

Universidades Lusíada

Pinto, José Carlos Lopes

A relevância da lei dos direitos dos utentes das auto-estradas (Lei 24/2007) na responsabilidade civil das concessionárias

<http://hdl.handle.net/11067/2115>

Metadados

Data de Publicação	2015
Resumo	<p>A construção e a exploração das auto-estradas são entregues pelo Estado, em regra, em regime de concessão a empresas privadas (concessionárias) e os seus utentes, na grande maioria dos casos, pagam portagens. Os diplomas legais que permitem a concessão estabelecem a cargo das concessionárias determinadas obrigações, entre as quais as de manter em bom estado de conservação e perfeitas condições de utilização a auto-estrada, além de a vedarem em toda a sua extensão. Nos tribunais são frequentes ...</p> <p>Abstract: Motorway construction and management are given by the Government, usually, in a concession regime to private companies, and their users, that in most of the cases, pay tolls. Laws that allow the management of the motorways by these companies state that these same companies have some legal obligations, like keeping the roads in a good state of preservation for the proper use of people and the obligation of fencing it in its entire length. It is not unusual for victims (or their insur...</p>
Palavras Chave	Direito, Responsabilidade civil, Contrato de concessão, Direito dos utentes
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-09-21T10:25:55Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**A RELEVÂNCIA DA LEI DOS DIREITOS DOS UTENTES
DAS AUTO-ESTRADAS (LEI 24/2007) NA
RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS**

José Carlos Lopes Pinto

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto, 15 de Setembro de 2015

Agradecimentos:

À Universidade Lusíada, nomeadamente:

ao Senhor Professor Doutor Fernando de Gravato Morais, por ter aceitado orientar-me neste trabalho, pela disponibilidade demonstrada, pelos seus comentários, esclarecimentos e sugestões e pela ajuda na revisão do texto;

aos Serviços de «Pós-graduações e Mestrados» e à «Biblioteca», pelos esclarecimentos e apoio no acompanhamento da dissertação.

À minha mulher, pelo apoio incondicional, compreensão e incentivo para concluir este trabalho;

aos meus filhos e ao meu sobrinho, Diogo Lopes, pelo estímulo e ajuda na recolha de elementos à dissertação;

e aos meus amigos e família alargada pelos constantes incentivos.

A todos, o meu MUITO OBRIGADO.

Índice

Agradecimentos	I
Índice	II
Resumo	IV
Abstract.....	VI
Palavras-chave	VIII
Lista de abreviaturas	IX
1. Introdução.....	1
2. A relação jurídica entre o Estado e a concessionária da auto-estrada	3
3. A lei nº 24/2007, de 18-07 – Aspectos Gerais.....	6
4. A natureza jurídica da relação existente entre o utente da auto-estrada e a concessionária, em caso de acidente de viação	9
4.1. A teoria contratual	11
4.1.1 O contrato inominado.....	11
4.1.2 O Contrato a Favor de Terceiro	15
4.2 A teoria extracontratual	18
4.2.1 A aplicação do regime geral previsto no artigo 483º do Código Civil	19
4.2.2 A aplicação da presunção de culpa prevista no artigo 493º do Código Civil	21
4.3 A «terceira via»: Contrato de Eficácia de Protecção para Terceiros	23
5. A Lei nº 24/2007, de 18-07 – Âmbito de aplicação e normas essenciais.....	27
5.1 O regime do artigo 12º da Lei nº 24/2007	31
5.1.1 As alíneas a), b) e c) do nº1 do artigo 12º - objectos arremessados ou existentes na via, atravessamento de animais e líquidos na via.....	33
5.1.2 O nº2 do artigo 12º - a verificação da causa do acidente por autoridade policial	36
5.1.3 O nº3 do artigo 12º - casos de força maior.....	37
5.1.4 A aplicação no tempo do artigo 12º – norma interpretativa.....	38
5.1.5 A constitucionalidade do artigo 12º	40
6. A influência da lei 24/2007 na natureza da relação jurídica entre o utente da auto-estrada e a concessionária.....	44
7. A questão da competência dos tribunais em razão da matéria	46
8. Conclusões.....	58

Bibliografia citada 63

Resumo

A construção e a exploração das auto-estradas são entregues pelo Estado, em regra, em regime de concessão a empresas privadas (concessionárias) e os seus utentes, na grande maioria dos casos, pagam portagens.

Os diplomas legais que permitem a concessão estabelecem a cargo das concessionárias determinadas obrigações, entre as quais as de manter em bom estado de conservação e perfeitas condições de utilização a auto-estrada, além de a vedarem em toda a sua extensão.

Nos tribunais são frequentes as acções de indemnização intentadas por automobilistas sinistrados (ou pelas suas seguradoras) contra as concessionárias de auto-estradas por danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos em consequência de acidentes automóveis ligados ao aparecimento inesperado na faixa de rodagem de cães ou outros animais, de pedras, óleo, pneus rebentados, outros componentes de automóveis ou até carga.

A doutrina e a jurisprudência têm encontrado soluções jurídicas divergentes para qualificar a natureza jurídica dessa relação existente entre o utente da auto-estrada e a concessionária e determinar o respectivo regime da responsabilidade civil da concessionária.

São três os principais enquadramentos dessa problemática: uma teoria contratual, uma extracontratual e uma «terceira via» que ali vislumbra a figura do contrato de eficácia de protecção para terceiros.

E não é indiferente a opção por qualquer um desses regimes.

Na verdade, o prazo de prescrição e, sobretudo, a repartição do ónus da prova depende dessa opção.

E a pronúncia no sentido da verificação de uma relação contratual ou no sentido de uma relação extracontratual, aplicando os respectivos regimes, influenciou de forma decisiva os desfechos de muitas dessas acções.

É que a aplicação do regime contratual, designadamente da presunção de culpa, prevista no artigo 799º do Código Civil, a incidir sobre a concessionária, ou, pelo contrário, a aplicação do regime extracontratual, designadamente o previsto no artigo 487º do Código Civil, atribuindo ao utente (lesado) o ónus de provar a culpa da concessionária, fez toda a diferença.

A lei nº 24/2007, de 18-07, veio definir direitos dos utentes nas vias rodoviárias classificadas como auto-estradas concessionadas, dispondo no seu artigo 12º que nos acidentes rodoviários ocorridos nas auto-estradas concessionadas, incumbe à concessionária o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança, nos casos em que a causa do acidente diga respeito a objectos arremessados ou existente na via, ao atravessamento de animais e a líquidos na via, devendo essas causas serem verificadas no local por autoridade policial.

Neste trabalho analisa-se a relevância da referida lei nº 24/2007 na definição da natureza jurídica da relação existente entre o utente da auto-estrada e a concessionária, nesses casos de acidentes rodoviários, designadamente do seu artigo 12º, permitindo-nos concluir que a mesma veio atribuir natureza contratual a tal relação, sendo a figura do contrato com eficácia de protecção para terceiros a aplicável à mesma, além de que o aludido artigo 12º tem natureza interpretativa do regime então vigente.

Finalmente, aborda-se a questão da competência para conhecer destas acções, em razão da matéria, e pareceu-nos ser de concluir que devem ser os tribunais judiciais os competentes para tal.

Abstract

Motorway construction and management are given by the Government, usually, in a concession regime to private companies, and their users, that in most of the cases, pay tolls.

Laws that allow the management of the motorways by these companies state that these same companies have some legal obligations, like keeping the roads in a good state of preservation for the proper use of people and the obligation of fencing it in its entire length.

It is not unusual for victims (or their insurance companies) of car accidents linked to the unexpected appearance of animals, rocks, oil, blew up tires, other auto components or even cargo from other users, in the lanes of the road, to sue the companies that were granted the concession of the motorway, for personal damage or damage to property.

Law schools and case law have found different legal solutions to qualify the legal relationship existing between the user of the motorway and the company that regulates it, and in determining the company civil liability.

One can put this problem under three placements: a contractual theory, an extra contractual theory and a “third path” that shows an contract with an incidental beneficiary.

And it is not indifferent the choice of either one of this regimes.

In fact, the expire of deadlines, and most of all, the burden of proof relies on that same option that courts of law choose to apply on each case.

Choosing in favour of verifying a contractual or an extra contractual way, applying the respective regimes, has influenced in a decisive way the outcome of several law suits.

Is that, the application of a contractual regime, the assumption of guilt, forecasted on the legal article number 799 of the Civil Code, applies over the motorway company, while, applying an extra contractual regime under the law number 487 of the Civil Code, the assumption of guilt falls over the motorway user, what makes an entire difference.

Legal article number 24/2007, 18-07, came to define users rights in the usage of roads classified as concessioned motorways, showing in its article number 12 that in car accidents occurred in these same motorways, the burden of proof over security obligations, falls over these companies in cases that the accident is attributable to thrown objects or placed on the lanes, to animals or liquids crossing over the lanes, cases that must be verified by local police officer.

This essay analysis the relevance of the above law article number 24/2007 in the definition of the pre-existing legal nature maintained between user and motorway company, in such car accidents, namely its article number 12, allowing us to conclude that the same, turned to confer a contract to such relationship, being the contractual figure with beneficial to third-party protection, even more, one can conclude that article number 12 confers some degree of interpretation to the current regime in such cases.

Finally, it addresses the question of jurisdiction to know these actions, because of the matter, and is believed to be concluding that the judicial courts should be competent to do so.

Palavras-chave

Acidente de viação

Atravessamento de animais

Auto-estrada

Competência material

Concessionária

Contrato de concessão

Lei nº 24/2007, de 18-07

Lei nº 67/2007, de 31-12

Líquidos na via

Norma interpretativa

O artigo 12º

Objectos na via de trânsito

Presunção de culpa

Responsabilidade civil

Utente

Lista de abreviaturas

A1– Auto-Estrada do Norte

Ac.(s) – Acórdão(s)

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

CJ – Colectânea de Jurisprudência

CEE – Comunidade Económica Europeia

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

LOSJ – Lei de Organização do Sistema Judiciário

PNR – Plano Rodoviário Nacional

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

SCUT – Sem custo para os utilizadores

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TR – Tribunal da Relação

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRP – Tribunal da Relação do Porto

1. Introdução

Nos tribunais, são frequentes as acções de indemnização instauradas por automobilistas sinistrados (ou pelas suas seguradoras) contra as concessionárias de auto-estradas por danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos em consequência de acidentes automóveis ligados ao aparecimento inesperado na faixa de rodagem de cães ou outros animais, de pedras, líquidos e outros objectos.

As auto-estradas são vias de circulação rápida, onde se registam velocidades elevadas, pelo que sempre que ali ocorre um acidente são elevados os danos pessoais e patrimoniais.

Nas auto-estradas portuguesas ocorrem todos os anos várias centenas de acidentes, o que se traduz em elevados danos pessoais e patrimoniais¹.

A doutrina e a jurisprudência têm encontrado soluções jurídicas divergentes para qualificar a natureza jurídica dessa relação existente entre o utente da auto-estrada e a respectiva concessionária.

São três os principais enquadramentos dessa problemática: uma teoria contratual, uma extracontratual e uma «terceira via» que ali vislumbra a figura do contrato de eficácia de protecção para terceiros.

E não é indiferente a opção por qualquer um desses regimes.

Com efeito, aderindo à primeira ou terceira teses, isso significaria que contra a concessionária funcionava a presunção de culpa a que se refere o artigo 799º do Código Civil.

Optando pela segunda tese (responsabilidade extracontratual) e face ao disposto no artigo 487º do Código Civil, era ao lesado que incumbia provar a culpa do autor da lesão.

Mas não só.

Os regimes contratuais e extracontratuais são diferentes em vários outros aspectos, designadamente nos prazos de prescrição (artigos 309º e 498º do CC), no regime da

¹ Em 2012 ocorreram nas auto-estradas portuguesas 1.747 acidentes, dos quais resultaram 2.565 vítimas (mortais, feridos graves e leves). Em 2013 ocorreram 1.824 acidentes, dos quais resultaram 2.753 vítimas (mortais, feridos graves e leves). Em 2014 ocorreram 1.879 acidentes, dos quais resultaram 2.810 vítimas (mortais, feridos graves e leves) – cf. Autoridade Nacional para a Segurança Rodoviária, Estatísticas, Relatórios de Sinistralidade, Acidentes e Vítimas Segundo o Tipo de Via e Localização, in: www.ansr.pt

constituição em mora (artigo 805º, nº3, 2ª parte, do CC), na possibilidade de graduação equitativa da indemnização (artigo 494º do CC), etc.

A referida Lei nº 24/2007, no seu artigo 12º, veio estabelecer que nos acidentes rodoviários ocorridos nas auto-estradas concessionadas, incumbe à concessionária o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança, nos casos em que a causa do acidente diga respeito a objectos arremessados ou existente na via, ao atravessamento de animais e a líquidos na via, devendo essas causas serem verificadas no local por autoridade policial.

Sucedem que a construção e a exploração das auto-estradas, em regra, são entregues pelo Estado, em regime de concessão, a empresas privadas (concessionárias).

Os diplomas legais que permitem a concessão estabelecem, a cargo das concessionárias, determinadas obrigações, entre as quais as de manter em bom estado de conservação e perfeitas condições de utilização a auto-estrada, além de a vedarem em toda a sua extensão².

E na grande maioria das auto-estradas, os seus utentes pagam portagens.

O que se pretende averiguar e demonstrar neste trabalho é se a referida Lei nº 24/2007, conjugada com os diplomas legais que estabelecem os contratos de concessão, resolveu a questão da natureza jurídica da relação existente entre o utente da auto-estrada e a concessionária, naqueles casos de acidente de viação.

² A título de exemplo: Anexo ao DL 294/97, de 24/10 (contrato de concessão), cuja Base XLIX, nº1º, determina serem da responsabilidade da concessionária todas as indemnizações que, nos termos da lei, sejam devidas a terceiros em consequência de qualquer actividade decorrente da concessão.

Relevam para a controvérsia, além da Base XLIX, as seguintes normas:

Base XXII - 5 - As auto-estradas deverão ainda ser dotadas com as seguintes obras acessórias: a) - Vedação em toda a sua extensão, devendo ser as passagens superiores em que o tráfego de peões seja exclusivo ou importante também vedadas lateralmente em toda a extensão.

Base XXXIII - 1 - A concessionária deverá manter as auto-estradas que constituem o objecto da concessão em bom estado de conservação e perfeitas condições de utilização, realizando, nas devidas oportunidades, todos os trabalhos necessários para que as mesmas satisfaçam cabal e permanentemente o fim a que se destinam, em obediência a padrões de qualidade que melhor atendam os direitos do utente.

Base XXXVI - 2 - A concessionária será obrigada, salvo caso de força maior devidamente verificado, a assegurar permanentemente, em boas condições de segurança e comodidade, a circulação nas auto-estradas, quer tenham sido por si construídas, quer lhe tenham sido entregues para conservação e exploração, sujeitas ou não ao regime de portagem.

2. A relação jurídica entre o Estado e a concessionária da auto-estrada

A rápida evolução social e tecnológica verificada a partir da segunda metade do século XX, tornou essencial uma rede viária nacional que correspondesse a essas necessidades.

A partir da entrada de Portugal na CEE (1-01-1986) e com a disponibilidade de recursos financeiros (fundos estruturais e de coesão) que isso proporcionou, deu-se início a uma verdadeira revolução de infra-estruturas rodoviárias, construindo-se milhares de quilómetros em auto-estrada.

Com a ideia liberal de que as entidades privadas gerem melhor que o Estado, a Lei de Bases dos Sistemas de Transportes³, veio determinar que a construção e exploração de auto-estradas podiam ser objecto de concessão.

E desta forma, foram aprovadas as bases das diversas concessões⁴, das quais resulta que os respectivos contratos têm a natureza de contrato de concessão de obras públicas⁵.

O contrato celebrado entre o Estado e a concessionária é definido como um contrato administrativo, pelo qual alguém se encarrega de executar e explorar uma obra pública, cobrando aos utentes as devidas taxas de utilização. Isto é, um contrato de

³ Lei n.º 10/90, de 17-03, com as alterações do DL n.º 380/2007, de 13 de Nov. (artigos 14º e 15)

⁴ Entre outros, DL n.º 315/91, de 20-08 (amplia a concessão à Brisa de novos lanços de auto-estrada – do Norte, do Sul, Porto-Valença, Porto-Amarante, Costa do Estoril, Marateca, Famalicão-Guimarães, CREL - aprovando as bases da concessão); DL n.º 393-A/98, de 4-12 (aprova as bases da concessão de lanços de auto-estrada da zona Oeste de Portugal); DL 248-A/99, de 6-07 (aprova as bases da concessão de lanços de auto-estrada da zona Norte de Portugal); DL n.º 335-A/99, de 20-08 (aprova as bases da concessão de lanços de auto-estrada da Beira Interior); DL n.º 55-A/2000, de 14-04 (aprova as bases da concessão de lanços de auto-estrada na zona do Algarve); DL n.º 87-A/2000 (aprovou as bases de concessão de lanços de auto-estrada, sem cobrança aos utilizadores – SCUT – da Costa de Prata); DL n.º 323-G/2000, de 19-12 (aprova as bases da concessão de lanços de auto-estrada do Interior Norte); DL n.º 142-A/2001, de 24-04 (aprovou as bases de concessão de lanços de auto-estrada, sem cobrança aos utilizadores – SCUT – da Beira Litoral/Beira Alta); DL n.º 234/2001, de 28-08 (aprovou as bases de concessão de lanços de auto-estrada, sem cobrança aos utilizadores – SCUT – do Norte Litoral); DL n.º 189/2002, de 28-08 (aprovou as bases de concessão de lanços de auto-estrada, sem cobrança aos utilizadores – SCUT – do Grande Porto), DL n.º 215-B/2004, de 16-09 (aprova as bases da concessão de lanços de auto-estrada do Litoral Centro); DL n.º 242/2006, de 28-12 (aprova as bases da concessão de lanços de auto-estrada da Grande Lisboa); DL n.º 392-A/2007, de 27-12 (aprova as bases da concessão de lanços de auto-estrada do Douro Litoral); e DL n.º 86/2008, de 28-05 (aprova as bases da concessão de lanços de auto-estrada do Túnel do Marão)

⁵ A título de exemplo, o nº1 da Base II do anexo ao DL 294/97, de 24/10 (*a concessão para construção, conservação e exploração das auto-estradas referidas na base I é de obras públicas*).

concessão de obras públicas a que está acoplada uma concessão de exploração do domínio público (Gonçalves, 1999, p. 90-95)⁶.

Este contrato atravessa três fases distintas. Primeiramente, deve a concessionária executar a obra, depois deverá coordenar a sua gestão durante o prazo convencionado, e, por último, findo o prazo, deverá a concessionária devolver ao Estado a obra bem como todos os bens que permitam a sua exploração (Gonçalves, 1999, p. 90-95)⁷.

Portanto, o Estado opta por entregar as auto-estradas (a construção, exploração, manutenção, vigilância e segurança) às concessionárias, para prosseguir os fins de interesse público a que está vinculado.

Por seu lado, as concessionárias obrigam-se à prestação de um serviço público⁸.

É assim da interpretação dos aludidos contratos de concessão que se formaram as três principais soluções sobre a qualificação da natureza jurídica da relação entre o utente da auto-estrada e a concessionária, nestes casos de acidente de viação ligados ao aparecimento inesperado na faixa de rodagem de animais ou objectos.

As bases das concessões, aprovadas por decreto-lei, têm em comum as seguintes normas que relevam para a controvérsia⁹:

As auto-estradas deverão ainda ser dotadas com as seguintes obras acessórias: a) - Vedação em toda a sua extensão, devendo ser as passagens superiores em que o tráfego de peões seja exclusivo ou importante também vedadas lateralmente em toda a extensão.

A concessionária deverá manter as auto-estradas que constituem o objecto da concessão em bom estado de conservação e perfeitas condições de utilização, realizando,

⁶ Pedro Costa Gonçalves, A Concessão de Serviços Públicos, Almedina, Coimbra, 1999, p. 90-95, reitera que apesar de, no caso concreto, a concessão ser efectuada por acto jurídico com forma de lei, estando a Administração a actuar de uma forma típica da função administrativa, estamos de facto perante uma concessão administrativa.

