



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Lucas Silva Moreira

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NO
EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NOS SISTEMAS BRASILEIRO E
PORTUGUES**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Administrativo.

Orientador: Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade

Coimbra
2014

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela coragem e força constantes.

Aos meus familiares, pelo apoio incondicional, carinho e atenção em todos os momentos.

Ao Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade, pelo tempo despendido na leitura, preciosas observações e orientação. Mais que um orientador, foi sempre amigo dos seus orientandos, ensinando-lhes mais do que Direito.

Ao Professor Doutor Pedro António Pimenta Costa Gonçalves, pela amizade e apoio.

Ao Professor Doutor Mário Alberto Pedrosa dos Reis Marques, pela sabedoria e atenção.

Aos demais professores Doutores da Faculdade de Direito, pela amizade.

De forma especial, agradeço à Professora Lúcia Massara pelo apoio e empréstimos das obras indispensáveis à investigação do assunto e à Doutora Esther Margarida Alves Ferreira Bastos pelo apoio recebido.

Por fim, agradeço a todos os amigos do mestrado, em especial à Cátia Sousa e todos aqueles que de alguma forma contribuíram para que este trabalho se tornasse realidade.

RESUMO

O escopo do presente trabalho é o estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado nos sistemas brasileiro e português, mais especificamente no que tange ao exercício da função administrativa. Busca-se para tanto, a origem e os conceitos fundamentais do Estado, passando pelo estudo do instituto da responsabilidade civil do Estado, sua natureza jurídica e evolução, bem como a compreensão do delineamento constitucional nos dois ordenamentos jurídicos relacionados à matéria, com referência aos princípios justificadores e seus pressupostos de atuação e causas excludentes.

Perfaz-se, ainda, um estudo teórico da responsabilidade civil objetiva do Estado, diferenciando-a das situações em que se confere ao Estado a prerrogativa de realizar um sacrifício de direito, ao qual corresponde o dever de prévia indenização.

Ao final, será elaborada a síntese conclusiva em relação à responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa nos dois ordenamentos, de acordo com os estudos desenvolvidos ao longo do presente trabalho.

Palavras-chave: Estado – responsabilidade civil – função administrativa – direito administrativo.

ABSTRACT

The scope of this work is the study of state tort systems in Brazilian Portuguese and more specifically in relation to the exercise of administrative function. Seeks to both the origin and the fundamental concepts of the state, through the study of the institution of civil liability of the State, its legal nature and evolution, as well as understanding of the constitutional design in both jurisdictions relating to the matter, with reference to the principles and justifying their assumptions and excluding causes of action.

Also, make up a theoretical study of objective liability of the state, differentiating the situations in which it gives the state the prerogative to make a sacrifice of law, to which corresponds the duty of prior compensation.

Finally, the concluding summary will be prepared in relation to non-contractual liability of the State in the exercise of administrative function in both systems, according to studies conducted throughout this work.

Keywords: State - civil liability - administrative duties - administrative law.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ART - Artigo

CC – Código Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CF/88 – Constituição Federal do Brasil de 1988

TC – Tribunal de Conflitos

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 1. A FIGURA DO ESTADO | 10 |
| 1.1 Conceito e origem | 10 |
| 1.2 A personalidade jurídica do Estado..... | 19 |
| 2. O ESTADO E O DIREITO..... | 30 |
| 2.1 O Direito do Estado e o Estado de Direito | 30 |
| 3. AS BASES DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL..... | 36 |
| 3.1 As teorias da responsabilidade civil do Estado | 36 |
| 3.2 A natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado | 44 |
| 4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO – BREVES LINHAS | 46 |
| 5. O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE CIVIL..... | 53 |
| 6. O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL EM CADA SISTEMA (PORTUGUES E BRASILEIRO)..... | 54 |
| 7. A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS PODERES CONSTITUÍDOS NOS DOIS SISTEMAS | 61 |
| 7.1 Considerações iniciais | 61 |
| 7.2 O Decreto-Lei n.º 48.051, e 21 de novembro de 1967 | 61 |
| 7.3 A Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro..... | 63 |
| 7.4 O art. 22.º da Constituição da República Portuguesa..... | 66 |
| 7.5 A dualidade de regimes substantivos | 67 |

| | |
|--|-----------|
| 7.6 A responsabilidade civil extracontratual da Administração por omissão..... | 73 |
| 7.7 A responsabilidade delitual por comportamentos comissivos..... | 78 |
| 7.8 A responsabilidade por comportamentos comissivos: pelo risco e por fatos lícitos | 80 |
| CONCLUSÃO..... | 88 |
| BIBLIOGRAFIA | 90 |
| LEGISLAÇÃO..... | 96 |
| PERIÓDICOS | 97 |
| JURISPRUDÊNCIA..... | 97 |

INTRODUÇÃO

O jurista brasileiro Yussef Said Cahali em obra referencial no cenário brasileiro acerca do tema responsabilidade civil do Estado¹, traz, no contexto de seu estudo, determinada assertiva que tomaremos como ponto de partida para este estudo. Afirma o autor que “o tema da responsabilidade civil da Administração Pública no plano do direito comparado é de reduzida importância para a compreensão do instituto no contexto do nosso direito”. Isso se dá, segundo o autor, pelo fato de a matéria ser disciplinada autonomamente de acordo com as particularidades de cada sistema jurídico².

O objetivo deste trabalho é realizar um estudo de direito comparado sobre a forma pela qual o instituto da responsabilidade civil da Administração Pública se desenvolve nos sistemas jurídicos brasileiro e português. As colocações postas pelo autor poderiam desencorajar qualquer persistência em abordar a temática escolhida. Não obstante, em contrapartida, insistindo-se no estudo do tema, as ponderações do jurista colocam no horizonte um desafio inicial, qual seja, demonstrar a relevância e pertinência de se tratar a matéria no âmbito comparado.

Este entendimento, todavia, traz subjacentes determinadas concepções sobre uma série de questões prévias, as quais não podem ser desconsideradas para que a conclusão lançada se mostre pouco satisfatória.

Neste contexto, uma pergunta suscita esclarecimento – o instituto da responsabilidade civil da Administração Pública é matéria relegada totalmente à livre margem de conformação do legislador ordinário ou seu delineamento geral é inerente à estrutura constitucional observada por um Estado de Direito? Esta questão é central pois caso se entenda que a matéria está posta sob a perspectiva discricionária do legislador, não há outro caminho a não ser dar razão ao autor. Todavia, caso se consiga demonstrar que existe uma base constitucional sólida e comum aos Estados de Direito que desenvolvem o instituto de determinada forma e sentido, aí sim, a análise comparada mostrar-se-á fundamental.

¹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 3ª edição.

² *Idem*, p. 25-26.

O início do trabalho começa com a origem e conceituação do Estado, passando pela sua personalidade jurídica até chegarmos ao Estado de Direito. Em seguida, será estudado as teorias da responsabilidade civil do Estado no exercício da função administrativa, referencial teórico comum em ambos os sistemas. Procederemos esta análise de forma a demonstrar como estas teorias foram se desenvolvendo de forma simbiótica com a própria progressão histórica do Estado de Direito, culminando com as ideias atuais inspiradoras do instituto, bem como revelando sua natureza jurídica. Cumpre também esclarecer, neste estágio, o instituto da responsabilidade civil e sua relação com as teorias bem como os elementos estruturantes de um Estado de Direito.

A partir do estudo dessas teorias, parte-se para a análise da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público no sistema brasileiro, incluindo a matéria no atual Código Civil.

Em seguida, será abordado os sistemas jurídicos em questão. Para tanto, a análise centra-se nos textos constitucionais brasileiro e português. Será abordado o princípio geral de responsabilidade civil do Estado consagrado nas duas constituições bem como os elementos que os integram.

Por fim, o estudo centra-se na ação concretizadora levada a efeito pelos poderes constituídos em face das disposições constitucionais. Será mencionado as especificidades dos sistemas, contexto no qual impede que sejam esclarecidas inúmeras questões, dentre as quais a dualidade de regimes substantivos a regular a matéria no Brasil e em Portugal bem como a relevância da omissão da Administração Pública para fins de caracterização de sua responsabilidade civil e os comportamentos comissivos delituais do ente público e do agente público para a configuração da responsabilidade do próprio Estado.

Estas abordagens configuram a base central da análise, com a pretensão de demonstrar a relevância do esforço comparativo para a visualização de deficiências específicas e contrapostas possibilidades de aprimoramento em ambos os ordenamentos jurídicos.

Assim, será abordado somente a responsabilidade civil extracontratual do Estado enquanto no exercício da atividade administrativa, não sendo objeto a análise de possíveis responsabilizações por atos políticos, legislativos e/ou jurisdicionais. Mesmo quando se faz

menção à expressão mais ampla – Estado – a perspectiva sob a qual a abordagem deve ser entendida remete para a esfera da Administração Pública.

1. A FIGURA DO ESTADO

1.1 Conceito e origem

A noção que está por trás do termo “Estado” é uma construção evolutiva, pois o Estado não é imutável, variando através do tempo e do espaço. A ideia de “Estado na História” demonstra que a noção de Estado na Antiguidade,³ como Estado antigo, oriental ou tecnocrático, teve diferentes concepções adotadas segundo cada época.

Desde os gregos⁴, fora constatado que os Estados não ultrapassavam as linhas limítrofes da cidade, utilizavam o termo *polis*, igual a cidade, advindo daí a *política*, ou a arte de governar uma cidade, ou seja, dentro da organização da cidade grega, em círculos limitados.

Pode-se destacar que os dois principais Estados gregos – Atenas e Esparta – possuíam o ideal da autossuficiência, fundamental para a preservação da cidade-Estado.⁵ Agregue-se que as cidades, para os gregos, eram a entidade suprema, cuja soberania não suportava restrições.⁶

Já os romanos⁷ possuíam as *civitas* e a *respublica*, ou coisa pública, quase nos mesmos moldes da cultura grega. A autoridade do “Estado” em Roma não é tudo, porém, é incontrastável o poder do *pater famílias*, também chamado de *manus* e mais tarde *majestas*.

