

# RISCO ADMINISTRATIVO – REGIME CONSTITUCIONAL E LEGAL EM PORTUGAL E NO BRASIL – AS CARACTERÍSTICAS E O DEVER DE INDENIZAR

*Administrative risk – Constitutional and legal system on Portugal and Brazil – Characteristics and the obligation to repair the damage*

**Antônio Ivanir Gonçalves de Azevedo**

**E-mail:** antonioivanir@gmail.com

Curso de Mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Mestrando em Direito Europeu e Internacional pela Universidade Católica Portuguesa

Mediador (ICFML) – Advogado

## Resumo

Responsabilidade civil estatal pelo risco – Diferenças principais entre o sistema constitucional e legal brasileiro e português – Pressupostos do dever de indenizar – Hipóteses de exclusão da obrigação de reparar o dano.

**Palavras-chave:** Responsabilidade estatal pelo risco.

## Abstract

State civil liability for the risk - Main differences between the Brazilian and Portuguese constitutional and legal system - Assumptions of the duty to indemnify - Assumptions for excluding the obligation to repair the damage.

**Keywords:** Responsibility by the risk.

## Introdução

### A propósito do tema

O debate sobre responsabilidade civil estatal já foi um tema tormentoso.

Passou-se da era da total irresponsabilidade para um sistema intermediário, até chegar-se aos modelos atuais. A história registra a mais famosa expressão do absolutismo francês: “L’État c’est moi”. Mas, a concepção segundo a qual o rei nunca erra passou por mudanças, especialmente após a Magna Carta imposta pelos nobres ingleses a JOÃO SEM TERRA, transportando a tradicional regra “The King doesn’t wrong” – uma negativa absoluta – para um modelo mais acertado: “The King can do no wrong”, o que, atualmente, se designa, de forma mais evoluída, para: o Estado não deve errar. Evoluiu-se, portanto, da negativa absoluta da responsabilidade estatal, para um conserto dessa assertiva, na medida em que, pelo aperfeiçoamento da prestação estatal, deve-se minimizar os riscos e as perdas (*duty to mitigate the loss*), e afastar o perigo derivado da própria atividade.

Com isso, quer se demonstrar que o tema evoluiu, de fato, de um sistema de total irresponsabilidade estatal perante os cidadãos (e súditos, à época), para a aceitação de alguma forma de responsabilidade, até se consentir nesta, para os casos de atos ilícitos, o que pressupunha a satisfação de todos os pressupostos gerais da responsabilidade civil: ato lesivo, dolo ou culpa, dano e relação de causalidade. Mas, já por essa época, defendia a doutrina portuguesa a possibilidade de responsabilidade civil pelo risco ou pela iniquidade, em casos previstos em lei.

Entretanto, apesar posição absolutista representada pela famosa frase de Louis XIV em 13 de abril de 1655, veio justamente de duas decisões históricas do *Conseil D’Etat* francês a inauguração de um novo entendimento quanto à responsabilidade pelo risco: a primeira delas, é o *arrêt* CAMES, de 21 de junho de 1895<sup>1</sup>, onde se definiu a possibilidade impor a obrigação de indenizar ao Estado, por aplicação das regras do direito civil; o outro, é o *arrêt* REGANULT-DESROZIERS, de 28 de março de 1919<sup>2</sup>, em que o *Conseil D’Etat* concedeu indenização pela explosão de um depósito de munição, considerando que a hipótese envolvia riscos que excediam os limites normalmente aceitáveis, reconhecendo-se a responsabilidade do Estado independentemente de culpa, ampliando consideravelmente a responsabilidade pelo risco da atividade estatal reconhecida no caso Cames (3-4).

---

1 *Conseil d’Etat, Section, 21 juin 1895, Cames, Requête num. 82490, rec. p. 509.* O Sr. Cames trabalhava no arsenal de Tarbes, e sofreu um acidente de trabalho operando uma forja, quando um pedaço de metal atrofiou sua mão esquerda; como não era funcionário público, e não tinha um fundo de pensão, requereu ao Ministro da Guerra uma compensação e este lhe concedeu a soma de 2.000 francos; Cames apelou ao Conselho de Estado, pedindo uma indenização maior que, embora contestada, findou por ser concedida.

2 *Le 4 mars 1916, le Fort de la Double-Couronne (dans lequel était entreposé une grande quantité de munitions), au nord de Saint-Denis, explosa, provoquant la mort de 23 personnes, en blessant 81 autres et détruisant de nombreux immeubles. À la suite de l’accident, plusieurs personnes firent des recours indemnitaires.*

No regime do Código Civil vigente (1966), admitiu-se a responsabilidade civil extracontratual por atos de gestão privada (artigos 500º e 501º), relegando-se, todavia, a responsabilidade civil extracontratual para o tratamento em leis especiais, o que se consumou através do Decreto-Lei 48.051/1967,<sup>5</sup> atualmente revogado pela Lei 67/2007, que aprovou o Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (RRCEE).