⁷ Em regra, o financiamento necessário à realização do projecto da concessão é assegurado pela concessionária e pelo Estado, tendo a primeira o direito a receber as importâncias das portagens, por si cobradas aos utentes, e os rendimentos da exploração de áreas de serviço (cf., entre outras, a Base X, n° 1, do DL 247-C/2008, 30-12, Base XIX, n°4, do DL 44-B/2010, de 5-05).

⁸ Entre outros, Base IV do DL n° 55-A/2000, de 14-04, Base IV do DL n° 215-B/2004, de 16-09, Base IV do DL n° 44-B/2010, de 05-05, onde, sob a epígrafe «*Serviço Público*», se dispõe «*A Concessionária deve desempenhar as actividades concessionadas de acordo com as exigências de um regular, contínuo e eficiente funcionamento do serviço público e adoptar, para o efeito, os melhores padrões de qualidade disponíveis em cada momento, tudo nos exactos termos das disposições aplicáveis das presentes bases*».

⁹ Comuns a todas as concessões. A título de exemplo, as Bases referidas na nota 3 de rodapé, do anexo ao DL 294/97, de 24/10.

nas devidas oportunidades, todos os trabalhos necessários para que as mesmas satisfaçam cabal e permanentemente o fim a que se destinam, em obediência a padrões de qualidade que melhor atendam os direitos do utente.

A concessionária será obrigada, salvo caso de força maior devidamente verificado, a assegurar permanentemente, em boas condições de segurança e comodidade, a circulação nas auto-estradas, quer tenham sido por si construídas, quer lhe tenham sido entregues para conservação e exploração, sujeitas ou não ao regime de portagem.

É da responsabilidade da concessionária todas as indemnizações que, nos termos da lei, sejam devidas a terceiros em consequência de qualquer actividade decorrente da concessão.

Entretanto, a Lei 24/2007, de 18-07, que define os direitos dos utentes nas vias rodoviárias classificadas com auto-estradas concessionadas, veio dispor no seu artigo 12º que nas auto-estradas, em caso de acidente rodoviário, o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança cabe à concessionária, desde que a respectiva causa diga respeito a objectos existentes na faixa de rodagem, atravessamento de animais e líquidos na via, sendo que a confirmação das causas do acidente terá de ser verificada pela presença da autoridade policial.

A publicação de tal lei, ao ultrapassar a problemática da repartição do ónus da prova, esbateu a discussão sobre a natureza da relação jurídica existente entre o utente da auto-estrada e a concessionária.

A questão é a de saber se resolveu definitivamente a natureza dessa relação entre o utente da auto-estrada e a concessionária.

Na verdade, essa natureza jurídica continua a ser relevante para outros efeitos, designadamente para efeitos de prescrição (artigos 309º e 498º do CC), da constituição em mora (artigo 805º, nº3, 2ª parte, do CC), e na possibilidade de graduação equitativa da indemnização (artigo 494º do CC), entre outros.

3. A lei nº 24/2007, de 18-07 – Aspectos Gerais

No virar do século, era já crescente a controvérsia doutrinal e jurisprudencial relacionada com as acções de indemnização interpostas por utilizadores das auto-estradas contra as respectivas concessionárias, por danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos em consequência de acidentes de automóveis ligados ao aparecimento inesperado na via de circulação de animais e objectos, apelando-se a uma intervenção legislativa nesta matéria.

Do mesmo modo, a ocorrência de grandes congestionamentos nas auto-estradas derivados da realização de obras, por parte das concessionárias, levou a protestos dos seus utentes que entendiam não ser devido o pagamento das respectivas portagens, por não estarem salvaguardadas as normais condições de utilização das auto-estradas.

Na sequência das obras de alargamento da A1, de grande extensão e duração e que provocaram grande congestionamento do trânsito, gerou-se um grande alarido, reclamando-se a suspensão das portagens, tendo tais protestos chegado à Assembleia da República.

Assim, veio a Assembleia da República a aprovar a Resolução n.º14/2004, de 31-01, com o desiderato de levar o Governo a promover, junto das concessionárias, a alteração das bases das respectivas concessões, de modo a suspender-se a cobrança de portagem nas vias em obras e a melhor informar os utentes da sua ocorrência.

Perante o insucesso das negociações do Governo com as concessionárias e o aumento do protesto dos utentes das auto-estradas, o Partido Comunista e o Bloco de Esquerda apresentaram dois projectos de lei sobre esta matéria. O Projecto de Lei n.º 145/X, apresentado pelo Partido Comunista¹⁰, e o Projecto de Lei nº 164/X, apresentado

¹⁰ Na exposição de motivos dizia-se «Com este Projecto de Lei, propomos designadamente as seguintes medidas: -A isenção do pagamento de portagens durante a realização de obras nas auto-estradas e travessias rodoviárias, na extensão correspondente ao sublanço em obra; - A publicitação obrigatória de informações relativas aos trabalhos em execução, incluindo as suas datas de início e conclusão, condicionantes e limitações e percursos alternativos; - A monitorização e disponibilização regular e actualizada de elementos relativos à sinistralidade rodoviária registada nos troços em obra, com vista à adopção das necessárias medidas preventivas; - A garantia de prestação, a título gratuito, da assistência e auxílio sanitário e mecânico aos utentes; - A informação prévia às autarquias sobre as intervenções programadas, bem como a consideração dos pareceres por estas emitidos em sede de estudo prévio e respectivo estudo de impacto ambiental; - A aprovação de um Regulamento Nacional de Procedimentos de

pelo Bloco de Esquerda, o qual versava especificamente sobre a responsabilidade das concessionárias de auto-estrada em caso de acidente de viação¹¹.

O processo legislativo que culminou com a aprovação da Lei nº 24/2007 iniciou-se em Julho de 2005, com o aludido Projecto de Lei apresentado pelo Partido Comunista, sendo a mesma aprovada pela Assembleia da República em 17-05-2007 e publicada a 18 de Julho do mesmo ano, consagrando-se no seu artigo 12º o aguardado regime do ónus da prova da culpa nos acidentes rodoviários ocorridos em auto-estradas concessionadas, provocados pela existência de objectos na faixa de rodagem ou arremessados para a via, pelo atravessamento de animais ou pela presença de líquidos na via, desde que não resultantes de condições climatéricas anormais.¹²

Operação e Manutenção, estabelecendo critérios e padrões comuns, a observar em toda a rede nacional de auto-estradas.»

¹¹ No seu artigo 5º, sob a epígrafe de «responsabilidade civil», dispunha:

«1 - Quando, em virtude de ocorrências anómalas à normal circulação nas auto-estradas, com ou sem o pagamento de portagem, resultem danos pessoais ou materiais para os utentes da via, o ónus da prova do cumprimento de todas as obrigações de segurança, a que as entidades encarregues da conversação e exploração da via estão adstritas, cabe a estas.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se circunstâncias anómalas as que impeçam a regular circulação na via por ocorrências estranhas aos utentes da mesma e à direcção efectiva do veículo e aos riscos daí provenientes, nomeadamente:

- a) Existência de objectos estranhos nas vias de circulação;*
- b) Atravessamento de animais;*
- c) Existência de líquidos na via que, pela sua natureza ou volume, possam originar a perda de controlo do veículo de circulação.»*

¹²

Artigo 12.º

Responsabilidade

1 — Nas auto -estradas, com ou sem obras em curso, e em caso de acidente rodoviário, com consequências danosas para pessoas ou bens, o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança cabe à concessionária, desde que a respectiva causa diga respeito a:

- a) Objectos arremessados para a via ou existentes nas faixas de rodagem;*
- b) Atravessamento de animais;*
- c) Líquidos na via, quando não resultantes de condições climatéricas anormais.*

2 — Para efeitos do disposto no número anterior, a confirmação das causas do acidente é obrigatoriamente verificada no local por autoridade policial competente, sem prejuízo do rápido restabelecimento das condições de circulação em segurança.

3 — São excluídos do número anterior os casos de força maior, que directamente afectem as actividades da concessão e não imputáveis ao concessionário, resultantes de:

- a) Condições climatéricas manifestamente excepcionais, designadamente graves inundações, ciclones ou sismos;*
- b) Cataclismo, epidemia, radiações atómicas, fogo ou raio;*
- c) Tumulto, subversão, actos de terrorismo, rebelião ou guerra.*

O que de seguida se averiguará é da relevância desta norma na natureza jurídica da relação existente entre o utente da auto-estrada e a concessionária, naqueles casos de acidente de viação.

Começemos por analisar as teorias que se perfilavam no enquadramento dessa questão.

4. A natureza jurídica da relação existente entre o utente da auto-estrada e a concessionária, em caso de acidente de viação

Até à publicação da Lei 24/2007, de 18-07 (que definiu os direitos dos utentes nas vias rodoviárias classificadas com auto-estradas concessionadas, determinando que nas auto-estradas, em caso de acidente rodoviário, o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança cabe à concessionária, desde que a respectiva causa diga respeito a objectos existentes na faixa de rodagem, atravessamento de animais e líquidos na via, sendo que a confirmação das causas do acidente terá de ser verificada pela presença da autoridade policial)¹³, era aguerrida a discussão jurisprudencial e doutrinal em torno da qualificação jurídica da relação existente entre o utente da auto-estrada e a concessionária, em caso de acidente de viação ligados ao aparecimento inesperado na faixa de rodagem de animais, pedras ou outros objectos.

A pronúncia no sentido da verificação de uma relação contratual ou no sentido de uma relação extracontratual, aplicando os respectivos regimes, influenciou de forma decisiva os desfechos das acções de indemnização intentadas pelos automobilistas sinistrados (ou pelas suas seguradoras) contras as concessionárias de auto-estradas.

Na verdade, a aplicação do regime contratual, designadamente da presunção de culpa prevista no artigo 799º do Código Civil, atribuindo à concessionária o ónus de provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da sua obrigação (de manter em

13

Artigo 12.º

Responsabilidade

1 — Nas auto -estradas, com ou sem obras em curso, e em caso de acidente rodoviário, com consequências danosas para pessoas ou bens, o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança cabe à concessionária, desde que a respectiva causa diga respeito a:

- a) Objectos arremessados para a via ou existentes nas faixas de rodagem;*
- b) Atravessamento de animais;*
- c) Líquidos na via, quando não resultantes de condições climatéricas anormais.*

2 — Para efeitos do disposto no número anterior, a confirmação das causas do acidente é obrigatoriamente verificada no local por autoridade policial competente, sem prejuízo do rápido restabelecimento das condições de circulação em segurança.

3 — São excluídos do número anterior os casos de força maior, que directamente afectem as actividades da concessão e não imputáveis ao concessionário, resultantes de:

- a) Condições climatéricas manifestamente excepcionais, designadamente graves inundações, ciclones ou sismos;*
- b) Cataclismo, epidemia, radiações atómicas, fogo ou raio;*
- c) Tumulto, subversão, actos de terrorismo, rebelião ou guerra.*

perfeitas condições de utilização a auto-estrada), não procede de culpa sua, ou, ao contrário, a aplicação do regime extracontratual, designadamente o previsto no artigo 487º do Código Civil, atribuindo ao utente (lesado) o ónus de provar a culpa da concessionária, influenciou de forma determinante a boa decisão da causa.

Começaremos por analisar a teoria contratual, para de seguida abordar a teoria extracontratual e a «terceira via», o contrato de eficácia de protecção para terceiros.

4.1. A teoria contratual

A teoria contratual surge como uma outra resposta à aplicação do regime geral extracontratual¹⁴ aos acidentes automóveis em auto-estradas concessionadas ligados ao aparecimento inesperado na faixa de rodagem de cães ou outros animais, de pedras e outros objectos¹⁵.

Perante as dificuldades inerentes à demonstração, por parte da vítima (lesado), de que os danos originados no acidente se devem a actuação culposa da concessionária, surgem, com base na teoria contratual, duas diferentes concepções: uma primeira concepção que vislumbra a existência de um contrato inominado, atípico e autónomo, celebrado entre a concessionária e o utente. Uma outra que vislumbra a existência de um contrato a favor de terceiro, previsto no artigo 443º do Código Civil¹⁶, sendo o beneficiário o utente.

4.1.1 O contrato inominado

J. Sinde Monteiro foi, em Portugal, precursor da construção dogmática do contrato atípico, inominado e autónomo celebrado entre a concessionária da auto-estrada e cada um dos utentes.¹⁷

Partindo do pressuposto que o pagamento de portagem por parte do utente configura a contraprestação devida pela utilização da auto-estrada com segurança e

¹⁴ Artigo 487º, nº1, do Código Civil, onde se dispõe que é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão.

¹⁵ Até 1996 a jurisprudência era pacífica a rejeitar a responsabilidade da concessionária pelas regras contratuais, optando pela responsabilização da concessionária assente na culpa, cujo ónus da prova incumbia ao lesado. Com a sentença de 2-05-1996 do 3º Juízo de Santo Tirso, anotado por J. Sinde Monteiro (RLJ, ano 133º), pondera-se o regime do contrato a favor de terceiro e a natureza contratual da relação entre o utente da auto-estrada e a concessionária.

¹⁶ «Por meio de contrato, pode uma das partes assumir perante outra, (...) a obrigação de efectuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio (...)»

¹⁷ «Numa palavra, quando o automobilista opta por utilizar a auto-estrada, pagando a respectiva portagem, não estará apenas a exercer a faculdade de utilizar um bem público, mediante um tributo. Mais do que isso, pode discernir-se a vontade de celebrar um contrato (atípico), de que resulta para ele o direito de utilizar a via e todos os serviços de que eventualmente venha a necessitar, sendo certo que o carácter oneroso não exige uma rigorosa equivalência objectiva (...)» (Sinde Monteiro, Anotação ao acórdão do STJ de 12-11-1996, RLJ, ano 132º, p. 30).

comodidade, J. Sinde Monteiro¹⁸ pugna pela existência de uma verdadeira relação contratual, aplicando-se, então, o regime do incumprimento contratual, nomeadamente, a presunção de culpa e conseqüente inversão do ónus da prova resultante da aplicação do artigo 799º do Código Civil¹⁹, cabendo à concessionária a prova de que agiu sem culpa (cf. artigos 342º, 344º, nº1, e 350º do Código Civil).

Para as auto-estradas concessionadas sem pagamento de portagem pelo utilizador (SCUT), defende J. Sinde Monteiro que os seus utilizadores continuam a ter uma base contratual, agora na modalidade de «contrato a favor de terceiro», previsto nos artigos 443º e ss. do Código Civil^{20 21}.

Em oposição a tal tese, aponta-se, desde logo, a ausência de declarações negociais.

Ao contrário das regras obrigacionais gerais estabelecidas no Código Civil Português, a concessionária não teria possibilidade de recusar a utilização da auto-estrada a qualquer utilizador (pois o contrato de concessão obriga-a a proporcionar tal utilização), nem a possibilidade de modificar o conteúdo das suas obrigações decorrentes desse contrato^{22 23}.

¹⁸ No mesmo sentido: Armando Triunfante, «Responsabilidade Civil das Concessionárias das Auto-estradas», in *Direito e Justiça*, Vol. I, Tomo I, pp. 45-100. Na jurisprudência, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17-02-2000, anotado por J. Sinde Monteiro, in «*Revista de Legislação e de Jurisprudência*», ano 133º, Maio e Junho de 2000, p. 17 e ss.

¹⁹ Artigo 799º, nº1, do Código Civil: *incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.*

²⁰ «*Todavia, dos contratos de concessão SCUT parece resultar o direito a exigir uma prestação, mediante o pagamento de uma contraprestação. Esta última é constituída por uma “Portagem SCUT”, definida como a “importância que a Concessionária tem a receber do Estado em função dos valores de tráfego registados”. Ou seja, o utente tem o direito de utilizar a auto-estrada, o qual resulta para ele do contrato de concessão celebrado entre o Estado e a empresa concessionária, onde igualmente se estabelece um correspectivo para esta utilização. Pelos olhos do direito privado temos aqui um típico “contrato a favor de terceiro” (artigo 443º do Código Civil), em que o promitente (concessionária) se obriga face ao promissário (o Estado) a realizar face aos terceiros interessados (os utilizadores), uma determinada prestação (facultar a utilização da auto-estrada com segurança e comodidade)*» (Sinde Monteiro, 133º, Junho, p. 60).

²¹ No mesmo sentido Armando Triunfante, «Responsabilidade Civil das Concessionárias das Auto-estradas», in *Direito e Justiça*, Vol. I, Tomo I, p. 85.

²² «*Semelhante via de solução (contratual) do problema enfrenta, porém, sérias dificuldades. Por várias razões. Em primeiro lugar, o fecho de um contrato requer a presença de declarações negociais que o constituam. E, como é próprio da natureza do contrato enquanto acto de autonomia privada, deve exigir-se que a tais declarações — tanto a proposta, como a aceitação — corresponda então uma consciência e uma vontade, por parte dos intervenientes, de celebrar um negócio jurídico.*

Ora, a admissão de semelhante consciência ou vontade afigura-se, para a generalidade dos utentes, uma mera ficção.

Ainda a obstar à formação de um contrato bilateral, a própria perspectiva das concessionárias, as quais, seguramente, não pretenderiam celebrar contratos susceptíveis de lhes serem prejudiciais, não sendo, por isso, legítimo presumir essa vontade²⁴.

Mas também na perspectiva do condutor, não existiria liberdade de celebração, no sentido de que apesar de poder optar pela utilização da rede de estradas nacionais em detrimento da auto-estrada concessionada a entidade privada, essa liberdade seria mais fáctica do que jurídica. Também não teriam, os condutores, qualquer liberdade de estipulação, porquanto não têm capacidade para propor ou aceitar diversas cláusulas.²⁵

Além dos motivos expostos, não se aceita que os utilizadores de auto-estradas que paguem portagens beneficiem deste regime, sustentando-se que tal viola o «Princípio da Igualdade Rodoviária»²⁶, consubstanciado, em termos objectivos, que em todas as vias materialmente iguais operam regras idênticas, e em termos subjectivos, que todos devem obedecer às mesmas regras de circulação²⁷.

Considere-se o lado dos utilizadores. No processo largamente automatizado que hoje domina a circulação nas auto-estradas (“via verde” ou máquinas de “ticket” automáticas), também os comportamentos respectivos, de cada vez que usam a auto-estrada, são, em regra, puramente automatizados, sem consciência ou vontade actual alguma de celebrarem qualquer contrato.

Com isso cai um pressuposto essencial da tese contratual. A menos que, como ainda se dirá, se substitua e reformule a noção “clássica” de contrato.» (Carneiro da Frada, Sobre a Responsabilidade das concessionárias por acidentes ocorridos em auto-estrada, R.O.A., 2005, Vol.II)

²³ No mesmo sentido: «No tocante à “celebração”, não há contrato: os utentes podem não conhecer os elementos essenciais da proposta (qual o montante da taxa? Qual a extensão do percurso?): devem pagar. Temos, ainda, utentes não condutores (que podem ir a dormir), troços com portagens só no final e portagens temporárias.

Aplicar, a tudo isto, os regimes dos artigos 217.º e seguintes e 240.º e seguintes seria um total irrealismo.» (Menezes Cordeiro, Acidente de viação em auto-estrada; natureza da eventual responsabilidade da concessionária, R.O.A., 2005, Vol. I)

²⁴ «Mas a rejeição da tese do contrato também se impõe considerando que as expectativas dos utentes de que vimos falando são sempre, enquanto tais, meramente unilaterais, enquanto o contrato é bilateral. Vale a pena considerar, nesta linha, a perspectiva das concessionárias. Não se pode afirmar com um mínimo de segurança que existe, do lado destas, a consciência ou vontade de celebrar um negócio jurídico com cada um dos utentes da auto-estrada, pois parece muito mais verosímil que elas, quando contactam com os utentes, agem com a mera intenção de explorar economicamente esse tipo de via, cumprindo o acordo que têm com o Estado (em que voluntariamente se comprometeram). Que a observância desse acordo (com o Estado) tenha reflexos em terceiros, isto é, proporcione vantagens aos utentes, não significa qualquer decisão de contratar com estes terceiros» (Carneiro da Frada, Sobre a Responsabilidade das concessionárias por acidentes ocorridos em auto-estrada, R.O.A., 2005, Vol.II).