Roma sempre manteve as características básicas de cidade-Estado “desde sua fundação, em 754 a.C., até a morte de Justiniano, em 565 da era cristã”.⁸ Uma das

³ AZAMBUJA, D. *Teoria Geral do Estado*. 29ª edição, São Paulo: Globo, 1992, p. 137-139. A noção de Estado nos tempos antigos, segundo resumo de Bigne de Villeneuve.

⁴ *Idem*, p. 139-140. “Entre os gregos, é que aparece realmente a ciência política ainda que confundida na Moral. No entanto, a ideia que os gregos faziam do Estado e o próprio Estado entre eles, era muito diversa da nossa, e os próprios termos usados devem ser interpretados com cautela”. Destacam-se Platão e Aristóteles, e o que “disseram sobre sua organização política pode ser entendido modernamente como se referindo ao que denominamos Estado”.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 54.

⁶ CASSAGNE, J. C. *Derecho Administrativo*. 4ª edição. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 265.

⁷ AZAMBUJA, D. *Op. cit.*, p. 7. “Nos primeiros séculos, o Estado romano era em tudo semelhante ao Estado grego, desde a extensão diminuta até a absorção igualmente absoluta do indivíduo na vida política. Mas o destino e a ambição dos romanos eram o Estado universal. Conforme ia conquistando novas terras e populações, Roma deixava de ser um Estado-cidade e se transformava em verdadeiro Estado”.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 54.

peculiaridades mais importantes é a base familiar da organização que, no primitivo Estado-*civitas*, “resultou da união de grupos familiares, razão pela qual sempre se concederam privilégios especiais aos membros das famílias patrícias compostas pelos descendentes dos fundadores do Estado”.⁹

Caracterizar, por outro lado, o Estado da Idade Média não é tarefa fácil, pois concorrem para tal o Cristianismo, as invasões dos bárbaros e o Feudalismo.¹⁰ É justamente pela influência das concepções cristãs que foi necessário aos governantes cuidarem do destino de toda comunidade, com respeito unicamente às leis divinas – dar a cada um o que é seu.¹¹

O Império é, assim, uma das marcas desse Estado estimulado pela Igreja. Havia uma necessidade muito grande em atender às deficiências e estabelecer tanto a ordem como a autoridade, o que fez surgir o Estado Moderno, com a supremacia dos monarcas.

Por ser a palavra Estado um conceito histórico, entendida num sentido vago e amplo, compreendendo qualquer espécie de convivência política dos homens, há autores como PALLIERI que chegam a precisar uma data oficial, o “ano de 1648”, na qual o mundo ocidental teria se apresentado organizado em forma de Estados, quando foram assinados os Tratados de Paz de Westfália.¹²

Nesse sentido, DALLARI argumenta que esses tratados “tiveram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado com característica básica de unidade territorial dotada de um poder soberano”.¹³

Dessa forma, pode-se afirmar que, do século XVI para frente, o termo Estado “vai lentamente entrando na terminologia política dos povos ocidentais: é o *État* francês, *Staat* alemão, *State* em inglês, *Stato* em italiano e *Estado* em português e espanhol”¹⁴⁻¹⁵, dentre outros, surgindo também novos elementos capazes de assimilar a acepção do termo Estado.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 54.

¹⁰ *Idem*, p. 56.

¹¹ CASSAGNE, J. C. *Derecho Administrativo*. 6ª edição. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 265.

¹² PALLIERI, G. B. *A Doutrina do Estado*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, v.1, 1969, p. 13-16. A paz de Westfália “foi consubstanciada em dois tratados assinados nas cidades westfalianas de *Munster e Osnabruck*. Pelos tratados, foram fixados limites territoriais resultantes das guerras religiosas, principalmente da Guerra dos Trinta Anos, movida pela França e seus aliados contra a Alemanha”.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 56.

¹⁴ AZAMBUJA, D. *Op. cit.*, p. 7

¹⁵ CASSAGNE, J. C. 4ª edição. *Op. cit.*, p. 37-38.

A denominação de Estado, no emprego moderno – do latim *status* -, não tinha o significado que atualmente tem, de estar firme, mas o de situação ou condição, significando uma situação de convivência que, ligada à sociedade política, ou Estado, como organização jurídico-política, aparece pela primeira vez na Renascença, com a publicação da obra *O Príncipe*, de Maquiavel, “escrita em 1513, passando a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, *stato di Firenze*”.¹⁶

Por outro lado, inúmeras são as teorias existentes quanto à época do aparecimento do Estado, destacando—se três posições fundamentais: na primeira, o Estado sempre teria existido, “é um elemento universal na organização social humana”; na segunda, não teria havido concomitância na formação do Estado, que teria aparecido “de acordo com as condições concretas de cada lugar”; na terceira, o Estado é tido como sociedade política “dotada de certas características muito bem definidas”.¹⁷

Tem-se, no entender de ENGELS, o Estado antigo, de escravos e senhores de escravos, o Estado feudal, dos servos/camponeses e da nobreza e o Estado moderno do trabalhador assalariado e do capitalismo. No entanto, constata-se que o Estado não existiu sempre, houve sociedades que organizaram sem ele.¹⁸

ARISTÓTELES, a seu tempo, abordava o Estado como “a comunidade perfeita e soberana”, por constituir uma “associação política natural e necessária, cuja essência está na própria natureza humana”.¹⁹

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁷ *Idem*, p. 44-47. Com o advento do Estado, destacam-se dois aspectos teóricos fundamentais, o primeiro é o da formação originária, “partindo de agrupamentos humanos ainda não integrados em qualquer Estado”, destacando dois grandes grupos: da formação natural ou espontânea – com origem na família ou patriarcal, atos de força, violência ou conquista, em causas econômicas ou patrimoniais, e no desenvolvimento interno da sociedade; e o da formação contratual do Estado. O segundo é o da formação derivada, com “formação de novos Estados a partir de outros preexistentes”.

¹⁸ ENGELS, F. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado: barbárie e civilização*. 12ª edição, Rio de Janeiro: Global, 1986, p. 230-237. A sociedade irá reorganizar-se, baseada na associação livre de produtores iguais. A escravidão foi a primeira forma de exploração, típica da Antiguidade, depois a servidão na Idade Média e, por fim, o trabalho assalariado nos tempos modernos (...). Assim, “a democracia na administração, a fraternidade na sociedade, a igualdade de direitos e a instrução geral farão despontar a próxima etapa superior da sociedade, para a qual tendem constantemente a experiência, a razão e a ciência. Será uma revivescência da liberdade, igualdade e fraternidade das antigas gens, mas sob uma forma superior”.

¹⁹ ARISTÓTELES. *Política*. (S.l.: s.n., 19). Livro I, capítulo III.

O Estado pode ser abordado sob diferentes enfoques: sociológico, jurídico, político, filosófico ou econômico. Resumiremos duas abordagens: a sociológica e a jurídica.

Na abordagem de Estado sociológica, ENGELS aduz, por assim dizer, a origem do Estado,²⁰ surgido de uma sociedade que dividiu homens livres e escravos em exploradores ricos e exploradores pobres, só podendo uma sociedade desse gênero permanecer com a luta das classes entre si, ou dominada por um “terceiro poder” que estivesse acima delas, suprimindo os conflitos existentes de uma forma que fosse aceita como legal. Dessa forma, o regime, que já havia perdido o valor, foi substituído pelo Estado.²¹

Todavia, o Estado não é um poder imposto à sociedade de fora para dentro, ou a realidade da ideia moral, ou a imagem e a realidade da razão, como queria HEGEL, mas um produto da sociedade quando atinge um certo grau de desenvolvimento, posto acima e distante dela e se caracteriza pelo agrupamento dos “súditos de acordo com uma divisão territorial” e pela “instituição de uma força pública”, identificado com o povo armado e por instituições coercitivas.²²

Para EHRLICH, a sociedade, na Pré-História, mantinha-se em equilíbrio mediante a ordem interna de suas associações e não pelas regras jurídicas. E o Estado, “como um órgão ou instrumento a serviço da sociedade”, deve cumprir seu papel: defender e proteger essa sociedade “contra quem está fora dela ou se opõe a ela”, já que a ordem jurídica visava a proteger tanto pessoas como seus bens contra os que violassem as normas desse agir na coletividade.²³

No conceito de Estado, ENGELS, juntamente com MARX, sistematizou o materialismo histórico: é produto da sociedade; e mais:

²⁰ ENGELS, F. *Op. cit.*, p. 221-222. Indica três fases principais: “na barbárie: na fase inferior – homens produziam para as necessidades, com eventuais trocas. Na fase média – propriedade do gado, divisão do trabalho entre os povos pastoris e as tribos, a troca passa a ser regular. Na fase superior, a divisão do trabalho é ainda maior, com a divisão da agricultura e o artesanato, a troca é comum. Surge a classe que não produz, mas que troca os produtos, são os comerciantes, surgindo o dinheiro-metal”.

²¹ *Idem*, p. 225-226.

²² *Idem*, p. 230-231.

²³ EHRLICH, E. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução René Ernani Gertz. Brasília: UnB, 1986, p. 32-58.