A noção de culpa (ou dolo, em alguns casos), sempre esteve ligada à essência do dever de indenizar e, portanto, um pressuposto histórico da responsabilidade civil. Mas, este aspecto é puramente relacionado à responsabilidade subjetiva, em que o ato danoso resulta da ação ou omissão do causador do dano: é o caso em que o prejudicado só obterá a reparação do prejuízo sofrido, se provar a culpa do agente – uma dificuldade que deriva da utilização e da disposição dos meios de prova, ponto visceralmente tormentoso para os operadores do direito. Outro ângulo da questão, é o que resulta da responsabilidade objetiva, que dispensa a prova da culpa, e deriva simplesmente do risco. É o princípio adotado, por exemplo, pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil brasileiro, ao prever que *“haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*. Na hipótese da responsabilidade objetiva, portanto, o suporte fático subjacente deve apoiar-se na existência de ato praticado por outrem, um dano e o nexa causal, dispensando-se somente a prova da culpa (ou dolo) daquele.

A regra do Artigo 11º do RRCEE convive, porém, ao lado de outras formas, sendo de se recordar, entre elas, a *indenização pelo sacrifício*, prevista no Artigo 16º que versa sobre a compensação por **ato lícito**, igualmente objetiva.

Em resumo, convivem formas diversas do direito de reparar ou compensar danos, a se verificar dessa pequena incursão: **a)** decorrente dos fatos ilícitos (CC, art. 483º, 1), bem como pelo dever de vigilância ou de atividades perigosas (CC, art. 493º); **b)** responsabilidade por atos de gestão (CC, art. 501º), **c)** responsabilidade pelo risco (RRCEE, art. 11º), que não é totalmente excludente do que já disciplina o Código Civil (art. 493º, especialmente n. 2<sup>6</sup>), e a responsabilidade pelo sacrifício (RRCEE, artigo 16º), sem esquecer a atividade judiciária e legislativa.

A diferença, como se verá, é que alguns reclamam a prova da culpa (ou dolo), enquanto outros o dispensam.

Limitamo-nos, todavia, à responsabilidade pelo risco.

---

3 Transpunha-se, portanto, da experiência do direito civil comum para o direito administrativo o reconhecimento da responsabilidade estatal pelo risco da atividade perigosa.

4 CARLA AMADO GOMES cita os precedentes franceses como o marco da responsabilidade civil pelo risco a nível administrativo (Regime cit., p. 716 e 719).

5 “Artigo 8º: O Estado e demais pessoas colectivas públicas respondem pelos prejuízos especiais e anormais resultantes do funcionamento de serviços administrativos excepcionalmente perigosos ou de coisas e actividades da mesma natureza, salvo se, nos termos gerais, se provar que houve força maior estranha ao funcionamento desses serviços ou ao exercício dessas actividades, ou culpa das vítima ou de terceiro, sendo neste caso a responsabilidade determinada segundo o grau de culpa de cada um”.

6 Essa é a opinião, aliás, de CARLA AMADO GOMES, Regime cit., p.718.

Nesse rumo, o trabalho será dividido em duas partes, sendo a primeira (Capítulo 1) relativamente ao regime jurídico e as diferenças entre os sistemas português e brasileiro, e a segunda (Capítulo 2), dedicada aos pressupostos da incidência da espécie e as causas de exclusão.

### Parte 1 - Regime da responsabilidade pelo risco

Constituição Portuguesa	Constituição Brasileira
<p><b>PARTE I</b></p> <p><b>DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS</b></p> <p><b>Título I</b> <b>Princípios Gerais</b></p> <p><b>Artigo 22.º</b> <b>(Responsabilidade das entidades públicas)</b></p> <p>O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.</p>	<p><b>CAPÍTULO VII</b></p> <p><b>DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b></p> <p><b>Seção I</b> <b>DISPOSIÇÕES GERAIS</b></p> <p><b>Art. 37.</b> A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) <b>§ 6º</b> - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.</p>

Quando se compara o regime da responsabilidade estatal, nos sistemas constitucionais português (CRP) e brasileiro (CRFB), a primeira indagação a fazer, a partir da leitura do artigo 22º da primeira e do artigo 37, § 6º da segunda, considerando a tônica de uma e outra, é: trata-se da mesma hipótese?

Em princípio, afigura-se admissível que ambos os dispositivos contemplem uma espécie de tutela em favor dos particulares ou mesmo de pessoas coletivas.<sup>7</sup> A CRP, entretanto, situa a questão entre os *direitos e deveres fundamentais*, enquanto a CRFB o faz quanto ao trato da administração pública. Ao fim e ao cabo, ambas encobrem um leque de proteções idênticas, mesmo que a primeira