²⁵ cf. Menezes Cordeiro, Igualdade Rodoviária e acidentes de viação nas auto-estradas - Estudo de Direito Civil Português, Almedina, Coimbra, 2004, pg. 46

²⁶ Menezes Cordeiro, Igualdade Rodoviária, ob. cit, p. 46

²⁷ «Não se compreenderia, por exemplo:

— que aos cidadãos isentos de portagens se aplicassem regras diversas das dos restantes;

Ainda na discussão sobre a existência de contrato inominado, também a configuração do pagamento de portagem como prestação contratual merece críticas, que subscrevemos.

Na verdade, as portagens são entendidas pela maior parte da doutrina como verdadeiras taxas, devidas como contrapartidas da utilização de bens públicos, isto é, receitas de direito público que têm origem no poder de império do Estado e não em qualquer negócio jurídico^{28 29 30}.

— *que uma mesma pessoa devesse respeitar regras distintas, consoante os tipos de auto estrada que fosse atravessando: com ou sem portagem; concessionados ou não; com ou sem portagem prévia.*» (Menezes Cordeiro, Acidente de viação em auto-estrada, *ob. cit.*)

²⁸ «A presença de contratos específicos, atípicos e inominados, entre as concessionárias e os utentes, é feito decorrer do pagamento das portagens. Haveria, aí, uma relação de permuta: dinheiro contra o uso da auto estrada.

Para tanto, haveria que ignorar toda a teoria das taxas e o próprio facto económico óbvio de que as auto estradas foram, no essencial, pagas a fundo perdido pela União Europeia: não há permuta». (Menezes Cordeiro, Acidente de viação em auto-estrada, *ob. cit.*)

²⁹ «o pagamento de uma prestação pecuniária pela utilização de auto-estradas constitui, por tradição, exemplo de uma taxa (receita de direito público), por contraposição com o pagamento do bilhete ferroviário (receita patrimonial, de direito privado)» (Sinde Monteiro, 132º, *ob. cit.* p. 28, remetendo para o ensino de Teixeira Ribeiro, “Noção Jurídica de Taxa”, in RLJ, ano 117º, p. 291))

³⁰ Em sentido contrário Armando Triunfante, “Responsabilidade Civil das Concessionárias das Auto-estradas», in Direito e Justiça, Vol. I, Tomo I, pg. 59 e 60.

4.1.2 O Contrato a Favor de Terceiro

A tese da existência de um contrato a favor de terceiro fundamenta-se no entendimento de que o fim próprio do contrato de concessão é a prestação de serviço de qualidade aos utilizadores das auto-estradas, concretamente no que toca à sua segurança e comodidade.

Da conjugação do disposto nos artigos 443º, nº1 e 2, e 444º do Código Civil, resulta que o contrato a favor de terceiro é aquele pelo qual promitente e promissário conferem um direito subjectivo a favor de terceiro, estranho à relação obrigacional, podendo este último exercê-lo autonomamente contra o promitente, independentemente de o promissário poder igualmente exigir o cumprimento da prestação.

Na situação em causa, «*o promitente (concessionária) se obriga face ao promissário (o Estado) a realizar face aos terceiros interessados (os utilizadores), uma determinada prestação (facultar a utilização da auto-estrada com segurança e comodidade)*» (Sinde Monteiro, Anotação ao acórdão do STJ de 17-02-2000, in RLJ, ano 133º, Junho, p. 60).

A atribuição desse direito, apesar de não depender de aceitação por parte do terceiro beneficiário (utente), dependerá naturalmente do acordo de vontades das partes (Estado e Concessionária).

Enquanto que J. Sinde Monteiro faz aplicar esta modalidade contratual aos contratos de concessão SCUT³¹, já J. Cardona Ferreira faz aplicar esta modalidade contratual aos contratos de concessão de auto-estrada, com ou sem pagamento de portagem pelo cidadão.³²

³¹ Sustentando que na «concessão SCUT parece resultar o direito a exigir uma prestação, mediante o pagamento de uma contraprestação. Esta última é constituída por uma “Portagem SCUT”, definida como a “importância que a Concessionária tem a receber do Estado em função dos valores de tráfego registados”. Ou seja, o utente tem o direito de utilizar a auto-estrada, o qual resulta para ele do contrato de concessão celebrado entre o Estado e a empresa concessionária, onde igualmente se estabelece um correspectivo para esta utilização. Pelos olhos do direito privado temos aqui um típico “contrato a favor de terceiro” (artigo 443º do Código Civil)(...)» (Sinde Monteiro, 133º, ob. cit, p. 60)

³² Refere que «No contexto da actual normatividade dos contratos de concessão de auto-estradas, com ou sem pagamento de portagem pelos cidadãos utentes, a situação destes contratos, assumidamente no interesse e a favor dos utentes, apresentam-se como contratos a favor de terceiros inicialmente indeterminados. A individualização do terceiro concreto realiza-se, pela via da expressa ou tácita, conforme

Contrariando a aplicação deste regime, aponta-se que nos contratos de concessão aparecem deveres genéricos e de diversa ordem, além de que a concessão visa beneficiar terceiros, muito além dos utentes. Isto é, a concessão visa beneficiar, além dos utentes da auto-estrada, os donos de mercadorias transportadas que a vêem chegar ao destino mais rapidamente, os utentes das outras estradas nacionais que ficam descongestionadas, os moradores dos centros de cidades e vilas, que ficam livres do tráfego de longo curso, etc.³³, não sendo legítimo presumir que as partes no contrato de concessão (o Estado e a concessionária) quiseram atribuir um direito aos utentes da auto-estrada concessionada e, muito menos, se não pagar portagem³⁴.

se concretiza através do pagamento de portagem que, chamando-se taxa, é preço do uso da auto-estrada com segurança, comodidade e velocidade legal, ou através da entrada na auto-estrada se não houver portagem (...). Assim, acontecendo um acidente atribuível a qualquer anormalidade da zona estradal, por cuja vigilância a concessionária é responsável, esta sê-lo-á perante o lesado (terceiro concreto, utente), isto é, perante quem sofra danos decorrentes desse acidente, contratualmente (...) E, portanto, a concessionária tem ónus de prova de que agiu com diligência exigível e de que a ocorrência nada tem a ver com eventual culpa da concessionária. Claro que todo o regime legal da responsabilidade civil contratual é, aqui, aplicável (...)» (Cardona Ferreira, *Acidentes de Viação em Auto-estradas – Casos de Responsabilidade Civil Contratual?*, Coimbra Editora, 2004).

³³ «Com o devido respeito, o regime do contrato a favor de terceiro parece-nos francamente inaplicável. Um contrato a favor de terceiro visa atribuir uma prestação a quem não seja parte. No contrato de concessão, não encontramos tal ideia. Aparecem deveres de diversa ordem, mas sempre em moldes genéricos. A Brisa deve manter o piso em boas condições, deve vedar as auto-estradas e deve realizar patrulhas, por exemplo, haja ou não “terceiros” em trânsito.

É certo que a concessão visa beneficiar terceiros: condutores, passageiros, donos de mercadorias e empresas de transportes; mas visa, também, beneficiar os utentes das estradas nacionais, que ficarão descongestionadas e os moradores das nossas cidades e vilas, que ficarão livres do tráfego de longo curso (...). No contrato a favor de terceiro, este adquire o direito à prestação independentemente da aceitação (...). As opções da declaração expressa de aceitação, pelo pagamento da portagem e da declaração tácita, pela penetração na auto-estrada, sempre salvo o devido respeito, são ficcionais. O contrato a favor de terceiro persegue a ideia, tida como vantajosa, da presunção de culpa contra a Brisa. Mas ela limita a protecção: havendo acidente imputável à Brisa, quem é protegido?

Aparentemente, apenas o condutor (...).

O princípio da igualdade rodoviária parece-nos, por fim, incompatível com soluções contratuais (...)

» (Menezes Cordeiro, *Igualdade Rodoviária*, *ob. cit.*)»
³⁴ «E não será também por norma recognoscível ter pretendido o Estado obter das concessionárias uma vinculação com essas características (de compromisso correspondente a um contrato genuinamente a favor de terceiro).

Não havendo indícios que deponham noutro sentido, tem de se considerar que o Estado considerou suficiente, para acautelar os interesses dos utentes, a vinculação da concessionária, perante ele mesmo, a certo número de deveres, e que confiou no seu poder fiscalizador do respectivo cumprimento.

Nada autoriza a admitir que o mesmo Estado tenha querido atribuir a esses terceiros uma posição autónoma da dele, susceptível de ser por eles pessoalmente exercidos contra a concessionária (v.g., exigindo dela uma reparação da via ou qualquer outra conduta compreendida nas obrigações assumidas perante o Estado).

Mais uma vez: torna-se necessário individualizar as declarações negociais dirigidas à produção dos efeitos que caracterizam o contrato a favor de terceiro; não é de modo algum suficiente — seria uma

Parece-nos, assim, que inexistindo acordo de vontades (no contrato de concessão), entre o Estado e a Concessionária, no sentido de atribuir aos utentes da auto-estrada um direito a exigir a prestação contratual, estamos vedados a admitir que em causa se aplique o regime do aludido contrato a favor de terceiros.

autêntica inversão — pretender que as relações entre a concessionária e os utentes deveriam ser disciplinadas pelo estatuto que derivaria da celebração de um contrato desse tipo.

Não se distinga aqui entre as auto-estradas com portagem e as chamadas concessões “Scut”, sem cobrança aos utilizadores, aceitando para estas a figura do contrato a favor de terceiro.

A ausência de pagamento por parte dos utilizadores enfraquece a respectiva posição, pela simples razão de que a gratuitidade da disponibilização de uma auto-estrada depõe precisamente no sentido — contrário — da não existência de direitos próprios, directamente exercíveis contra a concessionária. Nas concessões “Scut” é assim particularmente manifesto que os utilizadores não se apresentam senão como meros beneficiários reflexos de um contrato. Seria estranho que naqueles casos em que os utentes nada têm de pagar pela circulação na auto-estrada a sua posição fosse mais forte.» (Carneiro da Frada, ob. cit)

4.2 A teoria extracontratual

A tese extracontratual é o regime residual relativamente à contraposta categoria contratual ou obrigacional.

Na verdade, a responsabilidade extracontratual abrange todos os casos de ilícito civil que não resultem da violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico (Costa, 2001, p. 493)³⁵

Entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual existem diferenças, sendo que o regime da responsabilidade contratual se apresenta mais favorável ao lesado (Costa, 2001, p. 496).

Assim, ao contrário do regime da responsabilidade civil contratual, sempre que estejamos perante a violação de um dever geral de conduta ou norma de protecção, em regra, é ao lesado que cabe o ónus de prova de culpa do lesante, nos termos do artigo 487.º do Código Civil. Quer isto dizer, que incumbe ao lesado a prova dos pressupostos típicos previstos no artigo 483º do Código Civil: o facto, a ilicitude, a imputação do facto ao lesante, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano, de modo a poder concluir-se que este resulta daquele.

Na jurisprudência e até à entrada em vigor da Lei nº 24/2007, de 18-07, era maioritária a corrente defensora da tese extracontratual como a aplicável à relação existente entre o utente da auto-estrada e a respectiva concessionária, em casos de acidente de viação relacionados com o aparecimento inopinado de animais ou objectos na faixa de rodagem.³⁶

³⁵ Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 9ª Edição, Coimbra, Almedina, 2001, p. 493

³⁶ Ver, neste sentido, o acórdão da Relação do Porto de 28-09-2010, disponível in: www.dgsi.pt (relator João Proença), onde se analisa diversa jurisprudência.

4.2.1 A aplicação do regime geral previsto no artigo 483º do Código Civil

Os grandes defensores de que a responsabilidade civil das concessionárias das auto-estradas decorre da aplicação do regime da responsabilidade extracontratual são Menezes Cordeiro³⁷ e Carneiro da Frada³⁸

Menezes Cordeiro rejeita as teses contratuais e preconiza uma solução a que designa «solução justa», nos termos da qual entende que a concessionária deve ser responsabilizada quando se demonstre que não cumpriu os deveres que sobre ela impendiam e que daí resultaram danos para as pessoas que tais deveres visavam tutelar.³⁹

Na sua opinião, as concessionárias só deveriam ser responsabilizadas perante terceiros, se, com dolo ou mera culpa, violassem ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, nos termos do artigo 483º, nº 1, do Código Civil.

Em causa estaria a «*violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios*», sustentando que as bases dos contratos de concessão têm natureza legal, pois foram aprovadas por Decreto-Lei, e visam a tutela dos utentes, sendo, assim, «normas de protecção».

E deste modo, deverá incumbir ao lesado (o utente), a prova dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual: a violação (ilícita) de disposição destinada a proteger os interesses alheios, a culpa, o dano e nexos de causalidade entre o facto ilícito e o dano, nos termos da repartição do ónus da prova previstos nos artigos 342º, nº1, e 487º, nº1, do Código Civil.⁴⁰

³⁷ António Menezes Cordeiro, Acidente de viação em auto-estrada, *ob. cit.*; e António Menezes Cordeiro, Igualdade Rodoviária, *ob. cit.*.

³⁸ Manuel Carneiro da Frada, Sobre a responsabilidade das concessionárias por acidentes ocorridos em auto-estrada, R.O.A., 2005, Vol.II.

³⁹ «*Damos por assente que a lei não contempla qualquer hipótese de imputação objectiva.*

Tão-pouco se configura, aqui, um contrato de garantia, pelo qual a Brisa assumisse os riscos que possam tolher um automobilista (...).

Agora: se se demonstrar que, com violação da Base XXII/5,1 a), a vedação não existia e que, com probabilidade razoável (cf. artigo 563º, do Código Civil), por aí entrou um canídeo, tendo daí decorrido um acidente, sem que o condutor o pudesse evitar, já haverá responsabilidade.

O ónus da prova compete ao lesado, podendo ser enfrentado com razoabilidade (...)» (Menezes Cordeiro, Igualdade Rodoviária, *ob. cit.*, p. 51 a 53).

⁴⁰ «*O interessado terá de fazer prova:*

Do mesmo modo, para Carneiro da Frada, é manifesto que os deveres das concessionárias decorrentes dos contratos de concessão, aprovados por lei, consubstanciam normas de protecção, para efeitos da aplicação do artigo 483º, nº1, do Código Civil.⁴¹

E assim, sustenta igualmente que incumbe ao lesado (utente), por força da aplicação das regras gerais da repartição do ónus da prova, a demonstração dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual.⁴²

Quer isto dizer que se o lesado (utente) não lograr provar algum destes pressupostos, ou perante uma situação de «*non liquet*», a concessionária terá de ser absolvida do pedido.

Ora, é bom de ver que a aplicação deste regime é desfavorável aos utentes da auto-estrada, pois é reconhecidamente difícil a prova, por parte do utente, de que a concessionária não cumpriu alguns dos seus deveres (trata-se de demonstrar factos negativos).

Imagine-se o aparecimento de um javali na via de trânsito.

- que a Brisa não cumpriu algum ou alguns dos seus deveres [a própria ocorrência (*res ipsa loquitur*): por exemplo: um buraco duradouro no asfalto; noutros, será mais difícil, mas não impossível: por exemplo: buraco na vedação;

- que, em consequência provável desse incumprimento, houve danos (causalidade); e

- que, no seu, conjunto, há circunstâncias que permitam um juízo de censura (culpa).

Perante isso, além de questionar a prova feita, poderá a Brisa:

- demonstrar, da sua parte, alguma causa de justificação ou de escusa: por exemplo: uma multiplicação inesperada de acidentes que a impediram de intervir ou um caso fortuito ou de força maior;

- exhibir a culpa concorrente do lesado: por exemplo: perante um cão, guinou para cima de outro carro, quando a boa condução exigiria mesmo o atropelamento do animal, como melhor forma de controlar o veículo e não pôr pessoas em perigo;

- demonstrar concurso de causas: por exemplo, o cão surge perto de uma área de serviço frequentada por caçadores; aí, mesmo a não haver vedação, ficaria uma dúvida razoável sobre a proveniência do animal, absolvendo-se a Brisa.

Insistimos em que estes princípios são, em geral, os concretizados pelos nossos Tribunais superiores, ainda que sob linguagens diversas.» (Menezes Cordeiro, Igualdade Rodoviária, *ob. cit.*, p. 51 a 53).

⁴¹ «Com efeito, estando os deveres das concessionárias (ordinariamente) especificados por lei, não é difícil descortinar nessa consagração legal a presença de disposições de protecção, elaboradas, entre outros motivos, por razões que são do interesse dos utentes. O facto de existir um contrato de concessão que incorpora esses deveres não afasta a sua natureza (também) legal, porque proveniente de um acto normativo de natureza legislativa e por força dele (sempre) aplicável.» (Carneiro da Frada, *ob. cit.*)

⁴² «Nos termos comuns, compete ao lesado — no caso, os utilizadores da auto-estrada — fazer a prova dos pressupostos correspondentes: violação (ilícita) de uma disposição destinada a proteger interesses alheios, culpa, dano, nexo de causalidade (a quem invoca um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos respectivos: *cfr.* o art. 342.º do Código Civil). O *non liquet* acerca da verificação destes pressupostos resolve-se, portanto, como princípio, contra os utentes.» (Carneiro da Frada, *ob. cit.*)

O mesmo pode ter entrado na auto-estrada através de um buraco na vedação e ter percorrido dezenas de quilómetros ao longo da auto-estrada.

É praticamente impossível ao utente localizar esse buraco na vedação por forma a responsabilizar a concessionária.

Mas também não nos podemos esquecer que a doutrina e a jurisprudência se deve ancorar no quadro legal vigente, incumbindo ao legislador avançar para a salvaguarda do equilíbrio na relação entre o utente da auto-estrada e a concessionária.

4.2.2 A aplicação da presunção de culpa prevista no artigo 493º do Código Civil

Perante as evidentes dificuldades probatórias a cargo do utente da auto-estrada, a quem incumbe demonstrar que a concessionária não cumpriu os seus deveres, surgiu na jurisprudência e na doutrina o enquadramento desta questão na responsabilidade civil extracontratual por danos causados por coisas imóveis detidas por quem tem o dever de as vigiar (artigo 493º do Código Civil).⁴³

J. Sinde Monteiro, na anotação ao acórdão do STJ de 12-11-1996, admite a responsabilidade da concessionária como detentora de um poder de facto e o dever de vigiar a auto-estrada, não só as vias de circulação, mas todos os seus componentes (separadores, placas de sinalização, estruturas físicas para a cobrança de portagem, sistemas de escoamento e de drenagem, sinalização de emergência e vedações), aplicando-se, assim, a presunção de culpa do artigo 493º, nº1, do Código Civil.⁴⁴

43

ARTIGO 493º

(Danos causados por coisas, animais ou actividades)

1. Quem tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel, com o dever de a vigiar, e bem assim quem tiver assumido o encargo da vigilância de quaisquer animais, responde pelos danos que a coisa ou os animais causarem, salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua.

2. Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.

⁴⁴ «Mas as coisas já poderão aparecer a outra luz se considerarmos a auto-estrada como uma coisa imóvel, sobre a qual a Brisa detém um poder de facto, com o dever de a vigiar. Neste plano, não nos parece suficientemente esclarecedor olhar apenas para a estrutura física da auto-estrada, descarnada de todo o

Nesta perspectiva, incumbe à concessionária a prova de que o evento danoso não se deveu a culpa sua. E se as vedações da auto-estrada não impediram a entrada de animais, então tem pleno cabimento a responsabilidade por culpa presumida.

Por seu turno, António Menezes Cordeiro entende, para esta discussão, que a auto-estrada como coisa imóvel apenas tem relevância para os danos causados pelo risco inerente à coisa, nomeadamente para a queda de uma ponte ou desabamento de um piso, restringindo assim o disposto no artigo 493º do Código Civil a estas hipóteses⁴⁵. Já quanto ao aparecimento de animais, objectos, água ou gelo na faixa de rodagem, tal não é enquadrável nos «danos causados pela auto-estrada», mas noutras realidades.

Do mesmo modo, Manuel Carneiro da Frada, reconhecendo vantagem para o utente da auto-estrada a aplicação deste regime, manifesta reservas à sua aplicação automática⁴⁶. Entende que a inversão do ónus da prova apenas se justifica nos casos em que os prejuízos decorrentes do acidente, de acordo com as regras da experiência comum, poderiam plausivelmente ser evitados pelo cumprimento dos deveres de vigilância.