“é a revelação de que esta sociedade enredou-se numa irremediável contradição consigo mesma e que está dividida por antagonismos irreconciliáveis, que não consegue superar. Mas, para que esses antagonismos, essas classes com interesses antagônicos colidentes não se devorem e não afundem a sociedade numa luta fatal, torna-se necessário um poder colocado aparentemente acima da sociedade, chamado a amortecer o conflito e a mantê-lo nos limites da ordem. Este poder, oriundo da sociedade, mas posto sobre ela e dela distanciando-se progressivamente, é o Estado”.²⁴

Com isso, o pensamento gramsciniano que estava enraizado em MARX e LENIN, com sua concepção de sociedade civil, e com a elevação da hegemonia²⁵ burguesa a um lugar de destaque na ciência política, foi além de MARX, ENGELS, LENIN e TROTSKI. Enfatizou, o papel da superestrutura na “perpetuação das classes e na prevenção do desenvolvimento da consciência de classe”, atribuindo ao Estado parte da função de elevar um conceito burguês da realidade dando-lhe um papel mais amplo.²⁶

Dessa forma, introduziu-se uma profunda inovação na tradição marxista: a sociedade civil, que não pertence ao momento estrutural, mas ao superestrutural. Para MARX e GRAMSCI, a sociedade civil é o que se chama de fator-chave na compreensão do desenvolvimento capitalista, isto é, MARX tem a sociedade civil como estrutura, e GRAMSCI, como superestrutura.²⁷

Assim, chega-se a WEBER que identifica o Estado moderno com o Estado racional, sendo definido através da coação física, pois, hoje, o Estado reclama para si mesmo esse monopólio da violência legítima. Com sua obra foi possível rever a

²⁴ ENGELS, F. *Política*. São Paulo: Ática, 1981, p. 159.

²⁵ CARNOY, M. *Estado e teoria política*. São Paulo: Papirus, 1994, p. 101-105. Várias são as definições de hegemonia trazidas por Gramsci. Na primeira, “a oposição é entre o Estado e a sociedade civil; a hegemonia (direção) diz respeito à sociedade civil e a coerção (dominação) ao Estado”. Na segunda definição, “o Estado inclui a sociedade civil; ele abrange a sociedade civil”. Na terceira definição, “o Estado e a sociedade civil são idênticos; assim, o consentimento e a coerção tornam-se co-extensivos ao Estado, e a hegemonia é inseparável dos próprios aparelhos do Estado”. É a segunda definição que parece mais útil para a análise das sociedades capitalistas.

²⁶ *Idem*, p. 89-90.

²⁷ *Idem*, p. 92-93. Para os naturalistas – Locke e Rousseau, “a sociedade civil era o estado de natureza organizado e governado pela vontade coletiva, pelo *Estado* (...). Hegel, por outro lado, denominava sociedade civil a sociedade pré-política, (...) era o reino da dissipação da miséria e da corrupção física e ética (...). Marx e Engels empreenderam a transformação do enfoque hegeliano”. Assim, Engels argumentou que Estado, ordem política, “é o elemento subordinado, ao passo que a sociedade civil e o Estado formam uma antítese dialética fundamental no sistema marxista. A sociedade civil domina o Estado; a estrutura domina a superestrutura”.

“historização do conceito de Estado, concebido como associação de domínio em forma de instituição racional”.²⁸

WEBER vê no Estado um fim em si mesmo, ultrapassando os próprios interesses de classe. Assim, o Estado moderno, pela via da administração burocrática, e de forma imperativa, coloca-se frente às demais organizações políticas, o que demonstra o processo de racionalização ocidental.²⁹

Todavia, o essencial da tese em relação à “teoria marxista do Estado”, ou seja, o que MARX definia como Estado, um “meio de interesse de uma classe”, está na metáfora espacial do edifício,³⁰ com as noções de infra e superestrutura.

Delimita ALTHUSSER o Estado como aparelho repressivo, tido como uma máquina de repressão, permitindo às classes dominantes sua dominação sobre a operária, submetendo-a ao processo da exploração capitalista, da extorsão da mais-valia. Portanto, o Estado é o *aparelho de Estado*.³¹

Por outro lado, MIAILLE aduz que o Estado surge como uma instituição a serviço do *bem comum* e em *respeito à dignidade humana*, reconhecendo o direito e, conseqüentemente, também o Estado, que não é “uma categoria eterna que decorra logicamente da necessidade de assegurar uma ordem: é um fenômeno histórico, surgido em

²⁸ ARGUELLO, K. S. C. *O Ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 84-90. Na obra de Weber, há uma analogia entre “economia capitalista, organização burocrática e Estado moderno, sob a inspiração do conceito de empresa, na medida em que o aparato burocrático deste, pode ser comparado a uma empresa capitalista”. O que em síntese representa: “que a particularidade da equivalência entre a concepção de empresa capitalista com o Estado e o aparato administrativo burocrático advém da ideia de calculabilidade, eficiência, maior previsibilidade, objetividade e desumanidade, que esse tipo de organização possibilita”.

²⁹ *Idem*, p. 93-95.

³⁰ ALTHUSSER, L. *Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Graal, 1985, p. 16-62. Utiliza assim constantemente a expressão “Metáfora clássica” que nada mais é do que “representação da estrutura de toda a sociedade como um edifício composto por uma base (infra-estrutura) sobre a qual erguem-se os dois andares da superestrutura; constitui uma metáfora, mais precisamente, uma metáfora espacial: um tópico(...) que os andares superiores não poderiam sustentar-se (no ar) por si sós se não se apoiassem sobre sua base”. Só que “o maior inconveniente desta representação da estrutura de toda a sociedade pela metáfora espacial do edifício está evidentemente no fato de ser ela metafórica: isto é, de permanecer descritiva”.

³¹ *Idem*, p. 62-63. “A unidade do Aparelho de Estado com os Aparelhos ideológicos de Estado é garantida pela política de classe dos detentores do poder de Estado que atua na luta de classes, diretamente, pelo Aparelho repressor de Estado e, indiretamente, pela realização da ideologia de Estado nos Aparelhos ideológicos de Estado”.

num momento dado da história para resolver as contradições aparecidas na *societade civil*".³²

O autor aborda que a base econômica é a base real e contraditória da vida social, e “sobre esta base eleva-se um edifício político-jurídico, em particular o Estado, encarregado não de reduzir as contradições, mas de as perpetuar em proveito da classe dominante”. O Estado, portanto, é a força produtiva,³³ o ideal a ser atingido.

Na mesma linha, verifica-se que as principais contribuições para uma melhor compreensão do Estado “têm sido dadas pelas teorias clássicas, mormente pelo marxismo e pelo liberalismo”, portanto,

“... Estado é uma sociedade política estruturada a partir do direito que tem como fonte primária normativa a Constituição assentada sobre um pacto social ou contrato social (segundo Rousseau). É constituído de três elementos básicos sobre os quais não dissentem a maioria dos autores, elementos esses o *populus* (do latim = povo, população), o território e o poder. Destarte, imprescindível a presença do elemento humano, de um território delimitado e do poder político soberano, o qual abrange governo próprio.”³⁴

É oportuno ressaltar que WEBER, em sua obra, antecipou questões que hoje mostram a teoria e a prática da vida *moderna*, colocando ao homem o “problema do desencantamento do mundo e da perda de sentido da vida”,³⁵ sendo também nesse sentido compreendida a racionalização como um “resultado da diferenciação técnica e especialização da ciência – características da civilização ocidental – que possibilita maior previsibilidade, calculabilidade, ao sistema socioeconômico conhecido como capitalismo”.

36

A outra leitura que se pode fazer do Estado é jurídica (p.11). Nesse sentido, KELSEN é enfático ao afirmar não há um conceito sociológico de Estado, mas que o conceito de Estado é jurídico, porque “é o conceito jurídico de Estado que os sociólogos aplicam quando descrevem as relações de dominação dentro do Estado”.³⁷⁻³⁸⁻³⁹

³² MIAILLE, M. *Introdução crítica ao direito*. 2ª edição. Lisboa: Estampa, 1994, p. 124-128.

³³ *Idem*, p. 128.

³⁴ VERONESE, O. *Constituição: reformar para que (m)?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 19-20.

³⁵ Apud. ARGUELLO, *Op. cit.*, p. 20-21.

³⁶ *Idem*.

³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 271-273. “O Estado é aquela ordem de conduta humana que chamamos de

Enquanto para o jurista o Estado representa “um complexo de normas, uma ordem”, para o sociólogo constitui um “complexo de ações, um processo de conduta social efetiva”, orientados para uma ideia de “ordem normativa, a ordem jurídica”.⁴⁰

DALLARI, ancorado no pensamento de vários autores,⁴¹ conceitua o Estado como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.⁴²

Nesse contexto, o que JELLINEK destaca é o “sentido tanto sociológico como jurídico de Estado, como associabilização do povo, com personalidade jurídica soberana que, dentro de um sistema e de forma centralizada, usa os meios externos com o intuito de favorecer tanto interesses individuais como coletivos, para uma finalidade *progressiva e comum*”.⁴³

Aparece o Estado para “regular as relações sociais que se desenvolvem num dado território”,⁴⁴ e, por isso, pode-se afirmar que o Estado é “uma força estabilizada e idealizada, não uma força bruta e ocasional”. E enquanto essa força “não estiver numa

ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a ideia à qual os indivíduos adaptam sua conduta (...). Não existe nenhum conceito sociológico de Estado ao lado do conceito jurídico (...). Existe apenas um conceito jurídico de Estado: o Estado como ordem jurídica, centralizada”. E na p. 273: “A identificação de Estado, ordem jurídica é óbvia a partir do fato de que mesmo os sociólogos caracterizam o Estado como uma sociedade politicamente organizada. Já que a sociedade – como unidade – é constituída por organização, é mais correto definir o Estado como uma organização política (...)”.

³⁸ *Idem*, p. 261-263. Faz uma comparação, sendo que o conceito social pressupõe o jurídico: “como existe o conceito jurídico de pessoa ao lado do conceito biofisiológico de homem, acredita-se que existe um conceito sociológico de Estado ao lado de seu conceito jurídico e, até mesmo, que ele seja lógica e historicamente anterior a este”.