7 Ou, como qualquer garantia fundamental geral, em favor de qualquer tipo de personalidade reconhecida pelo direito.

alcance um espectro muito mais amplo que a segunda, contemplando o risco social, alcançando uma ampla gama de possibilidades<sup>8</sup> e, contra aqueles que defendem uma interpretação topológica dos institutos jurídicos, colocando a posição destes antes do contexto geral da norma jurídica onde produzido;<sup>9</sup> mas, tal aceção vai contra a noção primeira de um sistema normativo harmônico onde as regras são estabelecidas de maneira a idealizar o equilíbrio do todo,<sup>10</sup> de modo que as idiosincrasias eventualmente localizadas seriam formas epidêmicas de desconstrução ou defeitos materiais unicamente invocáveis para proteger os direitos garantidos. Portanto, a leitura que se faz do artigo 22º da CRP não se divorcia, de modo algum, de uma outra, que se refere à *garantia da tutela jurisdicional efetiva*, prevista no artigo 20º da mesma Carta. Mas, estaria esta *dimensão subjetiva* em descompasso com a liberdade da administração pública, a ponto de a CRP estender a esta, de modo expresso, a obrigatoriedade da observância dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, conforme o Artigo 18º? Em outros termos: precisaria a Constituição dizê-lo? CANOTILHO anota que não é apenas a vinculação do legislador e da administração pública, como função, mas dos **atos normativos em si**<sup>11</sup> – o que desborda, ao final, em termos de direito administrativo, para os órgãos jurisdicionais e para o legislador (enquanto *função* e não como *poder*). Por isso, mais adiante, afirma que “no âmbito de proteção 22º da CRP incluem-se ações de responsabilidade por atos ilícitos” sejam eles atos jurídicos ou materiais (12-13).

Por aí já se vê que há uma diferença essencial entre a garantia fundamental prevista no artigo 22º da CRP, e a norma que pretendemos usar em comparação – o § 6º do art. 37 da CRFB. De fato, esta última, quando menciona as pessoas jurídicas de direito público, e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, como responsáveis pelos danos que seus agentes causarem, assegurando o direito de regresso em caso de dolo ou culpa, lança à tona vários graus de efeitos: **a)** a uma, que ao equiparar as pessoas jurídicas de direito público – como órgãos do Estado, ou seus agentes – às pessoas jurídicas de direito

8 JORGE MIRANDA anota uma série de enraizamentos resultantes da extensão do artigo 22º - Direitos Fundamentais cit., p. 430-431.

9 Aqueles que o defendem, entretanto, a nosso ver podem incidir em distorções, já que a CRP, tal qual a CRFB, inserem no capítulo dos direitos fundamentais uma regra idêntica, inspirada na IX Emenda da Constituição Americana: os direitos fundamentais elencados não excluem outros que estejam igualmente regulados no texto Magno. No Caso da CRP: artigo 16º; na CRFB, art. 5º, § 3º. Na Emenda IX da Constituição Americana: “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”.

10 O que chama atenção, no sistema processual constitucional brasileiro, para a técnica da *interpretação conforme*, enquanto técnica para não se enclausurar, ou não mutilar a norma, permitindo sua sobrevivência, quando assim seja possível.

11 CANOTILHO, J.J., Direito Constitucional... cit., p. 441.

12 Op. Cit., p. 508. Canotilho designa como atos jurídicos os atos administrativos, e materiais: erros de diagnóstico de um médico, uso de armas de fogo, buracos e valas na via pública sem sinalização.

13 Deste modo, a responsabilidade pelos atos lícitos estaria no artigo 62º da CRP, sem que se descure que o princípio que o informa é aquele previsto no artigo 2º.

privado que exerçam funções públicas, não está automaticamente guindando estas últimas à qualidade da primeira, como ocorre, vista grossa, no direito português, porque, de rigor, as pessoas privadas respondem independentemente do Estado (exemplo: caso do transporte público concedido pela União), mas não se excluiria do polo passivo a entidade pública em caso de obra contratada mediante licitação – indicando a típica condição de responsabilidade por ato de gestão. Já quando aponta o núcleo da questão: responder pelos *danos causados a terceiros* – que é a essência da garantia em causa – não resta qualquer dúvida que se refere à responsabilidade pelo **risco**;<sup>14</sup> entretanto, a seguir, também contempla a responsabilidade civil por atos ilícitos em geral, ao estabelecer a obrigatoriedade do direito de regresso em caso de *dolo ou culpa*, mesclando, pois, à responsabilidade objetiva alguns critérios que seriam condizentes com a subjetiva, mas sem desprestigiar, em absoluto, a primeira.

Ficou para a legislação infraconstitucional, portanto, dirimir a extensão.

#### A) Direito Português:

No que interessa ao caso, a regra a examinar é a do Artigo 11º do RRCEE, aprovado pela Lei 67/2005, que dispõe:

---

#### Artigo 11.º

##### Responsabilidade pelo risco

1 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização.

2 - Quando um facto culposo de terceiro tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem solidariamente com o terceiro, sem prejuízo do direito de regresso.

---

Esta regra alterou o conceito de responsabilidade pelo risco previsto no antecedente regime do Decreto-Lei 48.051, que, em seu Artigo 8º, apresentava redação um pouco diversa, havendo quem critique a mudança. De fato, o regime anterior previa a responsabilidade por prejuízos especiais e anormais resultantes do funcionamento do serviço público, enquanto que a norma vigente traz à baila

---

14 Essa, aliás, é a posição de HELY LOPES MEIRELLES, em sua imortal obra *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., p. 782. Voltar-se-á ao tema na segunda parte deste trabalho.

os danos decorrentes das *atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos*, a nosso ver concretizando de forma mais veemente os conceitos um pouco vagos concernentes a defeitos do funcionamento do serviço público.<sup>15</sup> Há mais de responsabilidade *in vigilando*, neste caso, de modo que os riscos da atividade administrativa só podem ser contidos e os danos evitados, em havendo o devido cuidado.<sup>16-17</sup>

O que está na essência desta questão, entretanto, é que a aplicação da regra tem por escopo *atividades, coisas ou serviços especialmente perigosos*, não reclamando qualquer *juízo de censura do agente*<sup>18</sup> e, portanto, independente da culpa. Vale reafirmar, todavia, que se trata de um risco social em atividade em que **normalmente** perigosa.