E assim propõe que a força da presunção dependa do grau de eficácia do dever de vigilância, bastando à concessionária, para ilidir a presunção, criar no Tribunal a convicção razoável da presença de outra causa do acidente (além da violação de um dever de vigilância), ou demonstrar que foi diligente e cumpriu os seus deveres.⁴⁷

contexto envolvente. Uma via de circulação rápida deste tipo não é constituída apenas pelas pistas de asfalto. São necessários separadores diversos, placas de sinalização, estruturas físicas para cobrança de portagens, sinalização de emergência, vedações. E decerto que a concessionária é a detentora destas coisas, respondendo por culpa presumida quando o seu incorrecto funcionamento estiver na origem de um acidente» (Sinde Monteiro, 131º, ob. cit., p. 50).

⁴⁵ Menezes Cordeiro, Igualdade Rodoviária, ob. cit., p.48

⁴⁶ «Por outro lado, não se afigura curial extrair, de modo automático, da circunstância de sobre a entidade concessionária de uma auto-estrada impenderem certos deveres de vigilância conexos com a actividade de exploração dessas vias, a conclusão de que os perigos que tais deveres visam prevenir se incluem no perímetro de aplicação do art. 493.º n.º 1. Com efeito, esses deveres podem não se orientar a prevenir os danos susceptíveis de serem causados pela coisa per se, mas antes prejuízos que, ligados embora à utilização da coisa, transcendem os riscos específicos que fluem dessa coisa em si mesma considerada. Por outras palavras, a delimitação do âmbito do art. 493.º n.º 1 não se faz pelo âmbito de (quaisquer) deveres de vigilância, mas também através do âmbito do que devem considerar-se serem os danos causáveis pela coisa.» (Carneiro da Frada, ob. cit.)

⁴⁷ «Repita-se: supomos que a força da presunção depende da eficácia do dever de vigilância. Pelo que bastará, para ilidir a presunção, a convicção razoável acerca da presença de outra causa do acidente além da violação de um dever de vigilância. Aproveitando uma fórmula que é usada, em lugar paralelo, pelo Código Civil alemão, a obrigação de indemnizar exclui-se quando se demonstra que o sujeito desenvolveu a diligência exigível (segundo as concepções do tráfico jurídico) para prevenir o dano(12). Será portanto suficiente a persuasão de que, com probabilidade, a concessionária, obrigada à vigilância de uma auto-

4.3 A «terceira via»: Contrato de Eficácia de Protecção para Terceiros

A existência de auto-estradas concessionadas sem portagem, dificulta a aplicação do regime do contrato a favor de terceiro.

Deste modo, J. Sinde Monteiro, na anotação ao acórdão do STJ de 12-11-1996, perante a existência de «portagens SCUT»,⁴⁸ sugere a aplicação da figura do «contrato com eficácia de protecção para terceiros», em detrimento do contrato a favor de terceiro.

O que estaria em causa não é já o eventual contrato celebrado entre o utente da auto-estrada e a concessionária, mas antes o próprio contrato de concessão, no qual as partes são o Estado e a concessionária⁴⁹.

Tal figura do «contrato com eficácia de protecção para terceiros» é uma figura importada do ordenamento jurídico alemão, concebida para colmatar lacunas do regime de responsabilidade extracontratual⁵⁰.

É referida como «terceira via» da responsabilidade civil, porque não se situa no campo da responsabilidade extracontratual, pois tem por fundamento um contrato, mas também não se situa no campo da responsabilidade contratual, uma vez que aqui não está em causa o incumprimento das obrigações das partes.⁵¹

estrada, foi diligente e cumpriu os seus deveres. E essa convicção — do tribunal, que tem de decidir — não depende da demonstração positiva (por aquele que suporta o ónus da desculpação) de uma concreta causa do dano alheia à sua responsabilidade. Basta um juízo de verosimilhança nos termos gerais.» (Carneiro da Frada, ob. cit.)

⁴⁸ «a importância que a Concessionária tem a receber do Estado em função dos valores de tráfego registados». (Sinde Monteiro, 133º, ob. cit., p. 60)

⁴⁹ «Diferentemente do que acontece no (autêntico) contrato a favor de terceiro (artigo 443º), o aqui terceiro não adquire qualquer direito à prestação. Ele é apenas incluído no âmbito de protecção do contrato, com o sentido de que o devedor nesse outro negócio, além dos deveres de prestação em relação à contraparte, assume ou é colocado na posição de ter de adoptar “deveres de cuidado” em relação a uma pessoa estranha ao negócio» (Sinde Monteiro, 132º, ob. cit., p. 61)

⁵⁰ Designam assim alguns autores os «contratos» em que certos terceiros têm uma posição juridicamente protegida. Os terceiros não adquirem direitos subjectivos em consequência do contrato, mas obtêm uma posição jurídica de tutela de certos interesses. E a violação de tal posição constitui-os num direito subjectivo, o direito a indemnização. A título de exemplo, cita-se o contrato de arrendamento, em que os deveres do senhorio em conservar os acessos em condições de não causar dano à pessoa do arrendatário, estende-se aos parentes que com ele vivam (terceiros com posição juridicamente protegida).

⁵¹ «O contrato com eficácia de protecção para terceiros apresenta-se como manifestação do espaço dogmático-normativo a que chamámos já a terceira via da responsabilidade civil. Na verdade, a responsabilidade perante terceiros protegidos não é obrigacional, porque não está em causa sancionar o não cumprimento de deveres de prestar, apenas estabelecidos entre as partes no contrato. Mas não será

Esta figura permite estender aos utentes das auto-estradas o regime do contrato de concessão, facilitando a obtenção da indemnização pelo não acatamento de deveres acessórios que tivessem por finalidade a protecção dos utentes.

J. Sinde Monteiro lançando mão desta figura, sugere que do próprio contrato de concessão celebrado entre o Estado e as concessionárias, resultam direitos e deveres de protecção em relação aos utilizadores da auto-estrada, os quais, embora não sejam titulares do direito a uma prestação, podem exigir das concessionárias uma indemnização, caso estas desrespeitem as suas obrigações.

Sustenta que estes deveres de protecção foram negociados e previstos aquando da celebração do contrato entre o Estado e as concessionárias, encontrando tal fundamento no próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 294/97, onde se refere que algumas das bases do contrato de concessão têm «eficácia externa relativamente às partes do contrato». Entre outras, refere a Base XXXVI, cujo n.º 2 determina que «a concessionária será obrigada, salvo caso de força maior devidamente verificado, assegurar permanentemente, em boas condições de segurança e comodidade, a circulação nas auto-estradas, quer tenha sido por si construídas, quer lhe tenham sido entregues para a conservação e exploração, sujeitas ou não ao regime de portagens» (Monteiro, 1999, p. 63)⁵².

Sucedo que apesar de se constatar a assumpção de diversas obrigações das concessionárias perante o Estado e que tais obrigações correspondem a assumpção de responsabilidades perante os utentes, visando a sua protecção e segurança, não se trata de

também aquiliana, uma vez que se funda no contrato enquanto acto tendente a proteger (também) interesses de terceiros. O regime da responsabilidade apresenta portanto um carácter que se pode figurativamente caracterizar como “híbrido”, ou, melhor, “intercalar”». (Carneiro da Frada, ob. cit.)

⁵² Encontram-se disposições semelhantes noutras base de concessão. A título de exemplo: DL n.º 44-D/2010, de 5-05, Base XLV, n.º1: «Manutenção da Auto-estrada: A Concessionária deve manter a Auto-estrada, e os demais bens que integram ou estejam afectos à Concessão, em funcionamento ininterrupto e permanente, em bom estado de conservação e em perfeitas condições de utilização e segurança, nos termos e condições estabelecidos nas disposições legais e regulamentares aplicáveis e no Contrato de Concessão, realizando, oportunamente, as reparações, as renovações e as adaptações que para o efeito se tornem necessárias e todos os trabalhos e alterações necessários para que os mesmos satisfaçam cabal e permanentemente os fins a que se destinam»; Base LIII n.º 3: «Manutenção e disciplina do tráfego: A Concessionária obriga-se a assegurar permanentemente, em boas condições de segurança e de comodidade para os utentes, a circulação ininterrupta na Auto-estrada, salvo a ocorrência de caso de força maior, devidamente comprovado, que a impeça de cumprir tal obrigação, e sem prejuízo do disposto na Lei n.º 24/2007, de 18 de Jul., e respectiva regulamentação»; Base LIV n.º1 «Assistência aos utentes: A Concessionária é obrigada a assegurar assistência aos utentes da Auto-estrada, nela se incluindo a vigilância das condições de circulação, nomeadamente no que respeita à sua fiscalização e à prevenção de acidentes».

lhes conferir o direito a exigir judicialmente o cumprimento da prestação principal ou de deveres acessórios, mas apenas a possibilidade de pedir uma indemnização em caso de acidente⁵³.

Mas o que se pretende com a aplicação do regime desta figura do «quase-contrato» é permitir aos beneficiários usufruírem do regime jurídico contratual, nomeadamente o relativo ao ónus da prova da culpa⁵⁴.

No entanto, a aplicação do regime da responsabilidade contratual e da presunção de culpa do artigo 799.º do Código Civil, não dispensa o lesado de alegar e provar o facto constitutivo do direito à indemnização, isto é, os danos por si sofridos, onexo causal existente entre o facto invocado e os danos e, segundo alguma doutrina, que a concessionária não empregou os meios devidos ou que não observou a diligência prometida.^{55 56}

⁵³ Neste sentido, também Armando Triunfante, *ob. cit.*, p. 90 e 91.

⁵⁴ «o que se pretende com recurso a esta moderna figura de “quase-contrato” é conseguir tutela jurídica para interesses (puramente patrimoniais) que, em princípio não são delitualmente protegidos. (...) a razão de ser do instituto consiste justamente em permitir aos beneficiários usufruírem de certas vantagens do regime jurídico contratual, das quais, no direito português, a mais importante concerne ao ónus da prova da culpa» (Sinde Monteiro, 132º, *ob. cit.*, p. 64)

⁵⁵ «Um primeiro equívoco contra o qual importa alertar é o de que a responsabilidade por violação de deveres (contratuais) de protecção permitiria ao lesado num acidente de viação ocorrido em auto-estrada devolver (sem mais) à concessionária, por aplicação do art. 799.º n.º 1 do Código Civil, a demonstração de que o acidente não lhe foi imputável, cabendo a esta, sem restrições de espécie alguma, o ónus da prova desse facto.

Na responsabilidade obrigacional, verificada a falta de cumprimento, presume-se que esse inadimplemento é imputável ao devedor.

Tal presunção é susceptível de abranger, não só a culpa como também a ilicitude de conduta do devedor; que, portanto, na base da falta de cumprimento existe uma conduta ilícita do devedor, e que essa conduta é também culposa.

Com semelhante amplitude, este regime explica-se antes de mais como pivot do equilíbrio traçado pelo legislador entre a prestação como resultado devido e a necessidade de ilicitude e culpa na responsabilidade obrigacional. Uma presunção deste tipo — abrangente da ilicitude e da culpa — compreende-se quando pela prestação o devedor atribuiu ao credor um resultado.

A ausência desse resultado prometido pelo devedor indicará então a responsabilidade do devedor, havendo este portanto de esclarecer que a sua não produção se deveu a motivos que lhe não são imputáveis e correndo plenamente o risco de o não poder pagar.

Por isso, este regime já não se pode aplicar mecanicamente quando a obrigação é de meios ou de diligência, isto é, o devedor se comprometeu, não a um resultado, mas apenas a empregar determinados meios ou a adoptar a diligência conveniente para satisfazer um interesse do credor.

Nas obrigações de meios é deste modo ao credor que compete fazer a prova da falta de emprego dos meios devidos ou de que o devedor não adoptou a diligência devida. A presunção de culpa tende então a confinar-se à mera censurabilidade subjectiva do devedor.

*Por outras palavras, a violação da obrigação carece de ser positivamente demonstrada pelo credor lesado, uma exigência que se traduz normalmente, em termos práticos, na demonstração da ilicitude da conduta do devedor» (Carneiro da Frada, *ob. cit.*).*

⁵⁶ No mesmo sentido Menezes Cordeiro: «Nenhuma norma, legal ou contratual, obriga as concessionárias, como resultado, a garantirem a ausência de cães na auto-estrada. Qualquer hipotética

Neste aspecto, sustenta Manuel Carneiro da Frada que estes deveres de protecção das concessionárias têm a natureza de obrigações de meios ou de diligência. Quer isto dizer que as concessionárias (devedor) se comprometem a empregar determinados meios ou a adoptar diligências adequadas à satisfação do utente (credor), pelo que incumbe ao credor (utente) o ónus da alegação e prova da falta de emprego dos meios devidos ou de que a concessionária não adoptou a diligência devida.

Portanto, a presunção de culpa diz respeito à censurabilidade subjectiva da concessionária (devedor), mas não sendo de presumir a ilicitude da sua conduta.

E assim, a concessionária afastará a sua responsabilidade demonstrando que agiu com a diligência adequada, não lhe sendo exigível que demonstrasse concretamente todo o processo causal do acidente.

De todo o modo, entende-se que o recurso a esta figura só é de admitir quando sirva para corrigir insuficiências da responsabilidade extracontratual.⁵⁷

obrigação (específica) teria, aqui, de se assumir como obrigação de meios: à concessionária compete fazer um esforço razoável para assegurar a adequação das auto-estradas.

Competiria, pois, ao interessado começar por provar a ausência do cumprimento. Feita essa prova – e só então – operaria a presunção de “culpa” do artigo 799.º/1. Por exemplo: a prova da ausência da vedação legal permitiria – por hipótese e sendo possível um juízo de adequação – imputar um incumprimento à concessionária, do qual, depois, se inferiria a invasão da via por canídeos, imputável à devedora remissa. Inferir-se-ia, então, a culpa.» (Menezes Cordeiro, Acidentes de Viação em auto-estrada, ob. cit.)

⁵⁷ *«É altura de concluir esta rápida digressão pelos meandros do contrato com eficácia de protecção para terceiros. Os resultados a que chegámos não diferem significativamente daqueles que a via delitual permite. O que é natural: o conteúdo da tutela pauta-se em ambos os casos essencialmente, como já dissemos, pelo conteúdo das disposições (de protecção de interesses alheios) constantes do diploma que regula a concessão. O contrato com eficácia de protecção para terceiros pode, portanto, ser útil noutros domínios da vida social disciplinada pelo Direito. No presente, depois de esconjurados os perigos de uma utilização sem critério, pouco traz de relevante.» (Carneiro da Frada, ob. cit.)*

5. A Lei nº 24/2007, de 18-07 – Âmbito de aplicação e normas essenciais.

O artigo 1º da Lei nº 24/2007, explicita que o objecto da lei é definir direitos dos utentes nas vias rodoviárias classificadas como auto-estradas concessionadas estabelecendo ainda as condições de segurança, informação e comodidade exigíveis, sem prejuízo de regimes mais favoráveis aos utentes estabelecidos ou a estabelecer.

O artigo 2º, reportando-se ao âmbito de aplicação, determina que a lei se aplica às auto-estradas concessionadas, itinerários principais e itinerários complementares, nos termos do Plano Rodoviário Nacional (PRN)⁵⁸ vigente, dotados de perfil transversal com faixas separadas e, no mínimo, com duas vias em cada sentido (nº1), sendo ainda tal regime aplicável, com as devidas adaptações, às auto-estradas concessionadas com portagem, sem custos directos para o utilizador (nº 2).

Os artigos 4º a 8º regulamentam a realização de obras em auto-estrada, obrigando à apresentação de projectos, à calendarização das obras, à extensão das mesmas, às condições mínimas de circulação e à informação dos utentes.⁵⁹

⁵⁸ O PRN em vigor tinha sido aprovado pelo Decreto-Lei n.º222/98, de 17 de Julho, alterado pela Lei n.º98/99, de 16 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º182/2003, de 16 de Agosto.

⁵⁹ Artigo 4.º

Condições de execução das obras

1 — Quaisquer obras que exijam uma intervenção por um período de tempo superior a setenta e duas horas são precedidas de um projecto a apresentar pela concessionária, em estrito cumprimento dos regulamentos e planos de actuação aprovados pelo Governo.

2 — A aprovação do projecto de obra referido no número anterior é da responsabilidade do concedente.

3 — Cabe à concessionária o cumprimento integral das medidas previstas no projecto de execução da obra.

4 — Quando haja discrepância entre as medidas previstas no projecto e os resultados verificados na obra, a concessionária antecipa, perante o concedente, as necessárias justificações e as medidas correctivas a implementar.

5 — As medidas correctivas referidas no número anterior carecem de aprovação do concedente.

6 — O regime previsto no presente artigo aplica -se às vias rodoviárias abrangidas pela presente lei, que sejam da responsabilidade do Estado.

Artigo 5.º

Condições especiais

1 — A obra com duração inferior a setenta e duas horas, que implique constrangimentos na mesma faixa ou a ocupação da mesma via pelos dois sentidos de trânsito, não é abrangida pelas condições mínimas de circulação nos troços em obras, desde que o concessionário demonstre, perante o concedente, a emergência ou urgência para a sua realização.

2 — A ocupação da mesma via pelos dois sentidos de trânsito não pode efectuar -se por períodos superiores a quarenta e oito horas e em distâncias superiores a três quilómetros e meio, dentro do mesmo sublanço, sendo obrigatório a colocação de um separador entre as vias.

3 — O disposto nos números anteriores não pode repetir-se nos 90 dias subsequentes.

4 — A obra prevista no n.º 1 obedece às restantes condições de sinalização, apoio e informação ao utente.

Artigo 6.º

Vigilância e fiscalização das obras

1 — A concessionária deve criar ou reforçar os sistemas de vigilância e fiscalização dos troços em obras de modo a garantir a boa conservação de toda a sinalização e dos equipamentos de segurança, a actualização da informação destinada ao utente, bem como a correcta e atempada rectificação das incorrecções ou deficiências da sinalização ou dos equipamentos de segurança.

2 — A concessionária indica à concedente, no projecto de obra, qual o técnico responsável pela sinalização e segurança do troço em obras.

3 — Sem prejuízo do disposto no número anterior, a concessionária supre de imediato as deficiências relativas à sinalização e segurança de circulação consideradas necessárias pelo concedente ou pelas autoridades policiais competentes.

Artigo 7.º

Informação aos utentes

1 — A execução de obras que introduza constrangimentos duradouros ou significativos é previamente publicitada em meios de comunicação social, de âmbitos nacional e local, designadamente a duração prevista, os tipos de condicionamentos dela decorrentes e os itinerários alternativos.

2 — A execução de obras é igualmente publicitada na via onde se efectua, nomeadamente nos lanços e ramais de acesso aos nós que antecedem o troço em obras, possibilitando ao utente opções alternativas de percurso.

3 — É também publicitada a ocorrência de incidentes que impliquem congestionamentos no troço em obras, através de meios adequados, designadamente nos acessos, lanços e áreas de serviço que antecedam o respectivo troço.

4 — Os meios de informação previstos no presente artigo, bem como o conteúdo da informação a prestar, devem garantir o conhecimento prévio dos utentes, designadamente quanto às formas de contacto com a concessionária, às condições de circulação no troço em obras e à opção por alternativas de percurso.

Artigo 8.º

Condições mínimas de circulação nos troços em obras

1 — Durante a execução de obras, as condições mínimas de circulação são as seguintes:

a) Em cada lanço, existência de um único troço em obras em cada sentido, não podendo exceder os 10 km;

b) Existência de duas faixas de rodagem em cada sentido;

c) A largura da via do troço em obras não pode ser inferior a dois terços da largura da via inicial, incluindo a faixa de segurança;

d) O limite máximo da velocidade no troço em obras não pode ser inferior a dois terços do fixado para o troço em funcionamento normal;

e) Existência de abrigos de segurança em cada 2 km.

2 — Exceptuam -se do disposto nas alíneas b) e c) todos os trabalhos inerentes a demolição, construção ou manutenção de obras de arte e pavimentação, no período compreendido entre as 21 e as 7 horas, admitindo-se nestes casos uma via de circulação em cada sentido com o mínimo de um terço da largura da via respectiva inicial.

3 — Para efeitos do disposto no número anterior, o limite máximo de velocidade no troço em obras não pode ser inferior a um terço do estabelecido em circunstâncias normais.