³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 316-317. “Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é um Estado (...). O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada. Através desta centralização, a ordem jurídica estadual distingue-se da primitiva ordem pré-estadual e da ordem supra-estadual (ou interestadual) do Direito internacional geral”. Na p. 318: “Como comunidade social, o Estado – de acordo com a teoria tradicional do Estado – compõe-se de três elementos: a população, o território e o poder, que é exercido por um governo estadual independente. Todos estes três elementos só podem ser definidos juridicamente, isto é, eles apenas podem ser apreendidos como vigência e domínio de vigência (validade) de uma ordem jurídica”.

⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. *Op. cit.*, p. 271-272.

⁴¹ *Idem*, p. 98-101.

⁴² *Idem*, p. 101.

⁴³ JELLINEK, Georg. *Allgemeine staatslehre*. 2ª edição. Tradução de Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970. Tradução de Teoría general del Estado.

⁴⁴ PALLIERI, G. B. *A Doutrina do Estado*. *Op. cit.*, p. 77.

conformidade legal, dentro da ordem jurídica, que a consolida nas mãos de certas autoridades e a provê de um valor ideal, o Estado não existe”.⁴⁵

Para uma melhor compreensão da palavra Estado, no sentido que hoje é utilizada, faz-se necessário dizer que é relativamente nova, pois Estado, como AZAMBUJA afirma, “é a organização político-jurídica de uma sociedade para realizar o bem público, com governo próprio e território determinado”.⁴⁶

Por tudo isso, o Estado é uma forma histórica de “organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros poderes e organizações de poder”.⁴⁷

O Estado é delineado como um fenômeno artificial, sujeito à dinâmica temporal que requer o repensar dos modelos vigentes com base no direito do cidadão, que não pode mais ser oprimido pelo poder estatal, ainda que instituído com a sua concordância. Assim, João FÉDER aborda a necessidade de um novo conceito para Estado, que “mantenha integral afinidade com os seus membros, despido de poderes desnecessários ao atendimento do interesse público, liberal por princípio e mínimo em suas ações, já que limitado a atuar em áreas onde a sua presença seja absolutamente necessária e para agir nos estritos limites das funções que lhe são próprias”.⁴⁸

Em outra seara, Norberto BOBBIO aponta que o Estado é “entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas, derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna e externa”.⁴⁹ O Estado possui um papel central, de monopólio do poder, definido como detentor do poder político, de meio e fim.

Santi ROMANO aborda o Estado segundo uma concepção institucionalista, de “ordenação jurídica”, que tem por base dois princípios: a pluralidade das ordenações jurídicas e sua possível não exclusividade. Assim, “o Estado deve ser considerado não como a única ordenação jurídica existente, mas como uma das ordenações que constituem o mundo jurídico e que entre si vivem ora em relação de coexistência social, ora em luta,

⁴⁵ PALLIERI, G. B. *A Doutrina do Estado. Op. cit.*, p. 10.

⁴⁶ AZAMBUJA, D. *Op. cit.*, p. 6-7.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3ª ed. reimp. Coimbra: Almedina, 1999, p. 85.

⁴⁸ FÉDER, J. *Estado sem poder*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 23 e 194.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 4ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 73.

ora ignorando-se umas as outras”.⁵⁰ Conclui pela definição de Estado ampla e sintética: “é Estado toda ordenação jurídica territorial soberana, isto é, originária”.⁵¹

DALLARI, em exame à realidade brasileira e às suas tendências, indica quatro previsões sobre o futuro do Estado: “a integração crescente do povo nos fins do Estado; a racionalização objetiva da organização e do funcionamento do Estado, implicando formas autoritárias de governo; a homogeneização relativa dos Estados; e a orientação predominante nacionalista”.⁵² O que fica demonstrada é uma expectativa de que todos os cidadãos sejam incluídos no sistema.

Portanto, pode-se considerar que o Estado é realmente uma força, um poder, ou ordem/ordenamento político-jurídico da sociedade ou organização, produto de toda uma sociedade que evoluiu através dos tempos, que está a serviço da coletividade, visando ao bem comum e ao respeito à dignidade humana, tendo na contemporaneidade um papel amplo e fundamental, além de representar um ideal a ser buscado e atingido.

1.2 A personalidade jurídica do Estado

A palavra *persona* vem do verbo *personare*⁵³ com uma diferenciação objetiva do individual e do social.

A *pessoa física* é o centro de direitos e deveres reconhecidos a um ser humano, com seu comportamento regulamentado por normas. Já a *pessoa jurídica* é o centro de direitos e deveres inserido num estatuto, sendo o Estado o centro unificador, titular de direitos e deveres.⁵⁴

⁵⁰ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 72-77.

⁵¹ *Idem*, p. 92-93. “O termo ‘ordenação jurídica’, quando for conveniente ressaltar mais explicitamente certos aspectos do conceito, pode ser substituído por outros, substancialmente equivalentes, como ente, comunidade ou instituição”.

⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do estado*. São Paulo: Moderna, 1980, p. 172.

⁵³ LIMA, Rui Cirne. *Conceito de pessoa jurídica*. (S.I.; s.n., 19-). Separata d’Estudos.

⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 58-64.

Então, frente ao Direito, o Estado é considerado uma pessoa; “logo, o Estado é uma pessoa jurídica”, ou seja, pessoa jurídica é espécie do gênero pessoa e, “pessoa, para o ordenamento jurídico, é um conjunto de direitos e deveres”.⁵⁵

CRETELLA JÚNIOR destaca que se encontram interligadas duas ideias, de pessoa e de personalidade,

“...fundamentais para o início de concretização das relações jurídicas. Sem o homem, como lembrava, em Roma, há séculos, *Hermogeniano, omme jus hominum causa constitutum est*, não se estrutura o mundo jurídico. O direito, criado pelo homem, existe em função do homem. Bem histórico-cultural, o direito foi criado pelo homem e para o homem. O direito é um *construído*, não um *dado*. Do *homem*, sujeito fundamental de direito, entidade que a ordem jurídica reconhece apta para adquirir direitos e contrair obrigações, emerge a *personalidade*, que brota espontaneamente do ser humano (...). Desse modo, *pessoa é o ser humano ou o que o ser humano sob a ordem jurídica reconhece como tal*. No mundo, *pessoa é o homem*; no mundo jurídico, *pessoa é o sujeito de direito*, entidade ou ente dotado de *personalidade*, ou seja, de capacidade para ser sujeito de direito, ativo ou passivo”.⁵⁶

A extensão da noção de pessoa postula ao lado do *singularis persona*, também uma entidade transindividual que CIRNE LIMA chama de pessoa jurídica, definindo-a como uma relação.⁵⁷

Ou seja:

“A pessoa jurídica é a relação de direito, estabelecida entre duas ou mais pessoas; para a unificação e, não raro, para a perpetuação em unidade, quanto a bens comuns e atos determinados, das virtualidades jurídicas, ínsitas na capacidade de agir de cada uma (...) o que se transindividualiza é a capacidade de agir dos que a constituem, uma pessoa tem capacidade de agir juridicamente, quando os seus atos jurídicos podem ser-lhe imputados”.⁵⁸

⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 58-64.

⁵⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v.4, 1992, p. 2287 (artigos 23-37)

⁵⁷ LIMA, Rui Cirne. *Conceito de pessoa jurídica*. *Op. cit.*, p. 6. “A pessoa jurídica é uma relação. Há duas maneiras de entender-se essa definição simplista. Uma, negativa, baixa a pessoa jurídica ao nível da relação: negando-a como pessoa, afirma-a como relação. Outra, positiva, eleva a relação à dignidade da pessoa: porque relação, a entidade transindividual é pessoa jurídica”.

⁵⁸ *Idem*, p. 9-16.

É referir mais que, desde o mais restrito e modesto grupo (a Horda-tribo nômade e selvagem) até a nação (povo de um país), a separação entre governantes e governados, mais nítida ou mais apagada, sempre existiu.

No dizer de Barriga MEYRELLES, o Estado necessita para relacionar-se juridicamente, e ser abrangido pela regra jurídica, ser uma pessoa de direito, ser um “centro de interesses próprios, de vontades, de funções e poderes jurídicos”.⁵⁹

Dessa forma, todas as pessoas jurídicas procedem do Estado, de três grupos: de direito Natural, de direito Divino e de direito Positivo.⁶⁰

Importante salientar que HOBBS foi o primeiro a afirmar o princípio, ainda hoje fundamental, da ideia de que o Estado-soberano⁶¹ é uma pessoa, “*uma persona civilis* cuja legitimidade decorre do fato de sua própria existência, fato que ele procura demonstrar mediante a *ficção* do contrato social: ‘*Cum una sit omnium voluntas pro una persona civitas habenda est*’”.⁶²

No mesmo sentido, o Estado, para ROUSSEAU, é uma pessoa, “um corpo social em que se concretiza a vontade comum, ou seja, a vontade verdadeira e substancial de todos, contra a qual não podem prevalecer pretensões transviadas por motivos acidentais”.

63

⁵⁹ MEYRELLES, Barriga Pinto dos Santos. *Da validade dos atos administrativos e regulamentares*. Lisboa: [s.n.], v. 1, 1921, p. 78-80.

⁶⁰ LIMA, Rui Cirne. *Conceito de pessoa jurídica*. *Op. cit.*, p. 17-19. “Roma a princípio não concebia personalidade jurídica fora da *populus romanus*, e as pessoas jurídicas de ordem política e administrativa, multiplicavam-se. De um lado, emergindo da unidade política do *populus romanus* não mais é, originariamente, que uma coletividade urbana e, assim, a par da personalidade jurídica da cidade de Roma, define-se a personalidade jurídica dos *municipia*, dos *republicae*, dos *vici*, *fora*, *castella*”.