## B) Direito brasileiro:

Na legislação brasileira, antes do vigente Código Civil, havia o art. 15 do Código revogado (Lei 3.071, de 1º/01/1916), que dispunha: “*as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano*”.

Foi substituída pelo art. 43 do Código vigente (Lei 10.406/2002), que prescreve:

---

Art. 43. *As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.*

---

No regime anterior, era firme o entendimento doutrinário no sentido de que o art. 15 do CC/1916, nunca admitiu responsabilidade estatal sem culpa, debate que resultou bastante longo naquele tempo, pois defendia-se que havia

---

15 Mário Aroso de Almeida, em sua obra “Teoria Geral...” cit., p. 596-597, aponta que o conceito de responsabilidade pelo risco ficou mais claro, “na medida em que muitas das coisas e atividades passíveis de serem qualificadas com o perigosas, para os efeitos do disposto no artigo 11º, são coisas e atividades em relação as quais a Administração se impõe um específico dever de vigilância”.

16 Ainda assim, “incumprimento do dever de vigilância”, como anota Mário Almeida – Op. Cit., p. 595.

17 Convém a leitura do artigo 493º, n. 2, do Código Civil. Segundo CARLA AMADO GOMES, o regime deste dispositivo convive harmoniosamente com a regra do artigo 11º da RRCEE (Regime cit., p. 718).

18 Mais uma vez, MÁRIO ALMEIDA, op. Cit., p. 596.

necessidade de demonstrar-se da culpa civil da administração.<sup>19</sup> ALVINO LIMA, citado por HELY, em sua obra “*Da culpa ao risco*”,<sup>20</sup> sustentou que “O Código Civil Brasileiro, seguindo a tradição de nosso Direito, não se afastou da teoria da culpa; como princípio genérico regulador da responsabilidade extracontratual” (citação textual).

As mudanças só começaram a operar a partir da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18/09/1946, que acolheu a teoria objetiva do risco administrativo.<sup>21</sup> Em seus antecedentes, está a *falta do serviço* da qual resulta a *culpa da administração*, onde não se cogita de culpa subjetiva do agente ou da entidade pública; a culpa não é dispensada, neste caso, para apurar-se a responsabilidade da administração – trata-se, entretanto de modalidade diversa da culpa civil (por isso denominada culpa administrativa),<sup>22</sup> e manifesta-se nas seguintes possibilidades: **a)** inexistência do serviço, **b)** mau funcionamento do serviço e, **c)** retardamento ou demora do serviço. A diferença entre *culpa administrativa* e a *teoria do risco administrativo*, pois, resulta do seguinte: a primeira exige *falta do serviço*, e o lesado teria de provar a falta, enquanto a última reclama unicamente o *fato do serviço*, impondo o dever de indenizar pelo só fato do ato lesivo, independente de qualquer prova quanto à falha ou culpa.<sup>23</sup> Há traços da noção de *risco social* ou da *solidariedade social* na base desta construção.<sup>(24-25)</sup>

19 Esse histórico é especialmente analisado por HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo...” cit., p. 783, que, mesmo assim, defende já se antever por aí os prenúncios da teoria do risco administrativo. Em nota de rodapé, o festejado administrativista lembra as obras de Pedro Lessa (RT 63/345), Philadelpho Azevedo (DJU 17.6.43), Orozimbo Nonato (DJU 2.2.43), Noé Azevedo (RT 50/293), Aguiar Dias (Da responsabilidade civil, v. II, 1954, p. 484), obras raras.

20 Hely Lopes Mirelles, op. Cit., p. 783. A obra de Alvino Lima foi publicada em 1938.

21 Ainda segundo o histórico registrado por Hely Lopes Meirelles, p. 783. De fato, a Carta de 1946, previa: “Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”. A CF/46 foi a quinta constituição brasileira, considerando-se a primeira em 1824 (Constituição Imperial), a Constituição Republicana de 1891, e as constituições revolucionárias (outorgadas) de 1934, substituída pela monocrática “polaca” de 1937. Em 1946, portanto, teve-se a segunda constituição realmente democrática.

22 Nesta hipótese, de *culpa administrativa por falta do serviço*, compete ao prejudicado fazer a prova da falta – de modo que a objetivação é significativamente frágil.

23 Como no caso do RRCEE em exame (art. 11º), a teoria do risco administrativo baseia-se no risco que a atividade pública impõe ao administrado e na possibilidade de causar-lhe danos não extensivo aos demais cidadãos da comunidade, de modo que, semelhante à compensação pelo sacrifício, a comunidade deve concorrer para reparar o dano individualmente sofrido.