4 — Para efeitos do disposto nos n.os 2 e 3, a extensão dos constrangimentos ao longo do troço em obras não pode exceder 3,5 km.

5 — Nas obras com constrangimentos laterais superiores a 2 km, as concessionárias devem prever procedimentos de intervenção rápida que permitam reduzir ao mínimo os períodos de obstrução das vias e garantir a segurança e comodidade de circulação dos utentes.

Os artigos 9º e 10º adoptam um sistema que pode determinar a suspensão do pagamento das portagens, obrigando a concessionária a restituir tais montantes.⁶⁰

O artigo 11º determina que os incumprimentos da concessionária não constituem causa justificativa de revisão contratual para efeitos de equilíbrio financeiro.^{61 62}

⁶⁰ Artigo 9.º

Incumprimento

1 — O incumprimento do projecto de obra ou de qualquer uma das condições mínimas de circulação, segurança, sinalização e informação nos troços em obras, previstas nos artigos anteriores, obriga à restituição ao utente da taxa de portagem paga referente ao troço ou sublanço em obras.

2 — A declaração de incumprimento é da competência do concedente, bem como o seu termo.

3 — Em caso de incumprimento, é da responsabilidade do concedente garantir o estabelecido no n.º 1, utilizando para o efeito o valor da multa contratual aplicável.

Artigo 10.º

Incumprimento nos contratos de concessão a celebrar

1 — O incumprimento do projecto de obra ou de qualquer uma das condições mínimas de circulação, segurança, sinalização e informação, no troço em obras, previstas nos artigos anteriores obriga à restituição ou não cobrança, ao utente, da taxa de portagem referente ao troço ou sublanço em obras.

2 — A declaração de incumprimento é da competência do concedente, bem como o seu termo.

3 — Em caso de incumprimento:

a) É da responsabilidade do concessionário garantir o disposto no n.º 1;

b) A operação de restituição ou não cobrança da taxa de portagem é, respectivamente, automática ou por dedução imediata.

4 — O disposto nos números anteriores deve ser consagrado nos contratos de concessão a celebrar, incluindo os de renovação.

⁶¹ Artigo 11.º

Equilíbrio financeiro

Os incumprimentos previstos nos artigos anteriores não são causa justificativa de revisão contratual para efeitos de equilíbrio financeiro.

⁶² O instituto da reposição do equilíbrio financeiro teve a sua origem, em França, no caso da Compagnie Générale Française de Tramways (1910) quando a Câmara de Bouches-du-Rhône determinou o aumento do número de viagens daqueles comboios, aumentando assim os custos operacionais da concessionária.

E por isso, desde o início do século XX que se estabeleceu uma obrigação indemnizatória, sempre que, por modificação do contrato decorrente de actuação unilateral da Administração, houvesse prejuízo para o co-contratante.

Foi assim, pois, que na doutrina francesa surgiu a chamada teoria do equilíbrio financeiro do contrato administrativo.

A tal propósito refere Marcel Waline (in: Droit Administratif, Recueil Sirey, 1994, pg. 618) que «*o equilíbrio económico-financeiro do contrato (ou equação financeira do contrato) é uma relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da celebração do contrato, entre um conjunto de direitos do contratante e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, dando-lhe o nome de “equação”, pelo que esta equivalência não mais pode ser alterada*» (tradução nossa).

Esta figura encontra-se actualmente prevista no Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo DL 18/2008, de 29 de Agosto.

Surge como uma figura aplicável às relações contratuais jurídico administrativas (artigo 280º, nº1, do CCP) e encontra-se prevista no artigo 282º do CCP.

E quanto à responsabilidade por acidentes, o artigo 12º estabelece a cargo da concessionária o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança, no caso de objectos arremessados para a via ou existentes nas faixas de rodagem, de atravessamento de animais e de líquidos na via, quando não resultantes de condições climatéricas anormais.⁶³

Tal figura, visa restaurar a equação económico-financeira inicial, afectada pela modificação objectiva do contrato, nos termos previstos no artigo 314º do CCP.

63

Artigo 12.º

Responsabilidade

1 — Nas auto-estradas, com ou sem obras em curso, e em caso de acidente rodoviário, com consequências danosas para pessoas ou bens, o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança cabe à concessionária, desde que a respectiva causa diga respeito a:

- a) Objectos arremessados para a via ou existentes nas faixas de rodagem;
- b) Atravessamento de animais;
- c) Líquidos na via, quando não resultantes de condições climatéricas anormais.

2 — Para efeitos do disposto no número anterior, a confirmação das causas do acidente é obrigatoriamente verificada no local por autoridade policial competente, sem prejuízo do rápido restabelecimento das condições de circulação em segurança.

3 — São excluídos do número anterior os casos de força maior, que directamente afectem as actividades da concessão e não imputáveis ao concessionário, resultantes de:

- a) Condições climatéricas manifestamente excepcionais, designadamente graves inundações, ciclones ou sismos;
- b) Cataclismo, epidemia, radiações atómicas, fogo ou raio;
- c) Tumulto, subversão, actos de terrorismo, rebelião ou guerra.

5.1 O regime do artigo 12º da Lei nº 24/2007

O artigo 12º, como foi dito, determina que é à concessionária que incumbe o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança, por forma a ilidir a presunção legal contra si estabelecida.

Sobre a natureza desta presunção, de culpa ou de presunção de incumprimento, entende António Menezes Cordeiro que tal presunção configura uma responsabilidade objectiva ou sem culpa⁶⁴.

Já Rui Ataíde⁶⁵ entende tratar-se uma presunção indirecta de ilicitude, explicando que a opção legislativa reflecte a doutrina de Larenz e Canaris que reconduz ao plano da ilicitude as “«tradicionalis» presunções de culpa”.

Defende tal opção legislativa e que a mesma se coaduna com a responsabilidade indiciária da concessionária, no que respeita aos acidentes provocados por factores de risco que lhe compete dominar.

Sustenta que a referida Lei n.º 24/2007 não contém um regime de responsabilidade civil objectiva e satisfaz os corolários do princípio da culpa, podendo a concessionária fazer prova da ausência de culpa e ilidir a presunção.

Nestes termos e além dos casos de «força maior», bastará a concessionária demonstrar que as medidas de prevenção que adoptou eram idóneas perante os deveres impostos pelo critério do *bonus pater familias*, afastando a tese de que não só teria de provar o cumprimento das suas obrigações, mas também um caso de força maior.

Por sua vez, no acórdão no Tribunal Constitucional n.º 597/2009, de 18 de Novembro⁶⁶, sustenta-se que o artigo 12º, nº1, consubstancia uma presunção de culpa

⁶⁴ «A presunção de incumprimento ora introduzida é desarmónica com toda a lógica de responsabilidade civil (...). Além disso, ela estabelece um esquema que, na prática, não funciona, uma vez que não se vê como afastar, em situações deste tipo, uma presunção de incumprimento (...) Apontando, de facto, para uma responsabilidade objectiva ou sem culpa(...)» (António Menezes Cordeiro, A lei dos direitos dos utentes das auto-estradas e a constituição, R.O.A., 2007, Vol II)

⁶⁵ «Acidentes em Auto-Estradas: Natureza e Regime Jurídico da Responsabilidade das Concessionárias», in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, p. 196.

baseada na verificação da ocorrência de alguma das situações previstas nas suas alíneas, e subsequente atribuição do ónus da prova do contrário à concessionária, “*a quem está atribuído o dever de velar pelas condições de segurança daquela via*”.

Neste acórdão é também afastada a ideia de que o art.º 12.º do diploma consagra um regime de responsabilidade objectiva, insistindo que não se prescinde do requisito da culpa para apurar a responsabilidade da concessionária, existindo apenas uma facilitação da prova da existência de culpa por parte da mesma. Afirma ainda o Tribunal Constitucional que a *ratio* do diploma seria não só fazer recair o ónus da prova sobre aquele que está em melhores condições para fornecer os elementos de prova relativos às circunstâncias em que ocorreu o acidente, mas também funcionar como um incentivo ao reforço, por parte das concessionárias, das medidas destinadas a evitar a ocorrência daquele tipo de acidentes.

Quanto a nós, parece-nos que o que determina o artigo 12º, ao dispor que «*o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança cabe à concessionária*», não é substancialmente diferente do que dispõe o artigo 799º do Código Civil, quando determina que «*incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento da obrigação não procede de culpa sua*».

Efectivamente, quer-nos parecer que a presunção de culpa ali contida no art.º 12.º é, simultaneamente, uma presunção de ilicitude (à semelhança, portanto, da presunção legal estabelecida no art.º 799.º do C. Civil).

Dito de outro modo, basta ao lesado (utente), para responsabilizar a concessionária, demonstrar a ocorrência do acidente, com origem numa das situações elencadas⁶⁷, a produção do dano e o nexo de causalidade entre a causa invocada e o dano.

Por sua vez, a concessionária para se eximir à sua responsabilidade, terá de provar que cumpriu as suas obrigações com o zelo devido, ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua, ou demonstrar a existência de caso de força maior ou outra causa de escusa.

⁶⁶ Proc. n.º 981/08, relatado pelo Conselheiro Dr. João Cura Mariano (in: www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos).

⁶⁷ Previstas nas alíneas a), b) e c), do nº1, do referido artigo 12º (objectos arremessados para a via ou existentes nas faixas de rodagem, de atravessamento de animais e de líquidos na via, quando não resultantes de condições climáticas anormais).

5.1.1 As alíneas a), b) e c) do nº1 do artigo 12º - objectos arremessados ou existentes na via, atravessamento de animais e líquidos na via.

O artigo 12º, nº1, prevê as situações cobertas pelo regime aí previsto.

Na alínea a), prevê-se que a causa do acidente rodoviário respeite a objectos arremessados para a via ou existente nas faixas de rodagem.

Na alínea b), prevê-se que a causa do acidente respeite ao atravessamento de animais.

E na alínea c), prevê-se que a causa do acidente diga respeito a líquidos na via, quando não resultantes de condições climatéricas anormais.

Relativamente à alínea a), a jurisprudência tem entendido que para afastar a presunção, a concessionária deve demonstrar que a existência e interferência do objecto na faixa de rodagem, com colisão no veículo, *“não lhe é, de todo, imputável, sendo atribuível a outrem ou a caso de força maior, tendo de estabelecer positivamente qual o evento concreto, alheio ao mundo da sua imputabilidade moral que não lhe deixou realizar o cumprimento”*.

Deve ser a concessionária a provar a proveniência do objecto existente na via, uma vez que só ela dispõe dos meios técnicos que possibilitam responder a tal situação, através de adequada monitorização, *“por ser a concessionária da via, com as inerentes obrigações, designadamente, as de permanentemente garantir uma via desobstruída e em adequadas condições, de molde a permitir a circulação rápida (dada a natureza da via) dos veículos em total segurança e comodidade, a qualquer hora do dia e/ou da noite”*⁶⁸

O mesmo se passa com o arremesso de pedras, entendendo-se que a concessionária não se pode limitar a remeter a responsabilidade para quem atirou tais pedras, por ser alheia a esse acto, pois no caso de serem desconhecidas as circunstâncias concretas em que a situação ocorreu, deverá a concessionária provar que a sua actuação preventiva e as medidas de segurança tomadas eram adequadas a impedir essas ocorrências.⁶⁹

Quanto à alínea b), que faz aplicar a presunção legal aos acidentes derivados do atravessamento de animais, são vastíssimos os casos relatados na jurisprudência. Desde cães, raposas, texugos, javalis, porcos e até aves (patos) têm estado na origem de acidentes

⁶⁸ Neste sentido: Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 5-05-2009 e de 18-12-2012, disponíveis in: www.dgsi.pt.

⁶⁹ Neste sentido: Acórdãos do STJ de 2-11-2010, disponível in: www.dgsi.pt.

rodoviários ocorridos em auto-estrada, suscitando dúvidas sobre a extensão dos deveres das concessionárias em assegurar as condições de segurança na circulação, no que respeita a impedir a entrada de animais nas vias de trânsito.

A jurisprudência tem entendido que a culpa presumida que recai sobre a concessionária não se limita apenas ao atravessamento de animais na faixa de rodagem, mas também ao facto de aí permanecerem, continuarem ou transitarem, desde que tal, em si mesmo, constitua uma forte de perigo para a circulação⁷⁰.

Portanto, o dever da concessionária de assegurar a circulação em «boas condições de segurança e comodidade», aliado ao dever de colocar vedações em toda a extensão da auto-estrada e assegurar a sua manutenção, legitima que perante a presença de um animal da via se possa presumir o incumprimento desses deveres por parte da concessionária.

E é pacífica a jurisprudência de que não basta a prova genérica do cumprimento dos deveres de segurança para afastar a aludida presunção do artigo 12º.

Com efeito, a jurisprudência tem entendido que a responsabilidade da concessionária só é de afastar quando se demonstre que a presença do animal não lhe é imputável, sendo atribuível a outrem, ainda que em termos de probabilidade. Isto é, só é de afastar a responsabilidade da concessionária quando se determina que o evento que ocasionou a falha de segurança objectiva é alheio à esfera da actuação da concessionária, ainda que em termos de probabilidade.⁷¹

O Tribunal Constitucional já foi chamado a pronunciar-se várias vezes sobre a constitucionalidade de tal norma da alínea b), do n.º1, do art.º 12.º da Lei n.º 24/2007, de 18 de Julho, defendendo a não inconstitucionalidade da norma na acepção segundo a qual *«em caso de acidente rodoviário em auto-estradas, em razão do atravessamento de animais, o ónus de prova do cumprimento das obrigações de segurança pertence à concessionária e esta só afastará essa presunção se demonstrar que a intromissão do*

⁷⁰ Neste sentido: Acórdãos do STJ de 14-03-2013, disponível in: www.dgsi.pt, onde se refere que apesar da alínea b) apenas se referir expressamente a casos de «atravessamento de animais» esta «*não determina a exclusão de situações em que animais que, como o pato em causa, se encontrem na faixa de rodagem. Para além de esta situação estática não excluir a anterior dinâmica de entrada, atravessamento ou circulação, o importante para uma interpretação racional é que se considere preenchida uma situação de perigo que a concessionária deva prevenir ou remediar*»

⁷¹ Neste sentido, entre outros: Acórdãos do STJ de 14-03-2013 e 9-09-2008, Ac. TR de Guimarães de 13-09-2012, disponíveis in: www.dgsi.pt.

*animal na via não lhe é, de todo, imputável, sendo atribuível a outrem, tendo de estabelecer positivamente qual o evento concreto, alheio ao mundo da sua imputabilidade moral que não lhe deixou realizar o cumprimento».*⁷²

No tocante à alínea c) que faz aplicar a presunção legal aos acidentes ligados à existência de líquidos na via (lençóis de água, gelo, gordura, óleo, combustível), o legislador optou, desde logo, por afastar os casos que resultem de condições climatéricas anormais.

Sucedem que nestes casos de existência de líquidos na via, torna-se difícil para o utente (lesado) provar o nexo causal entre essa circunstância e o dano, além de que perante determinadas condições meteorológicas propícias à existência de lençóis de água ou à existência de neve ou gelo, também se exige um especial cuidado aos condutores, pelo que, raramente se verifica nos nossos tribunais a responsabilização das concessionárias por danos cuja causa do respectivo acidente rodoviário seja a existência de líquidos na via.⁷³

As obrigações das concessionárias continuam aqui a ser as mesmas das alíneas anteriores, isto é, devem assegurar a circulação na auto-estrada em condições de segurança e comodidade.

Portanto, a responsabilidade da concessionária ocorre quando a presença do líquido na via resulta de deficiência no pavimento ou no sistema de drenagem, de falta de manutenção do sistema de escoamento, de falta de sinalização, iluminação ou, até, de defeitos de concepção.⁷⁴

A ressalva das «condições climatéricas anormais» compreende-se, como é bom de ver, pois não está no domínio da concessionária essas condições climatéricas, não podendo

⁷² Cfr., entre outros, Acórdãos n.º 375/2010, relatado pela Cons. Drª Maria Lúcia Amaral, e n.º 98/2010, relatado pelo Cons. Dr. Joaquim de Sousa Ribeiro, disponíveis in: www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos.

⁷³ Neste sentido o acórdão do STJ de 1-10-2009, disponível in: www.dgsi.pt, onde se refere que «O ónus da prova da formação de um lençol de água, em condições de provocar a entrada em hidropneumática do veículo sinistrado e o consequente despiste para fora da via – matéria cuja objectiva demonstração era, no caso concreto, necessária para que pudesse presumir-se quer a violação, pela BRISA, do dever de assegurar a circulação em condições de segurança, quer a culpa na violação desse dever – impendia sobre os lesados, os autores.

Não provada, por estes, a anomalia, nem, conseqüentemente, o nexo de causalidade entre esta e o dano, não chega a colocar-se a questão da ilicitude da conduta da ré nem a sua culpa na produção dos danos verificados.»

⁷⁴ Neste sentido o acórdão do STJ de 8-02-2011, proc. 8091/03.6TBVFR, disponível in: www.dgsi.pt

razoavelmente exigir-lhe que assegure o imediato e instantâneo escoamento das águas pluviais ou gelo, por forma a manter a via seca.⁷⁵

De todo o modo, parece-nos desnecessária tal ressalva das «*condições climatéricas anormais*», uma vez que no n.º 3 do referido artigo 12.º se exclui a responsabilidade da concessionária nos casos de força maior, designadamente os resultantes de «*condições climatéricas manifestamente excepcionais*».

Daqui se infere que a concessionária afastará a presunção legal se provar que a presença de líquido na via se deveu à existência de condições climatéricas excepcionais.

5.1.2 O n.º2 do artigo 12.º - a verificação da causa do acidente por autoridade policial

Dispõe o n.º2 do artigo 12.º que a confirmação das causas do acidente é obrigatoriamente verificada no local por autoridade policial competente, sem prejuízo do rápido restabelecimento das condições de circulação em segurança.

No entanto, a exigência da presença policial no local do acidente não afasta a possibilidade do utente (lesado) demonstrar, com recurso à prova testemunhal ou a qualquer outro meio probatório em direito admissível, a causa do acidente, nomeadamente a existência do atravessamento de um animal na via.

Pense-se na hipótese de o animal não morrer e, mesmo ferido, fugir do local.⁷⁶

Parece-nos, por isso, que o objectivo legal foi impor às autoridades policiais o dever de comparecer no local e aí tomar as diligências necessárias à averiguação da causa do acidente, tanto mais que importa aí restabelecer rapidamente as condições de circulação em segurança, mas a circunstância de as autoridades não terem procedido à verificação das causas do acidente não obsta a que o lesado possa fazer prova da causa do acidente por qualquer outro meio de prova em direito admissível.⁷⁷

⁷⁵ Neste sentido o acórdão do STJ de 15-11-2011, disponível in: www.dgsi.pt, onde se refere que «*não (...) está ao seu alcance, como se torna evidente, impedir que chova, não podendo razoavelmente exigir-se-lhe que, numa situação como a verificada, em que se provou que estava a chover com intensidade na altura do acidente, assegure o escoamento imediato e instantâneo das águas pluviais, por forma a manter a via permanentemente seca, sem nenhum vestígio de água, quaisquer que sejam as condições climatéricas existentes no momento*»

⁷⁶ Situação relatada no acórdão da RP de 14-01-2013, disponível in: www.dgsi.pt.

⁷⁷ Neste sentido: acórdãos da RP de 14-01-2013 e da RG de 13-09-2012, disponíveis in: www.dgsi.pt.

5.1.3 O nº3 do artigo 12º - casos de força maior.

Dispõe o nº3 do artigo 12º que são excluídos do número anterior os casos de força maior, que directamente afectem as actividades da concessão e não imputáveis ao concessionário, resultantes de: a) Condições climatéricas manifestamente excepcionais, designadamente graves inundações, ciclones ou sismos; b) Cataclismo, epidemia, radiações atómicas, fogo ou raio; e c) Tumulto, subversão, actos de terrorismo, rebelião ou guerra.

O número anterior (nº2), dispõe sobre a confirmação das causas do acidente pela presença no local da autoridade policial.

Quer isto dizer que nos casos de força maior, designadamente por graves inundações, ciclones ou sismos, cataclismo, epidemia, radiações atómicas, fogo ou raio, e tumulto, subversão, actos de terrorismo, rebelião ou guerra, não é obrigatória a presença no local da autoridade policial competente.

