mais a "psicanálise em dia", usando expressões menos equívocas, nem por isso se pode deixar de considerar que ele consagrou a unidade legislativa neste domínio, alargando o respectivo âmbito de aplicação e superando definitivamente a dualidade "esquizofrénica" da gestão pública e da gestão privada. O que, de resto, está de acordo com as mudanças introduzidas pela reforma do Contencioso Administrativo, conduzindo também ao afastamento da dualidade de regimes jurídicos substantivos, cuja distinção não só carecia de lógica, como também levava à aplicação de regimes jurídicos inadequados à realidade social e jurídica dos nossos dias.

Mas, em termos psicanalíticos, não apenas o legislador deveria ter sido mais categórico na afirmação de um regime jurídico comum da responsabilidade civil administrativa, como a dúvida ou a discussão acerca da globalidade do regime jurídico da responsabilidade civil pública pode pôr em causa a efectividade da regulação estabelecida. Além disso, perante a "tibieza" do legislador, mais necessária se torna ainda a intervenção da doutrina e da jurisprudência, assumindo "sem complexos" a necessidade de efectivação da responsabilidade administrativa como pilar basilar do Estado de Direito. Pois, só o estabelecimento de um regime de responsabilidade civil comum a todo o universo da função administrativa, elaborado de modo "conforme ao processo", significaria a capacidade do Direito Administrativo português de "interiorizar" a "moral da história" de Agnès Blanco, de forma a estar em condições de lidar com os "episódios traumáticos" da sua própria "infância difícil" e de os superar.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Vasco Pereira da. "É sempre a mesma cantiga": o contencioso da responsabilidade civil pública. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 61-87, jan./dez. 2011.