24 Cfe. Paul Duez, *La Responsabilité de la Puissance Publique*, 1927, p. 15, citado por Hely Lopes Meirelles, op. Cit., p. 781.

25 Não há se confundir, entretanto, a *teoria do risco administrativo* com a *teoria do risco integral*, em que há uma objetividade extremada, em que a administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano sofrido pelos particulares.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988, como já visto, adotou critério diverso. E o Código Civil de 2002, como não poderia deixar de ser, seguiu-lhe os passos. Foi um considerável avanço.<sup>26</sup>

### C) Das diferenças:

É notável a diferença entre os sistemas analisados neste capítulo, em se tratando da *responsabilidade pelo risco* no sistema português, e a responsabilidade objetiva pelo risco administrativo no direito brasileiro: plenamente perceptível que a regra do artigo 11º do RRCEE disciplina uma estreita gama de atividades estatais, ou por órgãos ou agentes do Estado, e um leque mais amplo no art. 43 do Código Civil Brasileiro (CCB).

Assinala-se, pois, o ensinamento de MARIO AROSO DE ALMEIDA,<sup>27</sup> quando aponta a *estrutura dualista* do regime de responsabilidade da administração pública (portuguesa), consistindo na responsabilidade subjetiva e objetiva. O RRCEE, neste particular, trata de todas elas, ou seja, tanto da responsabilidade por ato ilícito decorrente da culpa (ou dolo) do agente, quanto da responsabilidade sem culpa, por ato ilícito ou lícito, embora certo que, no regime desse estatuto, só é aplicável em decorrência de um ato de *gestão pública*, ficando excluídos, por isso, os atos de gestão privada enquanto tal. Muitas questões emergem do ato censurável: saber-se quanto ao estatuto aplicável a uma entidade pública (se é o RRCEE ou o Código Civil<sup>28</sup>), bem como, em relação a pessoa de direito privado, se é aplicável o regime da responsabilidade estatal ou privada. É evidente que disso depende, fortemente, perquirir-se a incidência do Artigo 1º, n. 5, do RRCEE: verificar se as ações ou omissões resultam do exercício de prerrogativas de poder público e ou estejam reguladas por disposições e princípios de direito administrativo: é quando um ou outro estatuto pode ser empregado.<sup>29</sup> Um fato administrativo deve derivar de um ato administrativo: por isso, admite-se a responsabilidade estatal por atos privados, como é o caso de pessoas coletivas contratadas para realização de obras públicas – um exemplo recorrente.

26 Cabe o registro de o Código Civil de 2002, originado no Projeto 634-B, tramitou durante 27 anos no Congresso Nacional, sendo trabalho de uma comissão presidida por Miguel Reale, e que era composta por ilustres juristas e professores: José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Torquato Castro e Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, este último um notável catedrático da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com formação francesa e alemã, que influenciou grandemente a construção da parte relativa ao direito das obrigações e à parte geral.

27 Vide, a respeito, capítulo final da obra “Teoria Geral do Direito Administrativo” cit., pp. 551-597, quando o autor apresenta o rol de hipóteses envolvendo a “Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública”.

28 Porque o Código Civil pode ser aplicado, de forma residual.

29 Apenas por registrar, no passado fazia-se distinção entre *atos de império* e *atos de gestão*, admitindo-se a responsabilidade estatal apenas nestes últimos (portanto, os *atos de império*, no direito brasileiro, estavam fora do alcance da responsabilidade civil, tal qual o *fato do príncipe*). Decisões, ainda recentes, consideram, por exemplo, que nos atos de mera autorização, subsistiria a precariedade capaz de autorizar a revogação, por interesse da administração

Outras formas de responsabilidade por ato estatal são igualmente contempladas, como se verifica do RRCEE. CANOTILHO observa, a este respeito, a *responsabilidade pelo fato da função jurisdicional*<sup>30</sup> e a responsabilidade do Estado Legislador.<sup>31</sup>

Superada tal questão, verifica-se a derivação das várias hipóteses:

- a) Verificar se é ato ilícito decorrente de ação ou omissão, em que o dano seja resultante de uma atitude culposa (ou dolosa) do agente – neste caso, a responsabilidade pode ser subjetiva – e a administração poderá ser responsabilizada em se tratando de fato praticado não só no exercício da função pública, quando o ato esteja regulado pelo direito administrativo;
- b) Verificar se o ato decorre de falta do serviço, como falha no dever de vigilância, ou de observância de regulamentos e normas especiais aplicáveis a situações complexas ou atividades perigosas, em que o agente tenha agido com culpa em razão de desídia no cumprimento de suas funções: sendo um ato de gestão pública e acobertado pelos princípios do direito administrativo, haverá responsabilidade objetiva da administração, e solidária do agente, que também deverá responder perante a administração pelos danos que esta houver de indenizar;<sup>32</sup>
- c) Verificar se o ato resulta puramente de do fato da atividade,<sup>33</sup> coisa ou serviço especialmente perigosos – em que a responsabilidade é objetiva da administração, independentemente da prova da culpa (ou dolo) do agente que a tenha praticado.

As três formas resultam na responsabilidade civil extracontratual do Estado. Mas, em uma delas, ao menos, haverá necessidade da prova da culpa do agente, o que não se exigirá nas demais.