Mas não só.

A lei ao usar as expressões «afectem as actividades da concessão» e «não imputáveis ao concessionário», parece remeter-nos para situações de exclusão de culpa do agente.

E assim, parece-nos ser de concluir que o legislador também pretendeu elencar diversas situações, meramente exemplificativas, de casos de força maior que excluem a aplicação do regime de responsabilidade civil das concessionárias de auto-estrada previstas no nº1 do artigo 12º.

Aliás, este tem sido também o entendimento da jurisprudência que encontra neste preceito semelhanças com as bases dos contratos de concessão, onde se dispõe «*A concessionária está obrigada, salvo caso de força maior devidamente verificado, a assegurar permanentemente, em boas condições de segurança e comodidade, a circulação nas auto-estradas, quer tenham sido por si construídas, quer lhe tenham sido entregues para conservação e exploração, sujeitas ou não ao regime de portagem*»⁷⁸ (sublinhado nosso) e «*Para os efeitos indicados no número anterior, consideram-se casos de força*

⁷⁸ Base XXXVI, nº2, do DL 247-C/2008, 30-12

maior unicamente os que resultam de acontecimentos imprevistos e irresistíveis cujos efeitos se produzem independentemente da vontade ou das circunstâncias pessoais da concessionária, nomeadamente actos de guerra ou subversão, epidemias, radiações atómicas, fogo, raio, graves inundações, ciclones, tremores de terra e outros cataclismos naturais que directamente afectem os trabalhos da concessão»⁷⁹ (sublinhado nosso).⁸⁰

A não se entender assim, teríamos de concluir estar vedado às concessionárias a invocação de outras causas de justificação e de escusa, como a culpa do lesado ou a intervenção de terceiro, o que levaria a classificar estas exclusões como «absurdas».⁸¹

5.1.4 A aplicação no tempo do artigo 12º – norma interpretativa

Outra questão que tem ocupado a jurisprudência é a de saber se o referido artigo 12º tem natureza interpretativa e, portanto, se se aplica a casos ocorridos antes da entrada em vigor da lei nº 24/2007, de 18-07⁸².

Por força do disposto no artigo 12º do Código Civil, em princípio a lei só dispõe para o futuro.

Contudo, as leis interpretativas integram-se na lei interpretada, como resulta do disposto no artigo 13º do Código Civil, produzindo a lei nova efeitos retroactivos que se reportam à data da entrada em vigor da lei antiga.

A questão que se coloca é a de classificar a lei como interpretativa ou inovadora.

Se o legislador declara que a lei é interpretativa, tal declaração equivale a uma cláusula de retroactividade.

No entanto, casos existem, que o legislador não as qualifica como leis interpretativas, mas o seu conteúdo a essa conclusão obriga.

⁷⁹ Base XLVIII, nº2, do DL 247-C/2008, 30-12

⁸⁰ Neste sentido, entre outros, acórdãos do STJ de 9-09-2008 e 2-11-2010, disponíveis in: www.dgsi.pt.

⁸¹ «(...) Aparentemente, poderiam jogar as causas de justificação e as de escusa. Todavia, o nº3, ao fixar exclusões (de resto: surrealistas) pode, a contrario, vedar esse caminho» (António Menezes Cordeiro, A lei dos direitos dos utentes das auto-estradas e a constituição, R.O.A., 2007, Vol II).

⁸² Neste momento, decorridos mais de 8 anos da entrada em vigor da lei, será residual a discussão sobre a aplicação da lei no tempo do artigo 12º.

A doutrina considera lei interpretativa a que intervém para decidir uma questão de direito cuja solução é controvertida ou incerta, consagrando um entendimento a que a jurisprudência, pelos seus próprios meios, poderia ter chegado⁸³.

São dois os requisitos que têm que se verificar para que uma lei seja qualificada como interpretativa: a) que a solução de direito anterior seja controvertida, e que; b) a solução fixada pela nova lei se situe dentro dos quadros da controvérsia, podendo o julgador ou o intérprete a ela chegar sem ultrapassar os limites normalmente impostos à interpretação e aplicação da lei.

Sobre este requisito escreve Baptista Machado que a lei interpretativa para ser havida como tal *«há-de consagrar uma solução a que a jurisprudência, pelos seus próprios meios, poderia ter chegado no domínio da lei anterior.*

*Significa este pressuposto, antes de mais, que se a lei nova vem na verdade resolver um problema cuja solução constituía até ali matéria de debate, mas se o resolve fora dos quadros da controvérsia anteriormente estabelecida, deslocando-o para um terreno novo ou dando-lhe uma solução que o julgador ou o intérprete não estavam autorizados a dar-lhe, ela será indiscutivelmente uma lei inovadora.»*⁸⁴

De todo o modo, não é necessário que a lei nova consagre uma forte corrente jurisprudencial ou doutrinal anterior para ser qualificada como interpretativa.

Na verdade, a lei interpretativa pode surgir ainda antes de se ter chegado a formar qualquer corrente de interpretação sobre a lei antiga, até pela proximidade das respectivas datas da entrada em vigor. O que releva é que se conclua que a lei nova vem consagrar e fixar um dos vários sentidos facilmente comportados pelo texto da lei antiga.

Por outro lado, também deve ser considerada como lei interpretativa a lei nova que venha concretizar e fixar numa ou em várias disposições precisas o sentido duma norma da lei antiga ou concebida sob a forma de cláusula geral ou construída com base em conceitos normativos indeterminados carecidos de preenchimento valorativo, excepto nas hipótese

⁸³ Neste sentido: Baptista Machado, Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil – Casos de aplicação imediata, Critérios fundamentais, Almedina, Coimbra, 1968, p. 286.

⁸⁴ In: «Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil – Casos de aplicação imediata, Critérios fundamentais, Almedina, Coimbra, 1968, p. 285 e ss

para as quais a jurisprudência constante e pacífica tenha já destacado uma regra diferente daquela que a lei nova veio adoptar.⁸⁵

Ora, apesar de o legislador não ter, de forma expressa, atribuído natureza interpretativa, o certo é que tal norma não veio resolver o conflito de forma inovadora e diferente daquele que o fazia já um sector da jurisprudência e da doutrina, por interpretação das normas então vigentes.

Na verdade, já um sector da jurisprudência e da doutrina, como vimos, fazia aplicar o regime da responsabilidade contratual aos acidentes rodoviários cuja causa dissesse respeito a objectos lançados ou existentes na via, atravessamento de animais e líquidos na via.

E deste modo, quanto a nós, o legislador ao definir o regime do ónus da prova para estes casos, fez uma opção pela aplicação do regime da responsabilidade contratual.⁸⁶

Por isso, entendemos que tal norma é interpretativa e os seus efeitos são retroactivos, nos termos do disposto no artigo 13º do Código Civil.

5.1.5 A constitucionalidade do artigo 12º

Após a publicação da referida Lei nº 24/2007, alguns sectores da doutrina questionaram a sua conformidade com a Constituição.⁸⁷

Em causa estaria a colisão com os artigos 2º (Estado de Direito Democrático), 13º, nº1 (Princípio da Igualdade), 20º, nº4 (Acesso ao direito e tutela efectiva) e 62º, nº1 (Direito de propriedade privada), todos da CRP.

Relativamente ao artigo 2º, apontava-se a violação do princípio da separação de poderes, por se entender que a Assembleia da República teria intervindo, por meio de lei formal, na livre negociação de contratos, actividade administrativa do Estado que compete ao Governo, e em processos pendentes nos tribunais, os quais devem ser dirimidos em sede judicial.

Quanto ao artigo 13º (Princípio da Igualdade), invoca-se a sua violação em duas perspectivas: na vertente da violação do princípio da igualdade rodoviária (em que todas as

⁸⁵ Neste sentido: Baptista Machado, *ob. cit.*, p. 285 e ss.

⁸⁶ Neste sentido, acórdão do STJ de 2-11-2010, in: www.dsgi.pt.

⁸⁷ Neste sentido, António Menezes Cordeiro, A lei dos direitos dos utentes das auto-estradas e a constituição, R.O.A., 2007, Vol II

vias e todos os condutores estão submetidos a regras idênticas de circulação, o que não sucede com as auto-estradas concessionadas), e na vertente de um regime discriminatório das concessionárias das auto-estradas em relação às concessionárias de outras infra-estruturas.

No tocante ao artigo 20º, nº4 (Acesso ao direito e tutela efectiva), invoca-se a violação do direito a um processo equitativo, enquanto direito à igualdade de armas ou à igualdade de posições no processo, sendo proibidas diferenças de tratamento arbitrárias, e sustenta-se que a presunção legal do artigo 12º viola tal direito.

Por último, no que respeita ao artigo 62º, nº1 (Direito de propriedade privada), alega-se que o artigo 12º veio consagrar um regime de responsabilidade objectiva para as concessionárias de auto-estrada, atingindo situações pré-constituídas de forma expropriativa e sem qualquer compensação.

O Tribunal Constitucional tem sido chamado a apreciar a norma e tem-se pronunciado, sucessivamente, pela não inconstitucionalidade desta norma.

Relativamente à alegada intromissão da Assembleia da República na matéria reservada ao Governo, o Tribunal Constitucional entendeu que tal não se verificava porquanto o contrato de concessão de obras públicas celebrado entre o Estado e as concessionárias dispõe muito pouco acerca da responsabilidade da concessionária sobre terceiros, limitando-se a remeter para o regime geral de responsabilidade civil por meio da expressão «*nos termos da lei*».

Da expressão utilizada no contrato de concessão, a qual remete para a lei ordinária a sua regulamentação, se extrai que compete ao legislador a definição dos termos em que deverá a concessionária ser responsabilizada pelos danos sofridos por terceiros no decorrer da actividade concessionada, tendo o legislador actuado nessa medida, não existindo qualquer invasão da alegada reserva de administração em relação a essa matéria.

E no que toca à interferência ilegítima do legislador em litígios pendentes entre concessionárias e particulares, entendeu o Tribunal Constitucional que o art.º 12.º da Lei 24/2007, de 18 de Julho, estabelece uma regra geral e abstracta de ónus da prova relativo aos pressupostos da responsabilidade civil por danos causados por acidentes de viação ocorridos em auto-estrada concessionada e provocados pelas situações previstas, não vem dar solução a nenhum caso concreto, pelo que não se verifica a violação do princípio da separação de poderes, nomeadamente da invasão do poder legislativo no judicial.

De igual modo, o Tribunal Constitucional rejeitou a existência da violação do princípio da tutela da confiança, entendendo que no momento da celebração do contrato de

concessão não se criou uma situação de confiança para as partes no direito então vigente, porquanto a tutela da confiança não pode culminar na impossibilidade de qualquer alteração às leis em vigor, não se traduzindo a ideia de segurança jurídica na imutabilidade e cristalização das leis.

E finalmente, rejeitou a existência de violação do direito ao processo equitativo, pois entendeu que fazer impender o ónus da prova da ausência de culpa sobre quem tem objectivamente a possibilidade e o dever, bem como os conhecimentos e os meios técnicos e humanos, para controlar a fonte de perigo do evento danoso e saber as circunstâncias que o permitiram, não belisca tal direito previsto no artigo 20º, nº4, da CRP.⁸⁸

Quanto a nós, parece-nos que a situação particular das auto-estradas concessionadas, submetidas a um contrato de concessão que exige garantias de segurança e comodidade para quem ali circula, aliada ao controlo que as concessionárias têm sobre as fontes de perigo e à circunstância de o artigo 12º apenas salvaguardar três situações, verificadas pela autoridade policial, não nos permite concluir pela desconformidade de tal norma com a Constituição.

Sobre a eventual questão relacionada com o equilíbrio financeiro dos contratos de concessão⁸⁹, na medida em que se poderia sustentar a existência de uma alteração na situação contratual das concessionárias, nomeadamente a alteração da sua responsabilidade pelos danos sofridos por terceiros, importa esclarecer que, a nosso ver, não existiu qualquer alteração da sua responsabilidade. Na verdade, essa responsabilidade de natureza contratual era já sustentada por alguma doutrina, como vimos, à luz das bases dos contratos de concessão. Entre outras, a Base XXXVI, nº2, aprovado pelo Decreto-Lei nº 294/97, onde se determina que *«a concessionária será obrigada, salvo caso de força maior devidamente verificado, assegurar permanentemente, em boas condições de segurança e comodidade, a circulação nas auto-estradas, quer tenha sido por si construídas, quer lhe*

⁸⁸ Cfr. acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 375/2010, relatado pela Cons. Dr^a Maria Lúcia Amaral, 98/2010, relatado pelo Cons. Dr. Joaquim de Sousa Ribeiro, 629/2009, relatado pelo Cons. Dr. Joaquim de Sousa Ribeiro, 597/2009, relatado pelo Cons. Dr. João Cura Mariano, 596/2009, relatado pelo Cons. Dr. Benjamim Rodrigues, proc. 951/2008, in: www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos.

⁸⁹ Ver anotação ao artigo 11º da Lei 242007.

tenham sido entregues para a conservação e exploração, sujeitas ou não ao regime de portagens»⁹⁰.

⁹⁰ Encontram-se disposições semelhantes noutras base de concessão. A título de exemplo: DL n.º 44-D/2010, de 5-05, Base XLV, n.º1: «Manutenção da Auto-estrada: A Concessionária deve manter a Auto-estrada, e os demais bens que integram ou estejam afectos à Concessão, em funcionamento ininterrupto e permanente, em bom estado de conservação e em perfeitas condições de utilização e segurança, nos termos e condições estabelecidos nas disposições legais e regulamentares aplicáveis e no Contrato de Concessão, realizando, oportunamente, as reparações, as renovações e as adaptações que para o efeito se tornem necessárias e todos os trabalhos e alterações necessários para que os mesmos satisfaçam cabal e permanentemente os fins a que se destinam»; Base LIII n.º 3: «Manutenção e disciplina do tráfego: A Concessionária obriga-se a assegurar permanentemente, em boas condições de segurança e de comodidade para os utentes, a circulação ininterrupta na Auto-estrada, salvo a ocorrência de caso de força maior, devidamente comprovado, que a impeça de cumprir tal obrigação, e sem prejuízo do disposto na Lei n.º 24/2007, de 18 de Jul., e respectiva regulamentação»; Base LIV n.º1 «Assistência aos utentes: A Concessionária é obrigada a assegurar assistência aos utentes da Auto-estrada, nela se incluindo a vigilância das condições de circulação, nomeadamente no que respeita à sua fiscalização e à prevenção de acidentes».

6. A influência da lei 24/2007 na natureza da relação jurídica entre o utente da auto-estrada e a concessionária

A lei nº 24/2007 ao estabelecer no artigo 12º uma presunção legal de culpa, embora limitada às três alíneas do nº1, fez atenuar a discussão sobre a natureza jurídica da relação existente entre o utente da auto-estrada e a respectiva concessionária, em caso de acidente de viação.

Sucedo que apesar de poder entender que tal questão não está encerrada, parece-nos que a circunstância de tal norma constituir norma interpretativa do regime então vigente, veio orientar-nos sobre a verdadeira natureza dessa relação.

Como se disse, a lei interpretativa pode surgir ainda antes de se ter chegado a formar qualquer corrente de interpretação sobre a lei antiga, até pela proximidade das respectivas datas da entrada em vigor. O que releva é que se conclua que a lei nova vem consagrar e fixar um dos vários sentidos facilmente comportados pelo texto da lei antiga.

Por outro lado, também deve ser considerada como lei interpretativa a lei nova que venha concretizar e fixar numa ou em várias disposições precisas o sentido duma norma da lei antiga ou concebida sob a forma de cláusula geral ou construída com base em conceitos normativos indeterminados carecidos de preenchimento valorativo, excepto nas hipóteses para as quais a jurisprudência constante e pacífica tenha já destacado uma regra diferente daquela que a lei nova veio adoptar.

Ora, apesar de o legislador não ter, de forma expressa, atribuído natureza interpretativa, o certo é que tal norma não veio resolver o conflito de forma inovadora e diferente daquele que o fazia já um sector da jurisprudência e da doutrina, por interpretação das normas então vigentes.

Na verdade, já um sector da jurisprudência e da doutrina, como se disse, fazia aplicar o regime da responsabilidade contratual aos acidentes rodoviários cuja causa dissesse respeito a objectos lançados ou existentes na via, atravessamento de animais e líquidos na via.

E deste modo, quanto a nós, o legislador ao definir o regime do ónus da prova para estes casos, fez uma opção pela aplicação do regime da responsabilidade contratual.

E dentro deste regime, a figura do «contrato com eficácia de protecção para terceiros», tem efectiva potencialidades para ser o escolhido.

Na verdade, o que aqui está em causa não é o eventual contrato celebrado entre o utente da auto-estrada e a concessionária, mas antes o próprio contrato de concessão, no qual as partes são o Estado e a concessionária.

Tal figura do «contrato com eficácia de protecção para terceiros» é uma figura concebida para colmatar lacunas do regime de responsabilidade extracontratual.

E diz-se «terceira via» da responsabilidade civil, porque não se situa no campo da responsabilidade extracontratual, pois tem por fundamento um contrato, mas também não se situa no campo da responsabilidade contratual, uma vez que aqui não está em causa o incumprimento das obrigações das partes.

O que esta figura permite é estender aos utentes das auto-estradas o regime do contrato de concessão, facilitando a obtenção da indemnização pelo não acatamento de deveres acessórios que tivessem por finalidade a protecção dos utentes.

E o que de resto se pretende com a aplicação do regime desta figura do «quase-contrato» é permitir aos beneficiários usufruírem do regime jurídico contratual, nomeadamente o relativo ao ónus da prova da culpa, o que a nosso ver o legislador fez.

7. A questão da competência dos tribunais em razão da matéria

A competência em razão da matéria nas referidas acções de indemnização interpostas por automobilistas sinistrados (ou pelas suas seguradoras) contra as concessionárias de auto-estradas por danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos em consequência de acidentes automóveis ligados ao aparecimento inesperado na faixa de rodagem de cães ou outros animais, de pedras, líquidos e outros objectos, tem sido largamente debatida na jurisprudência, designadamente na última instância de recurso em tal matéria (o Tribunal dos Conflitos)⁹¹ estando longe a existência de consenso em tal questão.

Uma parte da jurisprudência, maioritária, atribui tal competência material à jurisdição administrativa⁹².

⁹¹ Cfr. artigos 209º, nº3, da Constituição e artigo 101º, nº2, do Código de Processo Civil (aprovado pela Lei nº 41/2013)

⁹² Entre outros, os seguintes acórdãos do Tribunal dos Conflitos (todos disponíveis in: www.dgsi.pt): Processo 021/15, de 09-07-2015 (relator: Cons. Drª Ana Paula Boularot), com o seguinte Sumário: *I - A intervenção dos Tribunais Administrativos justifica-se se houver que dirimir conflitos de interesses públicos e privados no âmbito de relações jurídicas administrativas.*

II - Não obstante as entidades concessionárias sejam entidades privadas, se são chamadas a colaborar com a Administração Pública na concepção, projecto, construção, aumento do número de vias, financiamento, manutenção e exploração dos lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados, fazem-no na execução de tarefas administrativas, mediante a prévia celebração de um contrato administrativo, tendo consequentemente a respectiva actividade regulada e submetida a disposições e princípios de direito administrativo.

III - Daqui resulta a competência da jurisdição administrativa para conhecer de um pedido indemnizatório formulado contra uma sociedade privada, concessionária de uma auto-estrada, por danos materiais resultantes de um acidente de viação ocorrido na via concessionada, quando o sinistro foi alegadamente provocado por ter havido omissão de deveres decorrentes do contrato de concessão celebrado com a Administração, nos termos da alínea i) do artigo 4º do ETAF.

Processo 05/15, de 07-05-2015 (relator: Cons. Dr. Leones Dantas), com o seguinte Sumário: *I – Nos termos da alínea i) do número 1 do art.º 4º do ETAF são da competência dos tribunais administrativos os litígios sobre a responsabilidade civil extracontratual dos sujeitos privados, aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público;*

II – Decorre do artigo 1º, número 5, da Lei 67/2007 de 31 de Dezembro, que «as disposições que, na presente lei, regulam a responsabilidade das pessoas colectivas de direito público, (...), por danos decorrentes do exercício da função administrativa, são também aplicáveis à responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores, (...), por acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam regulados por disposições ou princípios de direito administrativo».