⁶¹ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 75-79. Na abordagem da formação do Estado e a figura do soberano. “Esta avaliação dos teoremas de Hobbes serve de parâmetro para nos dar teoremas da forma de representação política que se cria no Ocidente, no final do século XVII, institucionalizando os debates públicos como tarefa de responsabilidade proeminente do Estado, bem como delimitando o campo de mobilidade dos sujeitos sociais enquanto catalogados na condição de cidadãos obedientes à lei”. E mais, “se em Hobbes o Estado é a fonte do direito, não reconhecendo direitos preexistentes, mas os criando ao promulgá-los; se tudo é convenção, não havendo direito efetivo fora daqueles enunciados pelo Estado; com Locke, o direito que o homem tem sobre si mesmo trará como consequência o direito sobre as coisas, mediado pelo trabalho, e desde então é naturalmente que o homem é proprietário, não graças a uma convenção”, p. 81-82.

⁶² REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estad*. *Op. cit.*, p. 223.

⁶³ *Idem*, p. 225.

O Estado-pessoa é a força da Teoria da Constituição embutida na ideia de ordem, segundo CANOTILHO, e

“...mesmo quando essa teoria procurava captar a força normativa do fáctico ou da constituição real. A *constituição* no sentido schmittiano, a *integração* no sentido de Smeed, o *Estado* no esquema de Heller e a *ordem jurídica* na teoria Kelseniana procuravam erguer-se à categoria universal que as pretensões da sua própria *universalidade e universalização*”.⁶⁴

Assim, o Estado “transforma-se em categoria ontológica e ignora sobremaneira a *secularização e civilização* da política e a *contingência* da ordem social”.⁶⁵

É importante frisar o surgimento de uma primeira ordem de teorias que afirma a existência ficta do Estado-pessoa jurídica – os *ficcionistas*, com SAVIGNY e KELSEN.

Dessa forma, somente no século XIX, com SAVIGNY, considerado o grande fundador da Escola Histórica, aparece a ideia de *Estado* “como pessoa jurídica, concebida como ficção e admitindo sujeitos de direito, na verdade, são apenas indivíduos que possuem consciência e vontade”.⁶⁶

Assim, o ponto de partida para a construção do Estado é o direito, cuja função social é mostrada por SAVIGNY, que define a relação jurídica como: “a vida em comum de diversos homens, regulada de um determinado modo”.⁶⁷

Nesse sentido, ZIPPELLIUS refere que a teoria romanista da ficção recebeu a sua expressão moderna na obra de SAVIGNY, cujo fundamento foi “tirado da ideia de que a subjetividade do direito não é senão, por sua vez, a expressão da autodeterminação a seja individual e da liberdade e, portanto, duma autonomia”;⁶⁸ seria uma espécie de sujeito-

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. *Op. cit.*, p. 1258-1259.

⁶⁵ *Idem*, p. 1261.

⁶⁶ Apud DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. *Op. cit.*, p. 103-104.

⁶⁷ Apud PALLIERI, G. B. *A Doutrina do Estado*. *Op. cit.*, v. 2, p. 68-70. “A criação do direito tem lugar neste complexo natural, pois que é no espírito comum do povo, que compenetra todos os indivíduos”. Para Savigny, “a produção do direito não parece ser um facto voluntário, mas é antes uma criação espontânea, inconsciente, não meditada, nem querida por parte daquela nova entidade espiritual, o espírito popular (*volksgeist*), que esvoa entre os componentes do grupo sem se identificar com nenhum deles”.

⁶⁸ ZIPPELLIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução Antonio Cabral de Moncada. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1974, p. 226. Exemplo disso oferece-nos a ideia já existente na canonística medieval, de que o *beneficium*, isto é, uma função eclesiástica dotada com bens da Igreja, era uma pessoa jurídica. Tal concepção está ainda hoje consagrada no *Codex. Jur. Canonici*, onde se diz: *beneficium ecclesiasticum est ens juridicum* (c. 1409).

pessoa, só admitida para fins específicos. Todavia, tais ficções não tinham limites, inclusive dada a personalidade jurídica a quaisquer figuras ou entes, funções ou atividades.

Essa também é a conclusão, embora sejam outros os fundamentos, de KELSEN no século XX, devido à sua compreensão normativa do Direito e do Estado, visto que, em sua teoria, o Estado tem personalidade jurídica, embora seja também um sujeito artificial, o que condiz com sua ideia de direito puro.

O próprio Kelsen é enfático no que diz respeito ao Estado no sentido de verificar que não é o Estado, mas um certo indivíduo, pessoa,⁶⁹ quem atua como representante do Estado, como pessoa agente, por um indivíduo que seja designado para tal atividade de acordo com a ordem jurídica, já que o “Estado, como pessoa, é a personificação desta ordem”.⁷⁰

Ou, ainda, que o Estado, como pessoa jurídica, “é uma personificação dessa comunidade ou ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade”. Assim, a pessoa jurídica, “no sentido mais restrito do termo, nada mais é do que personificação de uma ordem que regula a conduta de vários indivíduos”.⁷¹

O Estado é uma entidade jurídica “como expressão metafórica do valor objetivo da ordem normativa, ou expressão personalizadora da unidade do ordenamento jurídico”.⁷²

Complementando-se essa ideia, Artur Machado PAUPÉRIO apresenta o Estado como “personificação jurídica de uma nação e, por conseguinte, um sujeito de direito”.⁷³

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. *Op. cit.*, p. 191-193. “Ser pessoa ou ter personalidade jurídica é o mesmo que ter deveres jurídicos e direitos subjetivos”. p. 194: “A chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo (...). Nesse sentido, a chamada pessoa física é uma pessoa jurídica”. O mesmo em KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. *Op. cit.*, p. 136-138: “A maneira mais usual de se definir a pessoa física (natural) e, ao mesmo tempo, de distingui-la da pessoa jurídica é dizer: a pessoa física é um ser humano, ao passo que a pessoa jurídica não é (...). Pessoa é um conceito da jurisprudência, da análise de normas jurídicas”.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. *Op. cit.*, p. 194-324. “A essência da pessoa jurídica, pela jurisprudência tradicional contraposta à chamada pessoa física, deixa-se melhor revelar através de uma análise do caso típico de uma tal pessoa jurídica: a corporação dotada de personalidade jurídica. Uma tal corporação é, em regra, definida como uma comunidade de indivíduos a que a ordem jurídica impõe deveres e confere direitos subjetivos (...)”. O mesmo em KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. *Op. cit.*, p. 140. “A definição usual de corporação é: um grupo de indivíduos tratados pelo Direito como uma unidade, ou seja, como uma pessoa que têm direitos e deveres distintos daqueles dos indivíduos que a compõe”.

⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. *Op. cit.*, p. 144 e 262. “O Estado, como ordem social, é a ordem jurídica nacional (para a distinguir da internacional). O Estado, como pessoa, é a personificação desta ordem”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. *Op. cit.*, p. 324.

⁷² REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estad*. *Op. cit.*, p. 245.

Aceita-se, todavia, a ideia de Estado-pessoa jurídica, nessa teoria, como um “produto de convenção, de um artifício, que só se justifica por motivos de conveniência”.
74

Ainda nessa seara, LEGAZ y LACAMBRA sustentam que o Estado não é somente objeto de conhecimento,⁷⁵ visto o Estado ter sua personalidade jurídica própria.

Por outro lado, uma outra ordem de teorias afirma a existência real do Estado-pessoa jurídica – *os realistas*, criação dos publicistas alemães, numa linha que passa por Albrecht, Gerber, Gierke, Laband e Jellinek.⁷⁶

O maior expoente foi, sem dúvida, JELLINEK, embora controvertido em alguns aspectos e tendo invertido várias vezes o ponto de partida afirma, ao final, que o fundamento do Estado “já não é a força, nem a convicção coletiva, mas um princípio transcendente e universal”.⁷⁷ Segundo DALLARI, como unidade coletiva e não sendo uma ficção, é “uma forma necessária de síntese de nossa consciência”, formando a base de nossas instituições.⁷⁸

Em JELLINEK, da escola técnico-jurídica, constata-se que o Estado é tido como possuidor da personalidade jurídica, sendo por isso capaz de “querer e de realizar atos com valor jurídico”. Assim, o Estado é considerado “uma formação histórico-social – um ser vivo – elevado à pessoa – sujeito de direito – é o Estado que cria a personalidade”.⁷⁹

ZIPPELLIUS refere essa teoria como “Teoria da Realidade da Pessoa Colectiva” e destaca que GIERKE também vinculava – assim como SAVIGNY – o conceito de personalidade “à realidade de um ser material dotado de vontade livre, à realidade de uma unidade de vontade”.⁸⁰ Todavia GIERKE admitia que “outras unidade vitais supra-

⁷³ PAUPÉRIO, Artur Machado. *Teoria geral do estado: direito político*. 8ª edição. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 181. “Tal conceituação encontra seu germe na escola de direito natural, através do pensamento, sobretudo, de Hugo Grócio, Hobbes, Locke, Puffendorf e J.J.Rousseau. Toma corpo, porém, com a escola alemã, através de Gerber e principalmente de Jellinek”, além de Gierke, Villeneuve, Hauriou, Orlando, Orban e Dabin.

⁷⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. *Op. cit.*, p. 104.

⁷⁵ LEGAZ y LACAMBRA, Luis. *Introducción a la ciência del derecho*. Barcelona: [s.n.], 1942, p. 612.

⁷⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. *Op. cit.*, p. 104.

⁷⁷ Apud PALLIERI, G. B. *A Doutrina do Estado*. *Op. cit.*, v. 1, p. 96.

⁷⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. *Op. cit.*, p. 105.

⁷⁹ Apud REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estad*. *Op. cit.*, p. 238-243.

⁸⁰ ZIPPELLIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. *Op. cit.*, p. 226-228.

individuais, capazes de terem uma vontade supra-individual verdadeiramente real, existissem”.⁸¹

Para DROMI, o Estado é pessoa jurídica de caráter público; é uma realidade social e política integrada por um conjunto de homens com assento em um determinado âmbito territorial; é o conjunto de elementos, cuja realidade não pode ser negada; é sujeito de direito e obrigações.⁸²

Por outro lado, Amaro CAVALCANTI, quando argumenta se a pessoa jurídica é um ente real, aborda vários autores⁸³ que deram fundamento a sua constatação de um verdadeiro conceito de pessoa jurídica.