---

pública, sem direito a reparação (vide acórdão no processo nº 0006741-14.2009.8.16.00, da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, in [www.tjpr.jus.br](http://www.tjpr.jus.br), ou no processo eletrônico – Projudi – link “consulta pública”: [https://projudi.tjpr.jus.br/projudi\\_consulta/](https://projudi.tjpr.jus.br/projudi_consulta/)

30 CANOTILHO, “Teoria...” cit., p. 508. E anota: CRP, Artigo 27/5 e 29/6 (e artigos 225º e 226º do Código Penal).

31 Idem, p. 510.

32 Estaria compreendido nesta o “dever de fiscalizar”? CARLA AMADO GOMES registra, por exemplo, a questão do Amianto, assinalando que, na França, já se registram condenações pela exposição ao amianto, por “omissão das medidas de fiscalização” (in “Risco(s) de civilização...”cit., p. 8 (em nota de rodapé, aponta o acórdão do Conseil D’État de 03 de março de 2004 no caso *Ministre de l’Emploi et de la Solidarité Vs. Consorts Borella*).

33 Não há se confundir, neste caso do Artigo 11º do RRCEE, **responsabilidade pelo risco** com a **teoria do risco administrativo**. Como assinala Hely Lopes Meirelles, a *teoria da culpa administrativa* foi o início da transição da doutrina subjetiva da culpa civil e a teoria objetiva do risco administrativo.

## Parte 2: Pressupostos do dever de indenizar

Já se viu que o princípio da responsabilidade e do dever de indenizar, antes de chegar à concepção moderna e objetiva da *teoria do risco administrativo*, passou por fases em que, mesmo em menor grau, havia necessidade de prova da culpa. Portanto, nos primórdios, os pressupostos do dever de indenizar contemplavam a necessidade da demonstração dos seguintes elementos: **a)** a ação ou omissão do agente; **b)** existência comprovada de um **dano** (*damnum*<sup>34</sup>), **c)** a culpa (ou dolo) do agente e, **d)** o nexo de causalidade (entre a ação ou omissão e o dano).

Ao chegar-se, porém, na moderna teoria da responsabilidade objetiva, tal como estamos tratando, dispensa-se a prova da culpa. Resta, portanto, apenas a demonstração do dano, da ação omissão, e do nexo de causalidade.

Há que se tratar, entretanto, dos pressupostos específicos, no caso das atividades relacionadas no artigo 11º do RRCEE.

### A) Pressupostos específicos do dever de indenizar:

No regime do Decreto-Lei 48.051, tinha-se os requisitos quanto aos “...danos especiais e anormais do funcionamento de serviços administrativos excepcionalmente perigosos ou de coisas e atividades da mesma natureza...”. Na técnica do RRCEE, essa construção foi substituída por conceitos mais precisos: “...atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos...”. Logo, a exigência da prova quanto a danos especiais e anormais foi modificada para contemplar serviços especialmente perigosos.

Assim como não se haveria de confundir *danos especiais e anormais* com fatos especiais e anormais: haveria inferência absurda à admissão do *risco integral*, o que não é o pressuposto da norma. Mas, quando se passa a considerar *situações perigosas*, o critério legal é alterado substancialmente, para adotar, ao que tudo indicado, o *fato do serviço*, como uma característica especial deste: ser notoriamente perigoso.

É o que Canotilho denomina *atos materiais*,<sup>35</sup> podendo-se relacionar, entre as atividades do Estado, algumas delas:<sup>36</sup>

- a) Guarda ou manuseio de explosivos;
- b) Operações policiais com uso de armas de fogo;
- c) Segurança pública;
- d) Realização de obras públicas;
- e) Atos médicos;
- f) Guarda de menores, deficientes mentais e delinquentes;

34 **Damnum**, do latim: perda, estrago ou prejuízo causado por alguém.

35 Vide nota n. 12.

36 Os exemplos indicados não excluem outros, decorrentes de muitas atividades estatais que, por sua natureza, possam ser consideradas perigosas.

- g) Atividade dos presídios;
- h) Defesa contra incêndios.

Tratar-se de **atividade perigosa**, no caso, é o pressuposto específico que, ao lado do dano, é exigido pela norma como elemento integrador do tipo jurídico. No novo regime, portanto, a síntese da *excepcionalidade* e da *anormalidade* e *especialidade* referem-se a um contexto factual que diverge do transcurso normal da vida do cidadão, devendo admitir-se uma interpretação aceitável de que o risco da atividade desborda da realidade comum e corriqueira das demais atividades produtivas. Além disso, o risco é direcionado ao terceiro, e não ao agente público que exerce a atividade. É aquele que não exerce ou não está submetido à atividade perigosa o destinatário da norma e o sujeito ativo da pretensão material e processual à reparação.