III – A jurisdição administrativa é competente para conhecer de uma acção sumaríssima onde se pede a condenação de uma sociedade de capitais privados, concessionária de uma auto-estrada, em determinada quantia indemnizatória, por danos materiais resultantes de um acidente de viação ocorrido nessa via, provocado pela entrada e circulação na mesma de um animal, derivada da omissão de cumprimento de deveres que incumbiam à concessionária nos termos do contrato de concessão.

Processo 010/15, de 07-05-2015 (relator: Cons. Dr^a Ana Paula Portela), com o seguinte Sumário: *I - A jurisdição administrativa é competente para conhecer de um pedido de condenação de uma sociedade de capitais privados, concessionária de uma auto-estrada, em determinada quantia indemnizatória, por danos materiais decorrentes de um acidente de viação ocorrido nessa via, alegadamente provocado por ter havido omissão de alguns deveres que lhe incumbiam, decorrentes do contrato de concessão nos termos da al. i) do art. 4º do ETAF.*

II - Esta entidade privada concessionária de uma auto-estrada é chamada a colaborar com a Administração na execução de tarefas administrativas através de um contrato administrativo quando lhe é outorgada a construção de uma auto-estrada, a sua exploração, manutenção, vigilância e segurança, nomeadamente do tráfego, por se tratarem de tarefas próprias da administração do Estado.

Processo 053/14, de 25-03-2015 (relator: Cons. Dr^a Teresa de Sousa), com o seguinte Sumário: *I – A concessão de serviços públicos a uma entidade privada não significa que as respectivas actividades percam a sua natureza pública administrativa e por essa circunstância adquiram intrinsecamente natureza de actos privados a serem regulados pelo direito privado.*

II – Apesar de ser uma sociedade anónima, a lei atribuiu à Concessionária, no contrato de concessão aprovado pelo DL nº 86/2008, de 28/5, poderes, prerrogativas e deveres de autoridade típicos dos atribuídos ao Estado, que representa.

III – Assim, a sua eventual responsabilização por actos ou omissões dessa sua actividade insere-se no quadro de aplicação da norma do art. 1º, nº 5 da Lei nº 67/2007, e, conseqüentemente, serão os tribunais administrativos os competentes, em razão da matéria, para conhecer do litígio, nos termos do disposto no art. 4º, nº 1, alínea i) do ETAF.

Processo 049/14, de 12-03-2015 (relator: Cons. Dr. Moreira Alves) com o seguinte Sumário: *Uma acção onde se pede a condenação da concessionária de uma auto-estrada no pagamento de uma determinada quantia a título indemnizatório, na sequência de um acidente de viação nela ocorrido em 21/07/2011 e, segundo o Autor, provocado pela Ré, concessionária, por esta não ter tomado as providências necessárias ao nível da segurança rodoviária, assegurando que na faixa de rodagem não existissem objectos susceptíveis de colocar em perigo os utentes da via (objecto metálico), enquadra-se no âmbito de aplicação da previsão do art. 1º nº5 da Lei nº 67/2007, de 31/12, o que determina a competência dos tribunais administrativos em razão da matéria para julgar o litígio nos termos do art. 4º al. i) do ETAF.*

Processo 046/13, de 27-03-2014 (relator: Cons. Dr. Gonçalves Rocha), sem Sumário, mas onde se conclui: *Assim sendo e inserindo-se a eventual responsabilização da R. (concessionária) no âmbito de aplicação do artigo 1º, nº 5, da Lei 67/2007 de 31 de Dezembro, serão os tribunais administrativos os competentes para conhecer da causa, conforme preceitua o artigo 4º, nº1, al. i) do ETAF.*

Processo 048/13, de 27-02-2014 (relator: Cons. Dr. Tavares de Paiva) com o seguinte Sumário: *I - Uma Concessionária de uma auto-estrada executa tarefas próprias do Estado, que este lhe endossou pela via dum contrato de concessão, como é o caso das funções relacionadas com o segurança do tráfego, onde se compreende nomeadamente o accionamento de sinalização de perigo ou de presença de obstáculos a alertar os condutores que circulem nessa auto-estrada, tarefas essas de natureza essencialmente pública administrativa, susceptíveis de configurarem acções ou omissões que exprimem o exercício de prerrogativas de poder público e, como tais, enquadráveis no âmbito de aplicação do art. 1º nº 5 da Lei nº 67/2007 de 31/12 (Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas).*

II - No que toca à definição da competência dos tribunais administrativos há que actualmente ter presente o estatuído na al. i) do art. 4º do ETAF, segundo o qual os tribunais administrativos são competentes para apreciação de litígios respeitantes à responsabilidade civil extracontratual dos sujeitos privados, “aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público” e também ao estatuído no citado art. 1º nº 5 da Lei 67/2007 de 31/12, que preceitua “as disposições que na presente lei, regulam a responsabilidade das pessoas colectivas de direito público, por danos decorrentes do exercício da função administrativa são também aplicáveis à responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores... por acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”.

III - Uma acção sumaríssima, onde se pede a condenação de uma concessionária de uma auto-estrada, sociedade de capitais privados, no pagamento de uma determinada quantia a título indemnizatório,

A outra parte da jurisprudência atribuiu a respectiva competência material à jurisdição comum⁹³.

A jurisprudência maioritária sustenta a competência dos tribunais administrativos no disposto no artigo 4º, n.º1, al. i), do ETAF⁹⁴, onde se dispõe que «*Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham nomeadamente por objecto:*

(...)

na sequência de um acidente de viação nela ocorrido em 12.10.2010 e, segundo o Autor provocado pela Ré, concessionária, por esta não ter tomado as providências necessárias ao nível da segurança rodoviária, nomeadamente ao nível do accionamento da sinalização de perigo e de presença de obstáculos (presença de animal na via) por forma a alertar os condutores que circulavam na auto-estrada, configura uma acção que se insere no âmbito da responsabilidade civil extracontratual traduzida na alegada violação de obrigações decorrentes desse contrato de concessão e, como tal, enquadra-se no âmbito de aplicação da previsão do art. 1º n.º5 da citada Lei 67/2007 de 31/12, o que determina a competência dos tribunais administrativos em razão da matéria para julgar o litígio nos termos do citado art. 4º al. i) do ETAF.

⁹³Entre outros, os seguintes acórdãos do Tribunal dos Conflitos (todos disponíveis in: www.dgsi.pt): Processo 028/13, de 18-12-2013 (relator: Cons. Dr. Távora Victor), sem Sumário, mas onde se conclui que: *pela forma como a Autora configura a relação jurídica, a Ré incorre em responsabilidade civil por negligência na vigilância de um troço de Auto-Estrada cuja gestão lhe estava concessionada, dando azo a que um canídeo surgisse na mesma provocando um acidente, com prejuízos para um veículo da Autora.*

(...) este quadro factual não se enquadra juridicamente na previsão do artigo 1º n.º 5 da Lei 67/2007. Ao caso é aplicável a jurisdição civil pelo que a competência para o julgar é do Tribunal Comum, aqui o 2º Juízo Cível do Tribunal Judicial de Vila do Conde.

Processo 015/06, de 26-04-2007 (relator: Cons. Dr. Pires da Rosa), com o seguinte Sumário: *Para conhecer da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, da Brisa-Auto-Estradas de Portugal, SA, em consequência de qualquer actividade decorrente da concessão para a construção, conservação e exploração de auto-estradas, são competentes os tribunais judiciais e não os tribunais administrativos.*

A posição do Conselheiro Dr. António dos Santos Abrantes Galdes, no voto vencido no Processo 048/13, de 27-02-2014, onde refere: *vencido pelos argumentos que foram empregues no Ac. do Tribunal de Conflitos de 18-12-13, a que acrescentaria ainda o facto de me parecer que a Lei n.º 67/07, de 31/12, não determina, com segurança, uma modificação de competência que vinha sendo atribuída aos tribunais judiciais. Creio ainda que a solução assumida não integra da melhor forma o facto de entre o utente da auto-estrada e a concessionária se estabelecer uma relação contratual de facto que determina a atribuição de competência aos tribunais judiciais.*

A posição do Conselheiro Dr. Jorge Artur Madeira dos Santos, no voto vencido no Processo 048/13, de 27-02-2014, onde refere: *vencido. Atribuiria à jurisdição com a competência para julgar a acção dos autos, na linha do acórdão deste T. Conflitos de 18/12/2013 (processo n.º 28/13).*

⁹⁴ Lei 13/2002, de 19-02, e sucessivas alterações, aprovadas pela Lei n.º 4-A/2003, de 19/02; Lei n.º 107-D/2003, de 31/12; Lei n.º 1/2008, de 14/01; Lei n.º 2/2008, de 14/01; Lei n.º 26/2008, de 27/06; Lei n.º 52/2008, de 28/08; Lei n.º 59/2008, de 11/09; DL n.º 166/2009, de 31/07; Lei n.º 55-A/2010, de 31/12; e Lei n.º 20/2012, de 14/05;

i) Responsabilidade civil extracontratual dos sujeitos privados aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público; (...)».

Para o efeito, considera que a concessionária da auto-estrada, entidade privada, desenvolve a sua actividade dentro de um quadro de índole pública, com obrigações de natureza pública, as quais decorrem das bases da concessão⁹⁵, além de que a Lei n.º 76/2007, de 31-12, que aprovou o «Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas», veio consagrar que tal Regime é também aplicável à responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado, por acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo (artigo 1.º, n.º5, do Regime Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007)⁹⁶.

Por outro lado, a jurisprudência que atribui a respectiva competência material à jurisdição comum, estriba-se na circunstância de no contrato de concessão o Estado manter a propriedade da coisa objecto do contrato, mas a gestão e administração directa ser

⁹⁵ A título de exemplo, a Base 4 do anexo ao DL 86/2008, de 28/05 (*1 — A Concessionária deve desempenhar as actividades concessionadas de acordo com as exigências de um regular, contínuo e eficiente funcionamento do serviço público e adoptar, para o efeito, os melhores padrões de qualidade disponíveis em cada momento, tudo nos exactos termos das disposições aplicáveis do Contrato de Concessão. 2 — A Concessionária não pode recusar a utilização da Auto-Estrada a qualquer pessoa ou entidade, nem discriminar ou estabelecer diferenças de tratamento entre os utentes da mesma, salvo nos termos estabelecidos na lei ou no Contrato de Concessão*). E ainda as Bases 52 e 53, de onde resulta que «a Concessionária obriga-se a assegurar permanentemente, em boas condições de segurança e comodidade para os utentes, a circulação ininterrupta na auto-estrada objecto da concessão, salvo a ocorrência de caso de força maior, devidamente comprovado, de acidentes, bem como de determinação das autoridades policiais que, em qualquer dos casos, impeça a Concessionária de cumprir tal obrigação» (n.º 2 da Base 52), e que a mesma se obriga a prestar assistência aos utentes, na qual se inclui «a vigilância das condições de circulação, nomeadamente no que respeita à sua fiscalização e à prevenção de acidentes» (n.º 1 da Base 53), além de que a «assistência a prestar aos utentes nos termos do número anterior inclui igualmente o auxílio sanitário e mecânico, devendo a Concessionária instalar para o efeito uma rede de telecomunicações ao longo de todo o traçado da auto-estrada, incluindo sistema de emergência, organizar um serviço destinado a chamar do exterior os meios de socorro sanitário em caso de acidente e a promover a prestação de assistência mecânica a veículos» (n.º 2 da Base 53).

⁹⁶ «Artigo 1.º (...) 5 - As disposições que, na presente lei, regulam a responsabilidade das pessoas colectivas de direito público, bem como dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, por danos decorrentes do exercício da função administrativa, são também aplicáveis à responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.»

transferida para a entidade privada (concessionária), a qual deve ser responsabilizada pelos seus actos de gestão privada, no âmbito do direito privado. Sustenta-se que a responsabilidade apenas se rege pelo direito público quando os prejuízos imputados à concessionária decorram de poderes públicos de que esta esteja investida, o que não é o caso das concessionárias das auto-estradas.

Vejamos tal questão.

A propósito da competência dos tribunais em geral, ensinava Manuel A. Domingues de Andrade⁹⁷ que *«é a medida de jurisdição dos diversos tribunais; o modo como entre eles se fracciona e reparte o poder jurisdicional, que, tomado em bloco, pertence ao conjunto dos tribunais»*. Na competência interna, acrescentava, surge-nos a competência em razão da matéria. *«É a competência das diversas espécies de tribunais: diversas ordens de tribunais dispostas horizontalmente, isto é, no mesmo plano, não havendo entre elas uma relação de supra-ordenação e subordinação (...). Na definição desta competência a lei atende a matéria da causa, quer dizer, ao seu objecto, encarado do ponto de vista qualitativo – o da natureza da relação substancial pleiteada (...)*».

A competência material integra um pressuposto processual cuja apreciação terá de preceder a do fundo da causa e fixa-se no momento em que a acção se propõe, sendo irrelevantes as modificações de facto e de direito que ocorram posteriormente.⁹⁸

Tal pressuposto processual afere-se pela forma como o autor configura a acção, sendo esta definida pelo pedido, causa de pedir e natureza das partes.

Portanto, para a determinação da competência em razão da matéria, deve atender-se à relação jurídica material em debate e ao pedido dela emergente, segundo a versão apresentada pelo autor⁹⁹. Claro está que o tribunal não está sujeito às qualificações que as partes (autor e réu) tenham produzido para definir o objecto da acção¹⁰⁰.

A Constituição determina no artigo 209º, nº 1, a propósito da organização dos tribunais, que além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de

⁹⁷ In: Noções Elementares de Processo Civil, Reimpressão, Coimbra Editora, 1993, p. 88 a 95.

⁹⁸ Cfr. artigo 38º, nº 1 e 2, da Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei nº 62/2013, de 26-08), e artigo 5º, nº1, do ETAF.

⁹⁹ Neste sentido, acórdão do STJ de 12-01-2010 (Cons. Dr. Moreira Alves), in: www.dgsi.pt

¹⁰⁰ Cfr. artigo 5º, nº3, do CPC: *«O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito.»*

tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; O Tribunal de Contas¹⁰¹.

Os tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens judiciais, isto é, têm competência residual (artigo 211º, nº1, da CRP)¹⁰².

Aos tribunais administrativos e fiscais compete o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais (artigo 212º, nº3, da CRP)¹⁰³.

Por sua vez, o ETAF, no seu artigo 4º, como vimos, define o âmbito da jurisdição administrativa e fiscal e aí se dispõe que «*compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham nomeadamente por objecto:* (...)

i) Responsabilidade civil extracontratual dos sujeitos privados aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público;» (sublinhado nosso).

Mas o advérbio «nomeadamente», inculca a ideia que a competência aí definida no artigo 4º não é taxativa, pelo que o âmbito da jurisdição administrativa e fiscal poderá ir além dos litígios ali definidos.

Portanto, a pedra de toque para a definição do âmbito da jurisdição administrativa e fiscal está no conceito de «relações jurídicas administrativas», pois o disposto no referido artigo 212º, nº3, da CRP e o disposto no artigo 1º, nº1, do ETAF, determinam que aos tribunais administrativos compete o julgamento dos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas.

¹⁰¹ Com a mesma redacção, igualmente o artigo 29º da Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei nº 62/2013, de 26-08)

¹⁰² No mesmo sentido, o artigo 40º, nº1, da Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei nº 62/2013, de 26-08), onde se dispõe que «*os tribunais judiciais têm competência para as causas que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional.*»

¹⁰³ No mesmo sentido, o artigo 1º, nº1, do ETAF, onde se dispõe que «*os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, nos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.*»

De todo o modo, importa aqui sublinhar que a referida norma constitucional não estabelece uma reserva material absoluta, admitindo derrogações pontuais desde que, como refere Mário Aroso de Almeida, não seja descaracterizado o modelo típico da dualidade de jurisdições.¹⁰⁴

Quer isto dizer que uma lei avulsa (especial) pode atribuir competência aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal sobre litígios que não versem sobre matéria jurídico-administrativa, tal como pode atribuir competência aos tribunais judiciais sobre litígios que versem sobre matéria jurídico-administrativa.

E só na ausência de norma especial que atribua competência aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal ou que atribua competência aos tribunais judiciais é que se aplicam os critérios contidos nos artigos 212º, nº3, da CRP e 1º, nº1, e 4º do ETAF.¹⁰⁵

A Lei nº 76/2007, de 31-12, que aprovou o «Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas», veio consagrar que tal Regime é também aplicável à responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado, por acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo (artigo 1º, nº5, do Regime Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei nº 67/2007).

A referida Lei não toma posição sobre a natureza jurídica da concessão, nem atribui expressamente competência aos tribunais da jurisdição administrativa sobre os litígios decorrentes de acidentes rodoviários ocorridos em auto-estrada, a que se refere o artigo 12º da Lei 24/2007.

Por outro lado, quer a Lei nº 76/2007, quer o artigo 4º, al. i), do ETAF, reporta-se a litígios emergentes de responsabilidade extracontratual.

Ora, como analisamos anteriormente, a responsabilidade da concessionária de auto-estrada tem natureza contratual. E assim sendo, a referida Lei nº 76/2007 não tem aplicação aos litígios emergentes dos aludidos acidentes rodoviários.

¹⁰⁴ In: *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2010, p. 157

¹⁰⁵ Neste sentido, Mário de Aroso de Almeida, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2010, p. 157

Subscrevemos, por isso, a posição do Conselheiro Dr. António dos Santos Abrantes Geraldês, no voto vencido no referido Processo 048/13, de 27-02-2014, onde refere: *vencido pelos argumentos (...), a que acrescentaria ainda o facto de me parecer que a Lei nº 67/07, de 31/12, não determina, com segurança, uma modificação de competência que vinha sendo atribuída aos tribunais judiciais. Creio ainda que a solução assumida não integra da melhor forma o facto de entre o utente da auto-estrada e a concessionária se estabelecer uma relação contratual de facto que determina a atribuição de competência aos tribunais judiciais.»*

Resta agora analisar se tais litígios emergem de relações jurídicas administrativas, nos termos do disposto nos referidos artigos 212º, nº3, da CRP e 1º, nº1, do ETAF.

Nas palavras de Carlos Fernandes Cadilha, *«por relação jurídico-administrativa deve entender-se a relação social estabelecida entre dois ou mais sujeitos (um dos quais a Administração) que seja regulada por normas de direito administrativo e da qual resultem posições jurídicas subjectivas.*

Pode tratar-se de uma relação jurídica intersubjectiva, como a que ocorre entre a Administração e os particulares, intra-administrativa, quando se estabelecem entre diferentes entes administrativos, no quadro de prossecução de interesses públicos próprios que lhes cabe defender, ou inter-orgânica, quando se interpõem entre órgãos administrativos da mesma pessoa colectiva pública, por efeito do exercício dos poderes funcionais que lhes correspondem.

Por outro lado, as relações jurídicas podem ser simples ou bipolares, quando decorrem entre dois sujeitos, ou poligonais ou multipolares, quando surgem entre três ou mais sujeitos que apresentam interesses conflituantes relativamente à resolução da mesma situação jurídica (...).

Por outro lado, não está excluída a ocorrência de litígios inter-privados, não só por efeito do apontado alargamento da competência dos tribunais administrativos no âmbito da impugnação de actos pré-contratuais e da acção de contratos e da acção de responsabilidade civil extracontratual [artigo 4.º, n.º 1, alíneas g) e i), do ETAF]¹⁰⁶.

¹⁰⁶ In: *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Almedina, 2006, p. 117 e 118.

Por sua vez, Gomes Canotilho e Vital Moreira, em anotação ao aludido normativo constitucional, referem que «*esta qualificação transporta duas dimensões caracterizadoras: (1) as acções e recursos que incidem sobre relações jurídicas em que, pelo menos, um dos sujeitos é titular, funcionário ou agente de um órgão de poder público (especialmente da administração); (2) as relações jurídicas controvertidas são reguladas sob o ponto de vista material pelo direito administrativo ou fiscal. Em termos negativos, isto significa que não estão aqui em causa litígios de natureza “privada” ou “jurídico-civil”. Em termos positivos, um litígio emergente de relações jurídico-administrativas e fiscais será uma controvérsia sobre relações jurídicas disciplinadas por normas de direitos administrativo e/ou fiscal.*»¹⁰⁷.