E afirma: A pessoa jurídica resulta,

“...da vontade das pessoas físicas, operando sobre determinadas coisas em vista de um fim racional e útil; manifesta-se na vida social por atos e fatos próprios, que a individualizam ou caracterizam de modo particular e distinto e, conseqüentemente, constituindo um sujeito de direitos, real, efetivo, e não imaginário ou fictício, nas relações que desenvolve e mantém na ordem jurídica com os demais sujeitos de direito, sejam estes de idêntica natureza ou de natureza diferente”.⁸⁴

Observada a importância dessa discussão, BRUNINI, aduz que tanto “o realismo científico quanto as teorias ficcionista consideram o Estado como sujeito de direitos e obrigações”.⁸⁵ Menciona a autora outra importante teoria – a organicista,⁸⁶ que

⁸¹ ZIPPELLIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. *Op. cit.*, p. 226-228.

⁸² DROMI, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1973, p. 53-55. Tradução livre de: “*La expresión Estado persona es una construcción jurídica, porque, em verdade, lo único que es real em el orden existencial es el ser humano, el individuo físico, como esencia actuada em la existência natural, em tanto el sujeto creado por el derecho es esencialmente artificial, y solo puede obrar através de las personas físicas. En síntesis, se llama persona a todo ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones; a todo sujeto de derecho. El sujeto de derecho no siempre es una persona física, sino que puede ser jurídica, llamada por algunos inapropiadamente personas ficticias, civiles, o ideales. El Estado es una persona jurídica de carácter público, de existência necessária (...) El Estado no es ni mera ficción, ni organismo físico o social, sino que, como toda persona jurídica, reúne em conjunto de elementos cuja realidade no puede ser negada*”.

⁸³ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Nova edição atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 1. p. 69-98.

⁸⁴ *Idem*, p. 99.

⁸⁵ BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 17-18.

⁸⁶ *Idem*, p. 19. O Organicismo considera “o organismo como um todo, sendo que suas partes ou membros nada mais são que a extensão do próprio organismo. Dentro dessa realidade, a atuação de alguém, de um funcionário, por exemplo, estaria diretamente ligada a uma emanção de vontade que não poderia advir de outra parte senão do organismo controlador do próprio órgão”.

proporcionou uma primeira responsabilização do Estado, “devido à própria concepção de órgão”.⁸⁷

GROPPALI considera o Estado pessoa-jurídica uma simples abstração e tenta demonstrar, apoiado no organicismo ético, que a ideia de abstração permite levar em conta os elementos reais, concretos que existem no Estado sem precisar compará-los ao ser humano, pessoa física, em razão dos órgãos.⁸⁸⁻⁸⁹

Com PALLIERI verifica-se que o ponto de partida para uma indagação referente ao Estado não pode ser o Estado como força, nem como atividade, mas um Estado repleto de poderes jurídicos, que se move e depende do direito, resultado de uma ampla multiplicidade de elementos, pois o Estado é uma “forma histórica, e talvez transitória, das inúmeras sociedades políticas abstractamente edificáveis entre os homens”.⁹⁰

Esse autor explica que a positividade é o elemento essencial para que se possa definir a ordem jurídica estadual. Só que a pura positividade não é suficiente para distinguir o Estado. No entanto, faltando positividade irá faltar também o Estado, bem como seu ordenamento, o que significa que poderá haver “uma tentativa de Estado, não o Estado”. Visualiza, assim, a contrariedade a KELSEN, pois “a positividade é *condicio per quam*, e não *condicio sine qua nom*, da validade do ordenamento estadual”.⁹¹

No Estado, como pessoa jurídica, cumpre salientar que a personalidade ou a subjetividade jurídica é a construção “de um centro de imputabilidade, que perdura no tempo sem se modificar, de acordo com aquilo que o próprio estabelece, e que serve para conectar e contrapor entre eles, para os fins do Direito, os vários comportamentos humanos”. Assim, o Estado não aparece como ou quando quer, mas nasce quando “por um

⁸⁷ BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 18-19. “Afirmam a importância dessa teoria, José Joaquim Gomes Canotilho e Celso Antônio Bandeira de Mello”.

⁸⁸ GROPPALI, Alessandro. *Dottrina dello stato*. Milão: Giuffré, 1937, p. 148.

⁸⁹ BUHRING, Márcia Andrea. *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 39.

⁹⁰ PALLIERI, G. B. *A Doutrina do Estado*. *Op. cit.*, v. 2, p. 10-65.

⁹¹ *Idem*, p. 112-172. “Tome-se como exemplo a norma mais simples, aquela segundo a qual o dano injustamente causado deve ser ressarcido. Ela diz que aquele que causou o dano deve repará-lo, e que o dano é reparado àquele que o sofreu: o acto do ressarcimento do dano tem o seu pleno significado jurídico desde que seja efectuado pelo sujeito que é autor do dano a favor daquele que o suportou. É por outras, pressuposta a identidade, tanto do sujeito que realiza uma e outra acção, como daquele a favor de quem são realizadas ambas as acções”.

acervo de circunstâncias que lhe são estranhas, se haja produzido a emanção do estatuto que o institui e o configura”.⁹²

O autor prossegue com a indicação de que se tem também o Estado como pessoa jurídica soberana, ou seja, enquanto nos outros entes estão salvaguardados interesses, submetidos a outros mais gerais, no Estado há a preocupação de interesses gerais, sem subordinação a outros. Isso significa uma série de poderes em relação aos outros entes, a exemplo da fiscalização, intervenção, transformação ou supressão.

Em razão disso, define o Estado:

“...na medida em que é pessoa jurídica, como o ente instituído pelo direito para prover, com plena independência e de maneira unitária, aos interesses próprios de uma comunidade originária e, por conseguinte, soberana, visto não estar submetido a nenhum outro e ser dotado de supremacia sobre qualquer outro. Isso representa que considerar o Estado como soberano significa tê-lo como único intérprete autorizado dos interesses públicos, que ele procura realizar com plena liberdade, nada mais é que um ato de confiança”.⁹³

Nesse sentido, também a reflexão sobre personalidade jurídica do Estado e a sua soberania, feita por Miguel REALE, conduz à ideia de que são aspectos da mesma realidade – soberania é o direito da pessoa do Estado, que é dotada dessa soberania, *in verbis*:

“O Estado é uma unidade de ordem que permanece, não obstante as transformações e as mudanças que se operam no seio da sociedade. (Então é razoável conceber o Estado como sociedade sim, mas um tipo de especial de sociedade), a sociedade enquanto estavelmente organizada em uma unidade de Poder, tendo por escopo a realização do bem comum: há Estado onde existe organização unitária e estável do Poder, de um Poder que declare ou reconheça Direito Positivo; em última instância, o que representa a característica essencial da soberania”.⁹⁴

⁹² PALLIERI, G. B. *A Doutrina do Estado. Op. cit.*, v.2, p. 175-208.

⁹³ PALLIERI, G. B. *A Doutrina do Estado. Op. cit.*, v.2, p. 225.

⁹⁴ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estad. Op. cit.*, p. 355.

Em detrimento disso, REALE compara o Estado a uma “pirâmide de três faces”: uma com feição sociológica; outra de ordem jurídica; e outra de caráter teleológico-político.⁹⁵

Santi ROMANO aduz que o Estado é uma ordenação jurídica e que ao menos na “época moderna é considerado também pessoa jurídica”. Assim, o Estado “que seja pessoa, além do modo precedente, pode também definir-se, a fim de por em relevo esta sua qualidade como pessoa jurídica territorial soberana”.⁹⁶

Apesar da divergência doutrinária em face de o Estado ter personalidade jurídica própria ou não, cumpre registrar que “do ponto de vista do Direito Positivo, as Constituições e leis ordinárias consideram o Estado como pessoa jurídica de Direito Público”.⁹⁷ O Direito reconhece a personalidade jurídica com base na suposição de que o Estado representa a vontade comum de toda a coletividade.

Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO divide as teorias da personalidade jurídica do Estado em dois grandes grupos: um dos que a negam, e outro dos que a afirmam. Por um lado, Léon Duguit nega essa teoria de maneira absoluta, já Henry Berthélemy a nega de maneira relativa. Por outro lado, há autores que afirmam essa teoria de forma plural e autores como Hans Kelsen que a afirmam como sendo una.⁹⁸

Disso resulta a Nação como pessoa moral e o Estado como pessoa jurídica,⁹⁹ pois o Direito reconhece ao Estado uma personalidade jurídica, a fim de que esse possa representar a coletividade. “É uma presunção *juris tantum* que os fatos frequentemente destroem, mas necessária para a vida jurídica e política”.¹⁰⁰ Chegando-se ao Estado

⁹⁵ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estad.* *Op. cit.*, p. 388-389.

⁹⁶ ROMANO, S. *Op. cit.*, p. 77-93. “Em abstrato, pode-se dizer somente que todo Estado, enquanto é um ente unitário e perpétuo, que sobrepuja a transitória existência dos indivíduos que o compõem, que tem uma própria missão histórica para cumprir, que compreende numa ininterrupta continuidade de tempo, ações, fins diversos e gerações distantes, tem a suscetibilidade e tendência a personificar-se. Para que ele constitua uma efetiva e real pessoa jurídica, é mister que tenha uma estrutura correspondente, uma ordenação adequada que pode faltar”.

⁹⁷ AZAMBUJA, D. *Op. cit.*, p. 113-116.

⁹⁸ MELLO, Oswaldo Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1960, p. 43.

⁹⁹ AZAMBUJA, D. *Op. cit.*, p. 116. “A pessoa jurídica é a capacidade jurídica da pessoa moral, é o seu aspecto legal, a situação de sujeito de direitos e obrigações que a pessoa moral apresenta nas relações jurídicas”.