Nesta modalidade, portanto, os atos dos agentes públicos, em princípio, inserem-se na qualidade de atos lícitos, porque se presumem qualificados para as respectivas atividades: assim o médico cirurgião, que realiza um ato cirúrgico de extrema gravidade, ou o sapador, que se arrisca em um incêndio para salvar vidas ou minorar os prejuízos materiais aos bens dos cidadãos. A segurança pública, por isso mesmo, exercendo uma atividade legalmente prevista (lícita), pode colocar o público em perigo em razão do *mínus* dos seus encargos profissionais. Entretanto, o abuso praticado pelo agente público no exercício de sua atividade não exime a responsabilidade estatal: imagine-se, por exemplo, que, numa perseguição policial, cidadãos que tentam desviar-se da área de risco sejam confundidos com delinquentes, perseguidos e atingidos por projéteis disparados pelas armas dos agentes públicos – um erro, no caso; mas não exime a responsabilidade. Outra situação similar se dá quando o agente público age em desconformidade com seus deveres e abusa da condição do cargo para prejudicar o cidadão – são fatos que escapam à questão do risco da atividade, mas não eximem a reparação, ingressando-se, neste caso, na típica condição de reparação solidária, ou de regresso.<sup>37</sup> Por isso, relevante que não sejam descurados os deveres de cuidado do agente público, pois, como destaca CARLA AMADO GOMES, em tal caso, passa a ser **ato ilícito**, ampliando as condições de reparação.<sup>38</sup> Também é digno de registro acórdão citado em sua obra, que destaca que *atividade perigosa é aquela que merece o qualificativo enquanto tudo corre bem, e não a que somente se percebe quando as coisas correm mal e os danos acontecem, pois a perigosidade há-de estar no processo e não no resultado*.<sup>39</sup>

O **nexo de causalidade** está a seguir indicado: não é dispensável, pois é a relação fático-jurídica entre o ato e o dano sofrido pelo terceiro. Não se trata de uma linha tênue que os relaciona: há de haver estreita relação, competindo ao lesado a demonstração do mesmo.<sup>40</sup> É o que eleva o fato, do plano da existência, para o plano da eficácia e respectivamente, da irradiação de efeitos jurídicos.

---

37 Sendo, em tal caso, obrigação do Estado demonstrar a culpa ou dolo do agente público.

38 CARLA AMADO GOMES, comentários ao artigo 11º do RRCEE, in “Regime da Responsabilidade...” cit., p. 720.

39 Idem, p. 722, citando acórdão STA de 25 de outubro de 2010, no proc. 1250/09.

40 Não se confunde a demonstração da ocorrência do fato danoso e do nexo de causalidade com

## B) Da reparação:

Uma vez constatado o dano, há que se estabelecer os meios de reparação.

Não há um critério fixo, adotando-se, em cada caso, um formato próprio, mediante a identificação do dano, vinculado ao seu objeto, razão pela qual, conforme pondera a doutrina, será extremamente raro ocorrer a reparação plena e completa.

O trato comum às reparações civis é que contemplem os lucros cessantes e danos emergentes, ou seja, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixará de ganhar – especialmente em atividades ou propriedades produtivas.

N RRCEE, o Artigo 3º trata da obrigação de indenizar, estabelecendo-se alguns parâmetros, dos quais se destacam:

- a) Reconstituir a situação que existiria, não fosse o evento danoso;
- b) Pagamento em dinheiro, quando a reconstituição não seja possível, não repare integralmente os danos, ou seja, excessivamente onerosa;
- c) Indenizam-se os danos patrimoniais e não-patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais do direito.

Assim sendo, dir-se-ia que a previsão à reparação ampla e completa está contemplada na lei e deveria ser procedida como tal. Porém, como ressaltam os tratadistas do tema, não raro o caso tem de ser definido pelos tribunais, dada a insuficiência da reparação promovida pela administração.

Como é sabido, a partir da experiência que se alargou em França com os estudos brilhantes de grandes civilistas do século findo, o espectro da reparação civil ganhou dimensões imponderáveis e, em algumas circunstâncias, até mesmo comportando espécies diferentes em face a um mesmo fato.

O destinatário do direito é o lesado, de modo a ser válido considera-se a necessidade da *restitutio in integrum*, sendo defendido como razoável a ponderação do recurso à equidade, à proporcionalidade e razoabilidade, o que refugiria dos padrões mais amplos da reparação civil comum.

## C) Exclusão do dever de indenizar:

Outrossim, prevê o mesmo artigo 11º, segunda parte, que o dever de reparar o dano pode ser reduzido ou excluído quando se comprovar: **a)** força maior ou **b)** concorrência de culpa do lesado.

Já no direito brasileiro, a proteção da pretensão sempre decorre de atos dos agentes públicos pelos danos ocasionados a terceiros, não se incluindo nesse rol a possibilidade de reparação em virtude de atos predatórios ou de fenômenos

---

qualquer tipo de **prova** que retire a objetividade da responsabilidade. Estar-se-ia falando, então, da culpa do agente, o que não é o caso.

naturais. Dado não se aceitar a garantia ampla e irrestrita do Estado pelo risco integral, não é reparável o dano em que: **a)** não haja intervenção direta ou indireta de um agente público em razão dessa condição e da preeminência da atividade administrativa, **b)** seja demonstrada a culpa do lesado. A exceção se dá, no caso, apenas quando houver omissão da administração: **(a)** seja minimizada a segurança pública em atos de manifestação violenta; **(b)** o agente público omita-se em evacuar a população em caso de um rompimento de uma barragem ou dique; **(c)** omita-se de fiscalizar a segurança de barragens e, em decorrência de algum ato negligente e de fenômenos naturais conjugados, o dique venha a romper-se. É necessário que se tenha presente o pressuposto da atuação funcional, pois o simples fato do rompimento do dique em decorrência de um fenômeno natural não induziria, por cima, a responsabilização estatal; mas, se o dano decorrer de omissão dos deveres de vigilância e fiscalização, a situação é diversa.