Ora, conforme já se referiu, nos contratos de concessão de obras públicas celebrado entre o Estado e as concessionárias de auto-estrada pouco se dispõe acerca da responsabilidade da concessionária sobre terceiros, limitando-se a remeter para o regime geral de responsabilidade civil por meio da expressão «*nos termos da lei*».¹⁰⁸

Por outro lado, a circunstância de a concessionária prestar um serviço público, colaborando com o Estado, não significa que esteja submetida a um regime específico de direito público.

Aliás, na referida Lei 24/2007 (que estabeleceu a cargo da concessionária o ónus do cumprimento das obrigações de segurança), no seu artigo 11º determina-se que os incumprimentos previstos no referido diploma não são causa de revisão contratual para efeitos de equilíbrio financeira.

Quer isto dizer que a Lei 24/2007 manda afastar o regime específico de direito público, uma vez que a figura da «reposição do equilíbrio financeiro» é apenas aplicável às relações contratuais jurídico-administrativas.

Na verdade e como já se referiu na anotação ao artigo 11º da Lei 24/2007, tal instituto da reposição do equilíbrio financeiro encontra-se actualmente previsto no Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo DL 18/2008, de 29 de Agosto,

¹⁰⁷ In: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição revista, Coimbra Editora, 1993, p. 815

¹⁰⁸ A título de exemplo: Anexo ao DL 294/97, de 24/10 (contrato de concessão), cuja Base XLIX, nº1º, determina serem da responsabilidade da concessionária todas as indemnizações que, nos termos da lei, sejam devidas a terceiros em consequência de qualquer actividade decorrente da concessão.

concretamente no seu artigo 282º do CCP¹⁰⁹ e surge como uma figura aplicável às relações contratuais jurídico administrativas (artigo 280º, nº1, do CCP).

Tal figura, visa restaurar a equação económico-financeira inicial, afectada pela modificação objectiva do contrato, nos termos previstos no artigo 314º do CCP^{110 111}.

¹⁰⁹ Aí se dispõe (artigo 282º), com a epígrafe de «Reposição do equilíbrio financeiro do contrato» que:

«1 - Há lugar à reposição do equilíbrio financeiro apenas nos casos especialmente previstos na lei ou, a título excepcional, no próprio contrato.

2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, o co-contratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o co-contratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos.

3 - A reposição do equilíbrio financeiro produz os seus efeitos desde a data da ocorrência do facto que alterou os pressupostos referidos no número anterior, sendo efectuada, na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços ou da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato.

4 - A reposição do equilíbrio financeiro efectuada nos termos do presente artigo é, relativamente ao evento que lhe deu origem, única, completa e final para todo o período do contrato, sem prejuízo de tal reposição poder ser parcialmente diferida em relação a quaisquer efeitos específicos do evento em causa que, pela sua natureza, não sejam susceptíveis de uma razoável avaliação imediata ou sobre cuja existência, incidência ou quantificação não exista concordância entre as partes.

5 - Na falta de estipulação contratual, o valor da reposição do equilíbrio financeiro corresponde ao necessário para repor a proporção financeira em que assentou inicialmente o contrato e é calculado em função do valor das prestações a que as partes se obrigaram e dos efeitos resultantes do facto gerador do direito à reposição no valor dessas mesmas prestações.

6 - A reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco próprio do contrato.»

¹¹⁰ Aí se estipula que «1 - O co-contratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro, segundo os critérios estabelecidos no presente Código, sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja:

a) A alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do co-contratante; ou

b) Razões de interesse público.

2 - Os demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias conferem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade.»

¹¹¹ De todo o modo, para que haja lugar à reposição do equilíbrio financeiro, não basta que ocorra uma dessas situações previstas no artigo 314º, mas ainda que «tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o co-contratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos» (artigo 282º, nº2, do CCP).

Nas palavras de Paulo Otero¹¹², a reposição do equilíbrio financeiro é «*um preço que a Administração tem de pagar por derrogar, dentro dos limites da lei – pois, caso contrário, havia responsabilidade contratual – o princípio da estabilidade dos contratos*». ¹¹³

Ora, determinando a Lei 24/2007, no seu artigo 11º, o afastamento do regime específico de direito público previsto no Código dos Contratos Públicos, parece-nos legítimo concluir que o legislador não pretendeu submeter as concessionárias de auto-estradas, no confronto com o direito dos seus utentes, a um regime específico de direito público.

E assim sendo, parece-nos ser de atribuir a competência aos tribunais comuns.

Aliás, na interpretação ao referido artigo 4º do ETAF, Freitas do Amaral e Mário de Aroso de Almeida, consideram que «*continua a ser relevante, para o efeito de determinar se um litígio é da competência dos tribunais administrativos ou dos tribunais comuns, saber se o facto constitutivo de responsabilidade se encontra ou não submetido à aplicação de um regime específico de direito público*». ¹¹⁴

Deste modo, nas referidas acções de indemnização interpostas por automobilistas sinistrados contra as concessionárias de auto-estradas por danos sofridos em consequência de acidentes rodoviários ligados ao aparecimento inesperado na faixa de rodagem de cães ou outros animais, de pedras, líquidos e outros objectos, tendo em conta que não existe lei expressa a atribuir competência à jurisdição administrativa, que as concessionárias de auto-estrada são entidades privadas e que a respectiva relação jurídica é regulada por normas de

¹¹² In: *Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*, ROA, nº 56, 1996, pg. 940.

¹¹³ São requisitos gerais para que haja lugar à reposição do equilíbrio financeiro:

a) A modificação do contrato por razões de interesse público ou por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do co-contratante;

b) A origem do desequilíbrio não se insira num risco do contrato, mas num risco administrativo;

c) A modificação tenha alterado os pressupostos nos quais o co-contratante fundou o valor das prestações a que se obrigou; e

d) O contraente público conhecesse ou tivesse obrigação de conhecer esses pressupostos.

¹¹⁴ In: *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, 3ª edição, Almedina, 2004, p. 38.

direito privado, parece-nos que a solução mais lógica dentro da coerência do sistema é a atribuição da competência em razão da matéria aos tribunais comuns, aos quais a lei reserva a competência residual.

8. Conclusões

Resta-nos formular as conclusões que retiramos da relevância da lei dos direitos dos utentes das auto-estradas (Lei 24/2007) no regime da responsabilidade civil das concessionárias.

I. Foi no confronto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a natureza da responsabilidade civil das concessionárias das auto-estradas que foi publicada a Lei nº 24/2007, de 18/07.

Consigna o artigo 12.º desta lei o seguinte:

1 – Nas auto-estradas, com ou sem obras em curso, e em caso de acidente rodoviário, com consequências danosas para pessoas ou bens, o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança cabe à concessionária, desde que a respectiva causa diga respeito a:

a) Objectos arremessados para a via ou existentes nas faixas de rodagem;

b) Atravessamento de animais;

c) Líquidos na via, quando não resultantes de condições climatéricas anormais.

2 – Para efeitos do disposto no número anterior, a confirmação das causas do acidente é obrigatoriamente verificada no local por autoridade policial competente, sem prejuízo do rápido restabelecimento das condições de circulação em segurança.

3 – São excluídos do número anterior os casos de força maior, que directamente afectem as actividades da concessão e não imputáveis ao concessionário, resultantes de: Condições climatéricas manifestamente excepcionais, designadamente graves inundações, ciclones ou sismos; Cataclismo, epidemia, radiações atómicas, fogo ou raio; Tumulto, subversão, actos de terrorismo, rebelião ou guerra.

Decorre, portanto, deste preceito que no caso o de acidente de viação motivado por objectos arremessados para a via ou existentes nas faixas de rodagem, atravessamento de animais, e líquidos na via, o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança pertence à concessionária.

II As divergências doutrinárias e jurisprudenciais respeitantes à responsabilidade das concessionárias de auto-estradas pelos acidentes que nelas se verificavam em virtude de objectos ou animais na via de trânsito enquadravam-se, até à publicação da lei 24/2007, em três teses:

a) A da responsabilidade contratual, segundo a qual se entendia existir entre o utente da auto-estrada e a concessionária um contrato (inominado ou a favor de terceiro), que tem como prestações principais o pagamento de portagem por parte do utente e a utilização, por este, dessa auto-estrada em comodidade e segurança (contrato inominado). Nas auto-estradas concessionadas sem custos para o utilizador (SCUT), o que ocorria era um verdadeiro contrato a favor de terceiro, no qual a concessionária (promitente) se obrigava perante o Estado (promissário) a realizar face aos terceiros interessados (os utilizadores) uma determinada prestação (facultar a utilização da auto-estrada com segurança e comodidade);

b) A da responsabilidade extracontratual, segundo a qual a responsabilidade da concessionária depende do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil constantes do artigo 483.º do Cód. Civil. Para esta tese, o único contrato que existe é o que foi celebrado entre o Estado e a concessionária, a que o utente é alheio, de tal forma que este quando paga portagem para entrar na auto-estrada não está a celebrar qualquer contrato, mas apenas a pagar uma taxa que é devida pela utilização de um serviço público.

c) Uma terceira via, defendendo a figura do «contrato com eficácia de protecção para terceiros».

O que estaria agora em causa não é já o eventual contrato celebrado entre o utente da auto-estrada e a concessionária, mas antes o próprio contrato de concessão, no qual as partes são o Estado e a concessionária.

Tal figura concebida para colmatar lacunas do regime de responsabilidade extracontratual, permite estender aos utentes das auto-estradas o regime do contrato de concessão, facilitando a obtenção da indemnização pelo não acatamento de deveres acessórios que tivessem por finalidade a protecção dos utentes, permitindo, assim, que os beneficiários usufruam do regime jurídico contratual.

III. Não era indiferente, como é óbvio, seguir qualquer uma das aludidas teses em confronto.

Com efeito, aderindo à segunda tese (responsabilidade extracontratual) face ao disposto no artigo 487º do Código Civil, era ao lesado que incumbia provar a culpa do autor da lesão.

No entanto, mesmo no campo da responsabilidade extracontratual, poder-se-ia fazer apelo à presunção de culpa a que alude o artigo 493º, nº 1, do Cód. Civil, tendo em atenção que a concessionária tem em seu poder a auto-estrada (coisa imóvel) no seu todo,

integrando vedações, placas de sinalização, separadores de trânsito, sinalização de emergência, com o dever de a vigiar.

Optando pela primeira ou terceira das teses isso significaria que contra a concessionária funcionava a presunção de culpa a que se refere o artigo 799.º do Cód. Civil, isto é, sobre ela impendia o ónus da prova de que agiu sem culpa, invertendo assim a presunção «*juris tantum*» imposta por lei (cfr. artigos 342º, 344º, nº 1, e 350º do Código Civil).

IV. O artigo 12º da Lei nº 24/2007, de 18/07, veio estabelecer que no caso de acidente de viação motivado por objectos arremessados para a via ou existentes nas faixas de rodagem, atravessamento de animais, e líquidos na via, o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança pertence à concessionária.

V – Surgiu então a questão se se apurar se tal norma tem ou não natureza interpretativa do regime então vigente.

Entendeu-se que o que releva para a qualificação da lei como interpretativa é que se se conclua que a lei nova vem consagrar e fixar um dos vários sentidos facilmente comportados pelo texto da lei antiga.

Ora, já um sector da jurisprudência e da doutrina fazia aplicar o regime da responsabilidade contratual aos acidentes rodoviários cuja causa dissesse respeito a objectos lançados ou existentes na via, atravessamento de animais e líquidos na via.

Assim se concluiu que o legislador ao definir o regime do ónus da prova para estes casos, fez uma opção pela aplicação do regime da responsabilidade contratual, revestindo tal norma natureza interpretativa.

VI - E dentro do regime da responsabilidade contratual aplicável, a figura com efectiva potencialidade para ser escolhida é a do «contrato com eficácia de protecção para terceiros».

Na verdade, o que aqui está em causa não é o eventual contrato celebrado entre o utente da auto-estrada e a concessionária, mas antes o próprio contrato de concessão, no qual as partes são o Estado e a concessionária.

Tal figura permite é estender aos utentes das auto-estradas o regime do contrato de concessão, facilitando a obtenção da indemnização pelo não acatamento de deveres acessórios que tivessem por finalidade a protecção dos utentes.

E de resto o que se pretende com a aplicação do regime desta figura do «quase-contrato» é permitir aos beneficiários usufruírem do regime jurídico contratual, nomeadamente o relativo ao ónus da prova da culpa, o que, a nosso ver, o legislador fez.

VII – A Lei nº 24/2007, 18-07, veio, assim, atribuir natureza contratual à relação jurídica existente entre o utente da auto-estrada e a respectiva concessionária, em caso de acidente de viação.

VIII – A competência em razão da matéria para apreciar as referidas acções de indemnização interpostas por automobilistas sinistrados contra as concessionárias de auto-estradas por danos sofridos em consequência de acidentes rodoviários ligados ao aparecimento inesperado na faixa de rodagem de cães ou outros animais, de pedras, líquidos e outros objectos, tem sido largamente debatida na última instância de recurso: o Tribunal dos Conflitos.

A jurisprudência maioritária atribui tal competência aos tribunais administrativos e fiscais, considerando que a Lei nº 76/2007, 31-12, que aprovou o «Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas», estendeu a sua aplicação às pessoas colectivas de direito privado, designadamente às concessionárias de auto-estrada, e que tais litígios têm por objecto a sua responsabilidade civil extracontratual.

A jurisprudência minoritária considera que a Lei nº 76/2007 não alterou a competência para tais litígios, que os mesmos têm natureza jurídico-civil e que entre o utente da auto-estrada e a concessionária se estabelece uma relação contratual de facto.

IX – Considerando que a aludida Lei nº 76/2007 não tomou posição sobre a natureza jurídica da concessão, nem atribui expressamente competência aos tribunais da jurisdição administrativa sobre os litígios decorrentes de acidentes rodoviários ocorridos em auto-estrada, a que se refere o artigo 12º da Lei 24/2007;

Considerando que não existe lei expressa a atribuir competência à jurisdição administrativa em tais litígios;

Considerando que as concessionárias de auto-estrada são entidades privadas;

Considerando que o litígio entre o utente da auto-estrada e a concessionária emerge de relação jurídica contratual (contrato com eficácia de protecção para terceiros);

Considerando que tal litígio tem natureza jurídico-civil; e

Considerando que a lei reserva aos tribunais comuns a competência residual;

Concluimos que a solução lógica dentro da coerência do sistema é a atribuição da competência aos tribunais comuns, subscrevendo a posição jurisprudencial minoritária.

Bibliografia citada

ALMEIDA, Mário Aroso, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2010;

AMARAL, Freitas/ALMEIDA, Mário Aroso, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, 3ª edição, Almedina, 2004;

ANDRADE, Manuel Domingues, *Noções Elementares de Processo Civil*, Reimpressão, Coimbra Editora, 1993;

ATAÍDE, Rui, “*Acidentes em Auto-estradas: Natureza e Regime Jurídico da Responsabilidade das Concessionárias*”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, p. 157-199;

CADILHA, Carlos Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011 (a.);

Dicionário de Contencioso Administrativo, Almedina, 2006 (b.)

CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição revista, Coimbra Editora, 1993;

CORDEIRO, António Menezes, *Igualdade rodoviária e acidentes de viação nas auto-estradas – Estudo de Direito Civil português*, Almedina, Coimbra, 2004 (a.);

«*Acidente de Viação em Auto-estrada; natureza da eventual responsabilidade da concessionária – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Março de 2005*», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, Vol. I, Junho de 2005, p. 153-180 (b.);

«*A lei dos direitos dos utentes das auto-estradas e a Constituição (Lei n.º 24/2007, de 18 de Julho)* », in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, Vol. II, Setembro de 2007, p. 551-572 (c.);

COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito das Obrigações*, 9.ª Edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2001;

GONÇALVES, Pedro Costa, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999;

FERREIRA, J. O. Cardona, *Acidentes de Viação em Auto-estradas – Casos de Responsabilidade Civil Contratual?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

FRADA, Manuel Carneiro da, «*Sobre a Responsabilidade das Concessionárias por Acidentes Ocorridos em Auto-estradas*», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, Vol. II, Setembro de 2005, pp. 407-433;

MACHADO, J. Baptista, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil - Casos de aplicação imediata, Critérios fundamentais*, Almedina, Coimbra, 1968;

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, «*Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Novembro de 1996*», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 131.º (Outubro, Novembro e Dezembro de 1998), p. 41-50, 107-113 e 378-380, ano 132.º (Maio de 1999), p. 28-32, 60-64 e 90-96 (a.);

«*Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 2000 e à Sentença do 3.º Juízo do Tribunal de Competência Especializada Cível da Comarca de Santo Tirso de 2 de Maio de 1996*», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 133.º (Janeiro a Setembro de 2000), p. 17-32 e 59-66 (b.);

OTERO, Paulo, «*Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*», *ROA*, nº 56, 1996, pg. 940 e ss.

TRIUNFANTE, Armando, «*Responsabilidade Civil das Concessionárias das Auto-estradas*», in: *Direito e Justiça*, 2001, Vol. I, p. 45-100.

WALINI, Marcel, *Droit Administratif*, Recueil Sirey, 1994;

Jurisprudência

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão n.º 596/2009, processo n.º 951/2008, relatado pelo Cons. Benjamim Rodrigues, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão n.º 597/2009, processo n.º 981/08, relatado pelo Cons. João Cura Mariano, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão n.º 629/2009, processo n.º 585/2009, relatado pelo Cons. Joaquim de Sousa Ribeiro, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão n.º 98/2010, processo n.º 831/2009, relatado pelo Cons. Joaquim de Sousa Ribeiro, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão n.º 375/2010, processo n.º 426/2009, relatado pela Cons. Maria Lúcia Amaral, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão de 17 de Fevereiro de 2000, processo n.º 99B1092 (Relator Miranda Gusmão), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 9 de Setembro de 2008, processo n.º 08P1856 (Relator Garcia Calejo), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 1 de Outubro de 2009, processo n.º 1082/04.1TBVFX.S1 (Relator Santos Bernardino), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 12 de Janeiro de 2010, processo n.º 1337/07.3TBABT.E1.S1 (Relator Moreira Alves), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 2 de Novembro de 2010, processo n.º 7366/03.9TBSTB.E1.S1 (Relator Fonseca Ramos), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 8 de Fevereiro de 2011, processo n.º 8091/03.6TBVFR.P1.S1 (Relator Paulo Sá), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 15 de Novembro de 2011, processo n.º 1633/05.4TBALQ.L1.S1 (Relator Nuno Cameira), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 14 de Março de 2013, processo n.º 201/06.8TBFAL.E1.S1 (Relator Abrantes Geraldés), disponível em www.dgsi.pt;

TRIBUNAL DOS CONFLITOS

Acórdão de 26 de Abril de 2007, processo n.º 015/06, (Relator Pires da Rosa), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 18 de Dezembro de 2013, processo n.º 028/13, (Relator Távora Victor), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 27 de Fevereiro de 2014, processo n.º 048/13, (Relator Tavares de Paiva), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 27 de Março de 2014, processo n.º 046/13, (Relator Gonçalves Rocha), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 12 de Março de 2015, processo n.º 049/14, (Relator Moreira Alves), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 25 de Março de 2015, processo n.º 053/14, (Relator Teresa de Sousa), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 07 de Maio de 2015, processo n.º 010/15, (Relator Ana Paula Portela), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 07 de Maio de 2015, processo n.º 05/15, (Relator Leones Dantas), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 09 de Julho de 2015, processo n.º 021/15, (Relator Ana Paula Boularot), disponível em www.dgsi.pt;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

Acórdão de 5 de Maio de 2009, processo n.º 0827903 (Relator Maria da Graça Mira), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 13 de Setembro de 2012, processo n.º 128/10.9TBGMR.G1 (Relator Isabel Rocha), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 18 de Dezembro de 2012, processo n.º 6246/10.6TBBRG.G1 (Relator Filipe Carço), disponível em www.dgsi.pt;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

Acórdão de 28 de Setembro de 2010, processo n.º 803/2001.P1 (Relator João Proença), disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão de 14 de Janeiro de 2013, processo n.º 694/09.1TBEST.P1 (Relator Manuel Domingos Fernandes), disponível em www.dgsi.pt;