¹⁰⁰ AZAMBUJA, D. *Op. cit.*, p. 116. “A pessoa moral é “o conjunto dos fatos coletivos” (...), a pessoa moral não é um ente material, uma substância, como a pessoa física. É invisível, não pode ser percebida pelos nossos sentidos, mas é observável nas suas manifestações (...) Pessoa moral, portanto, ou pessoa social, como

perfeito, que “é o Estado nacional, unificado pela consciência social, pela identidade de interesses, pela comunhão de ideias de uma só nação”.¹⁰¹

O caráter de pessoa jurídica do Estado é uma conquista do constitucionalismo, pois não surge de uma norma específica, mas de uma ordem jurídica suprema – do texto da Constituição – e, por isso, a abordagem da personalidade jurídica “única o doble”,¹⁰² pois a evolução superou as doutrinas tradicionais que distinguiram as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado.¹⁰³

No mesmo sentido, LINARES se filia à corrente doutrinária que não vê no Estado uma dupla personalidade, mas apenas uma pessoa jurídica que atua por vezes no direito público e por vezes no direito privado.¹⁰⁴

Segundo HAURIOU, a personalidade jurídica deriva da própria realidade da personalidade moral.¹⁰⁵ O Estado como pessoa moral, com personalidade jurídica titular-sujeito de direitos e deveres, possui “uma personalidade preexistente, produto da realidade social”.¹⁰⁶

Como somente as pessoas físicas ou jurídicas são titulares de direitos e deveres, o Estado, para que tenha tais atribuições, deve necessariamente ser reconhecido como uma pessoa jurídica. Como demonstra DALLARI, “se, de um lado, é inevitável que o Estado se torne titular de direitos que ele próprio cria por meio de seus órgãos, há, de outro, a possibilidade de que os cidadãos possam fazer valer contra ele suas pretensões jurídicas, o que só é concebível numa relação entre pessoas jurídicas”.¹⁰⁷

Assim, o Estado atualmente é tido como pessoa jurídica. Entretanto, precisa-se verificar quem são essas pessoas, num sentido prático, sem contudo, entrar no mérito do

preferem outros, é um conceito de natureza sociológica e de Psicologia Social”. A personalidade moral da nação é um “realidade social”, e a personalidade jurídica do Estado é “uma realidade do mundo do direito”.

¹⁰¹ AZAMBUJA, D. *Op. cit.*, p. 116.

¹⁰² DROMI, José Roberto. *Op. cit.*, p. 57-58.

¹⁰³ BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 4ª edição. Buenos Aires: [s.n.], 1947, v.1, p. 112. *Apud* CASSAGNE, *Op. cit.*, 4ª edição. p. 47.

¹⁰⁴ LINARES, Juan Francisco. *Op. cit.*, p. 213. Aduz ainda que o Código Civil considera o Estado uma pessoa pública em seu artigo 33.º.

¹⁰⁵ HAURIOU, Maurice. *La teoría de La institución y de La fundación*. Buenos Aires: [s.n.], 1968. p. 75. *Apud* CASSAGNE, *op. cit.*, 4ª edição. p. 45.

¹⁰⁶ CASSAGNE, *op. cit.*, 4ª edição. p. 45-46.

¹⁰⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. *Op. cit.*, p. 107.

que se entende por serviço público, ou o que pode ser compreendido por cada uma das pessoas jurídicas de direito público ou privado.

São pessoas jurídicas de Direito Público: a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e as Autarquias; e pessoas jurídicas de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos: as concessionárias, as permissionárias, as subconcessionárias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as autorizatárias.

Como se pode verificar no comentário de MEDAUAR,

“...União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Administração direta e autarquias são as pessoas jurídicas de Direito Público abrangidas pela responsabilidade objetiva. No tocante às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, podem estar ou não inseridas na Administração. Entre as entidades da Administração indireta, dotadas de personalidade jurídica privada, figuram as empresas públicas, sociedades de economia mista e a maioria das fundações públicas. Para que se enquadrem no referido §6.º, deve-se verificar se prestam serviços públicos, o que nem sempre se revela fácil”.¹⁰⁸

Verificada a concepção de Estado como pessoa jurídica, ou seja, a sua personalidade jurídica, cumpre referir o direito do Estado e o Estado de direito, pois, em oposição ao Estado de fato, tem-se o Estado de direito, que é uma situação criada ou por um ato jurídico ou por uma regra geral de fundamental importância.

2. O ESTADO E O DIREITO

2.1 O Direito do Estado e o Estado de Direito

Interessante notar que o Estado como é sujeito de direitos e deveres jurídicos, e como pessoa, possui concomitantemente uma existência independente da ordem jurídica, assim:

“a doutrina tradicional do Estado e do Direito não pode renunciar a essa teoria, não pode passar sem o dualismo de Estado e Direito que nela se manifesta. Na

¹⁰⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*: de acordo com a Emenda Constitucional 19/98. 4ª edição. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 432-435.

verdade, esse desempenha uma função ideológica de importância extraordinária que não pode ser superestimada. O *Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito para que o Direito possa justificar o Estado* – que cria este Direito e se lhe submete. E o Direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza, o poder, e, por isso mesmo, reta ou justa em um qualquer sentido. Assim, o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em *Estado de Direito* que se justifica pelo fato de fazer o Direito”.¹⁰⁹

O direito do Estado passa por três momentos importantes: no primeiro, o Estado como titular da soberania, “aparece-nos como uma organização que, concretamente, realizada escopos, chega a resultados, efetua obras”. É ele direito positivo, criado e observado; no segundo momento, é “idealizado e racionalizado dando lugar à representação de um dever do homem se conformar com ele”; e num terceiro momento, “para o problema da obrigatoriedade dos comandos do Estado, são inteiramente irrelevantes as particularidades da sua estrutura, e a conformidade ou não do Estado com certos princípios racionais ou de outra natureza”. O que demonstra que a soberania pressupõe a obrigatoriedade do direito positivo do Estado, que os comandos não se limitem a meros comandos de fato, mas, sim, consigam valor de normas obrigatórias à conduta humana.¹¹⁰

O Estado de direito é o Estado por meio do qual funciona normalmente um sistema de garantias dos direitos do homem. Há que se considerar que é com o nascimento do Estado de direito,

“que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas, também, direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos”.¹¹¹

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. *Op. cit.*, p. 315-316.

¹¹⁰ PALLIERI, G. B. *A Doutrina do Estado*. *Op. cit.*, v.1, p. 131-134.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 41-61.

O Estado de direito é o princípio fundamental de que derivam vários princípios, “é um conceito que permeia todo o Direito Público, porque a sua ideia original é a de um Estado que cria o Direito e se submete ao mesmo em função da garantia dos indivíduos contra o arbítrio”.¹¹²

Em verdade, o Estado de direito não pode ser abordado como forma de Estado e nem como forma de governo, mas se trata “de um *status quo* institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais”.¹¹³

Nas lições de BOBBIO, o Estado de direito deve ser entendido como o conjunto de normas que regula o uso da força, no qual o poder de coação é exercido por normas gerais e abstratas que estabelecem quem, quando, em quais circunstâncias, como, quais procedimentos e em que medida a força pode ser usada.¹¹⁴ O Estado de direito pode ser chamado também de *Estado Civil*, em razão do termo civil poder ser empregado tanto no sentido de civilizado como no sentido de cidadão.¹¹⁵

Estado de direito é uma ordem jurídica, com relativa centralização, pelo qual tanto jurisdição quanto administração estão vinculadas às leis. Então, a tentativa de legitimá-lo revela-se sem sucesso, porque “todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica”.¹¹⁶ O Estado é o Direito e o Direito é o Estado.¹¹⁷

¹¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 121.

¹¹³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 190.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano.; VECA, Salvatore. *Crisis de la democracia*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 11. Tradução livre de: “*El conjunto de las normas que regulan el uso de la fuerza, puede ser definido como el estado en el que el poder coactivo no ES ejercido por el soberano a su arbitrio sino que existen unas normas generales y abstractas, y por tanto no válidas caso por caso*”.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. *Op. cit.*, p. 73.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. *Op. cit.*, p. 352-353. Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, essa expressão representa um pleonismo. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz os requisitos da democracia e da segurança jurídica. Estado de Direito, nesse sentido específico, é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis (...). Então, a tentativa de legitimar o Estado como Estado de Direito revela-se inteiramente infrutífera, porque (...) todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica (...). “Essa superação metodológico-crítica do dualismo Estado-Direito é, ao mesmo tempo, a aniquilação impiedosa de uma das mais eficientes ideologias da legitimidade. Daí a resistência apaixonada que a teoria tradicional do Estado e do Direito opõe à tese da identidade dos dois, fundamentada pela Teoria Pura do Direito”. (grifei).

¹¹⁷ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5ª edição. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 245.

De acordo com esse pensamento, o Estado de direito se sujeita ao Direito, ficando subordinado às normas jurídicas que regulam a ação, consistindo na supremacia da Constituição, na separação dos poderes, na superioridade da lei e na garantia de direitos individuais.

Assim, pode-se afirmar que Estado de direito é o criado e regulado por uma Constituição, cujo “exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado”.¹¹⁸

Ressalte-se, por oportuno, com Paulo BONAVIDES, em sua segunda edição da *Constituição aberta*, que as constituições dos séculos XVIII e XIX

“... legitimavam-se com os direitos individuais, a separação de poderes e as garantias de organização liberal da sociedade. Hoje, segundo metade do século XX, as Constituições conservam a mesma importância de ontem, ao contrário daquilo que o superficialismo de alguns publicistas tem frequentemente apregoado. Mas que gravitam noutro eixo de legitimidade – o dos direitos sociais e dos vastos interesses corporativos que neles se enraízam, determinando uma nova concepção de Estado e poder. Ignorar tais direitos ou conculcá-los significaria condenar as Constituições à ineficácia, ao vazio das fórmulas verbais sem correspondência com a realidade”.¹¹⁹

Cabe ressaltar que as constituições continuam a conservar sua importância e com uma particularidade a mais, com o cuidado ante os direitos do homem, ante a dignidade da pessoa humana.