A **ausência do nexo de causalidade**, por sua vez, também exclui a responsabilidade. A *faute du service*, importada para o direito luso da experiência francesa, quando haja um funcionamento anormal do serviço, ou a falta dele, ou retardo, não dispensa a prova da relação de causa e efeito entre a falta e o próprio dano. Por isso, a importância de que seja demonstrado;<sup>41</sup> entretanto, se a administração alegar ausência deste, inverte-se o ônus da prova.

Finalmente, nos casos de responsabilidade solidária ou direito de regresso, bem como na culpa do lesado, também há inversão do ônus da prova, que compete ao Estado, no exercício de sua defesa. Tem-se, portanto, hipótese em que a responsabilidade objetiva se resolve, na esfera da reparação via do regresso, pela responsabilidade subjetiva.

## Conclusões

A abordagem adotada permitiu, partindo da visão sobre a teoria do risco administrativo, em que se firmam as bases do § 6º do art. 37 da Constituição brasileira, pela herança doutrinária francesa que a orientou, inclusive na evolução dos conceitos de responsabilidade estatal, desde a Constituição de 1946, estabelecer que a *responsabilidade pelo risco* tratada no RRCEE é uma peculiaridade – ou uma fração – do que seja a responsabilidade civil estatal. Portanto, da visão global do sistema, tanto brasileiro, quanto português, passou-se à avaliação de uma questão específica, que diz respeito aos fatos relacionados a atividades potencialmente perigosas que o Estado, no exercício do seu múnus, precisa desempenhar e, por essa razão, haveria de o disciplinar. No Brasil, não há uma lei específica a tratar da responsabilidade civil extracontratual, nem pública, nem privada (excetuadas algumas situações pontuais), derivando dos direitos fixados na Constituição de 1988 as regras do Código Civil de 2002, que, em bom tempo, evoluiu da mescla de teorias de responsabilidade subjetiva juntamente com objetiva, onde, em algum grau, haveria de se responder pelo ônus da prova de algum grau de culpa – ora relegado definitivamente ao direito de regresso.

---

41 Outras situações poderiam ser identificadas, em caso contrário: como a responsabilidade civil pela perda de uma chance. Ainda assim, haveria de se questionar o nexo de causalidade.

São diferentes, portanto, os tratos apontados no artigo 22º da CRP com o mandamento contido no § 6º do art. 37 da CRFB, pelas razões que já foram analisadas. Mas, diga-se de passagem, nesse ponto, a proteção do direito português encontra-se muito mais evoluída, principalmente diante da regulamentação da responsabilidade, no RRCEE. Dir-se-ia, em conclusão, que, assim como a legislação brasileira se espelhou na experiência portuguesa em muitos seguimentos – cláusulas gerais e defesa dos consumidores, para iniciar a citar exemplos – esse tipo de regulamentação é carente de ser revisto pelo legislador brasileiro, a quem se concede uma ampla liberdade de opções (desde que resguardadas as garantias asseguradas nas cláusulas pétreas da Carta de 1988).

Porto, 15 de janeiro de 2020



# BIBLIOGRAFIA

# ARTIGO

## Risco Administrativo - Regime Constitucional e legal em Portugal e no Brasil - As características e o dever de indenizar

ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria Geral do Direito Administrativo*. Coimbra, Almedina, 5ª ed., 2018.

BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais*. Coimbra, Almedina, 2010.

CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 7ª ed., 21ª reimpressão.

GOMES, Carla Amado. *Anotações ao artigo 11º - Responsabilidade pelo Risco*. "In" Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (obra coletiva - Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão - coordenadores), Lisboa, 2ª Ed, 2018, AAFDL Editora, pp. 713-740.

GOMES, Carla Amado. *Risco(s) de civilização, responsabilidades comunicacionais e irresponsabilidades residuais*, Julgar, nº 20, 2013, Coimbra Editora, pp. 225-245.

MEIRELLES, Hely Lopes e Burle Filho, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, São Paulo, 42ª ed., 2016.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra, Almedina, 2ª ed, 2018.

MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade*. Coimbra, Almedina, 2017.

OTERO, Paulo. *Direito Fundamental à responsabilidade civil dos poderes públicos e crise financeira: esboço de uma metódica ponderativa de restrição*. "In" Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (obra coletiva - Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão - coordenadores), Lisboa, 2ª Ed, 2018, AAFDL Editora, pp. 23-34.

PEREIRA DA SILVA, Ana. *O conceito de danos ou encargos especiais e anormais - Análise da sua aplicação doutrinária e jurisprudencial*. Faculdade de Direito - Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa - Dissertação de Mestrado 2017 (disponibilizado pela Biblioteca da UCP).