Por outra via, cf. CANOTILHO, a referência ao Estado constitucional, que detém duas grandes qualidades: o de ser Estado de direito e Estado democrático, porque o constitucionalismo “procurou justificar um Estado submetido ao direito”, guiado por leis, com qualidades, e são justamente essas qualidades que fazem dele um Estado constitucional. “O Estado Constitucional, para ser um Estado com qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um *Estado de direito democrático*”.¹²⁰

¹¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 37-38.

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 195.

¹²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. *Op. cit.*, p. 89.

Essa concretização leva a que se encontre um pluralismo, sendo identificados conceitos como “*Rechtsstaat, Rule of Law, État legal*, não obstante todos eles procurarem alicerçar a *juridicidade estatal*”.¹²¹

O Estado de direito é tido também como o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem que estão consagrados em grandes pactos internacionais, respeitando e cumprindo também os direitos nas grandes declarações internacionais e em outras grandes convenções de direitos internacionais.¹²²

Dessa forma, sintetiza CANOTILHO, três pressupostos materiais, referentes ao princípio do Estado de Direito, encontram-se implícita ou explicitamente no texto constitucional. São eles: a) a juridicidade; b) a constitucionalidade e c) os direitos fundamentais.¹²³ Ou seja, o vínculo jurídico do “agir estatal em função da garantia dos direitos fundamentais”.¹²⁴

No dizer de LINARES, o Estado de direito estrutura-se como uma comunidade global personalizada, dotada de personalidade jurídica suprema.¹²⁵ E o Estado que interessa à ciência do Direito administrativo é o Estado pleno, que abranja as normas jurídicas.¹²⁶

É o que Carl SCHMITT sempre defendeu: o Estado de Direito é uma modalidade de Estado baseado no império da lei, sendo por isso um Estado *legalitário*, ancorado que está em princípios, na distribuição, em direitos fundamentais e na divisão de poderes.¹²⁷

LINARES distingue ainda, por outro lado, o Estado de direito num sentido formal, como a totalidade do ordenamento, e num sentido material, como órgão.¹²⁸ O

¹²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional. Op. cit.*, p. 89.

¹²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional. Op. cit.*, p. 229-239. *Pactos internacionais*, como por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Pessoais, Cívicos e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais; *Declarações internacionais*, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem; *Convenções de direitos internacionais*, como por exemplo, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

¹²³ *Idem*, p.239.

¹²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito – do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 216.

¹²⁵ LINARES, Juan Francisco. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1986, p. 119-201. Essa comunidade global ou suprema já mostrava formas típicas em fins da Idade Média, começo da Idade Moderna.

¹²⁶ *Idem*, p. 199-201.

¹²⁷ Apud LINARES, *Op. cit.*, p. 132.

¹²⁸ LINARES, *Op. cit.*, p. 199-201 e 130-131.

Estado intervencionista como Estado de direito, mostrando que o atual Estado de direito não é mais o liberal-burguês, mas o neoliberal, socialista democrático.¹²⁹

É dizer: materialmente têm-se ideias de justiça e segurança jurídica e, formalmente, um sistema de garantias e direitos, divisão das funções do Estado, a legalidade e boa-fé.¹³⁰ E de compromisso baseado em garantias formais e materiais.¹³¹

Gunter PUTTNER refere que o princípio do Estado de direito, tanto no direito germânico como no europeu, é uma tendência geral no direito público.¹³² E problematiza a noção formalista do Estado de direito “onde o agir administrativo informal – materializado através de acordos, recomendações, informações e conselhos – é visto, *a priori*, com desconfiança e como recaída ou deslizamento do Estado e da Administração”.¹³³

Assim, o Estado de direito deve realizar “um justo equilíbrio entre o elemento formal (que remete ao princípio da legalidade) e o informal (que remete, no campo administrativo, à tutela da confiança, da honestidade da administração no trato com o cidadão)”.¹³⁴

Os princípios surgiram como forma de reação contra o absolutismo no uso incontrolado da força do Estado; princípios estes conectados ao desenvolvimento do Estado de direito, nas tendências liberais, antitotalitárias e anti-intervencionistas.

Definitivamente, é de se verificar que existe uma crise do Estado de direito, seja em relação à legitimidade, seja em relação à representação política, como sustenta Gesta LEAL:

“Enquanto que no século XIX, na perspectiva do liberalismo clássico, havia uma clara separação entre o Estado e a sociedade civil, no século XX essa linha divisória não é mais nítida. Atualmente, a representação política não pode ser encarada como órgão da sociedade perante o Estado, nem como exclusiva titular

¹²⁹ LINARES, *Op. cit.*, p. 136.

¹³⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista de Direito Público, São Paulo, n.º 84, p. 46, out/dez. 1987.

¹³¹ LUÑO, Antón Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 220-221.

¹³² PUTTNER, Gunter. *Lo Stato de Diritto informale*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Milano, n.º 1, 1992, p. 36. Apud BACELLAR FILHO, *Princípios...Op. cit.*, p. 122.

¹³³ Apud BACELLAR FILHO, *Princípios...Op. cit.*, p. 124-125.

¹³⁴ BACELLAR FILHO, *Princípios...Op. cit.*, p. 125.

da fundação de produção de normas jurídicas, nem como instituição indiferente aos problemas de ordem econômica”.¹³⁵

A grande questão em debate consiste na afirmação em dizer que o Estado de direito irá se apresentar ora como Estado liberal, ora como Estado social, ora como Estado democrático.¹³⁶

3. AS BASES DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

3.1 As teorias da responsabilidade civil do Estado

O primeiro ponto a destacar incide sobre o fato de que as diversas construções teóricas que norteiam o instituto da responsabilidade civil do Estado não foram definidas em um momento único e isolado, ao contrário, foram manifestações que acompanharam um processo evolutivo o qual, por sua vez, mostrou-se intimamente imbricado com o próprio desenvolvimento do Estado de Direito.

Para se ter uma percepção clara das bases teóricas que atualmente estão subjacentes a matéria da responsabilidade civil do Estado, deve-se passar pelo estudo, ainda que não revestido de densidade¹³⁷⁻¹³⁸, do Estado de Direito, mais precisamente do sentido material desta forma de organização, desvendando-se a estrutura, finalidade e ideais que o envolvem modernamente. De se ressaltar que esta construção deve seguir um modelo de Estado constitucional que se pode denominar como europeu-ocidental, uma vez que Brasil e Portugal seguem esta matriz.

¹³⁵ LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 149.

¹³⁶ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 69.

¹³⁷ José de Melo Alexandrino enfoca a gênese dos direitos fundamentais em três níveis – filosófico-cultural, político-constitucional e técnico-jurídico. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Lisboa: Princípia Editora, 2007, p. 10.

¹³⁸ Cf. Jorge Miranda, o autor reconhece uma pré-história, composta pela liberdade dos antigos e os direitos estamentais e a partir de então, a efectiva história dos direitos fundamentais. Ainda que o processo histórico seja relatado pelos autores sob a perspectiva dos direitos fundamentais e não do Estado de Direito, podemos aproveitar, dada a similitude e interligação lógica da evolução de ambos, o esquema de análise desenvolvido para definir as características básicas e inerentes ao modelo de organização de poder. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 4ª edição, p. 19.

Tem-se que compreender o Estado de Direito como um “tipo histórico de Estado”¹³⁹ que observou um processo de formação ao qual foram agregadas ao longo do tempo uma série de grandezas que atualmente o compõem e sem as quais não pode ser concebido. O Estado de Direito moderno é social e democrático¹⁴⁰, encontrando fundamento e estabelecendo por finalidade primeiro a garantia e promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, não sendo demasiado assentir com a afirmativa de que esta finalidade configura-se na própria essência do moderno Estado constitucional.¹⁴¹

Uma concepção atual de Estado de Direito, conforme mencionado anteriormente, não pode se afastar da aceitação de que é composto por elementos essenciais, assume um modelo estrutural no qual se encontram presentes algumas premissas básicas que o permitem alcançar suas finalidades. Não obstante, deve-se percorrer o caminho do seu processo de evolução histórica.¹⁴²

Seguindo as linhas de Jorge Reis Novais¹⁴³, este percurso inicia na idade média e no predominante sistema feudal de organização do poder político, em que não se verificava a presença do Estado como entidade política organizada, mas tão somente núcleos de poder descentralizado e afetos a lideranças particulares. Não obstante, com o passar do tempo, esta estrutura desconcentrada acabou por centralizar-se, em geral na pessoa do rei, que detinha o poder fundamentado em uma pretensa origem divina, sendo o Estado considerado bem integrante do patrimônio do monarca¹⁴⁴, do que decorreu o Estado absoluto, no qual a fisionomia marcante consistia na submissão dos súditos à vontade do soberano e à ausência de subordinação do Estado ao Direito.

Neste contexto, as relações entre o Estado e os particulares eram caracterizadas pela ausência de reconhecimento e proteção de direitos das pessoas em face do Estado e

¹³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 43.

¹⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito – do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 210.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, 6ª edição, p. 43

¹⁴² Como afirma Ernst Wolfgang Bockenforde, no que se refere ao Estado de Direito, “somente o conhecimento de seu desenvolvimento histórico faz possível uma compreensão sistemática do conceito”. BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p.18.

¹⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. *Op. cit.*, p. 16-42.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 17.

consequentemente, pela inexistência de qualquer responsabilidade civil do ente público, em razão de danos que pudessem causar aos particulares. Vigorava o que se denominou de teoria da irresponsabilidade do Estado, pela qual, em linha de convergência com os citados dogmas que norteavam o regime absolutista, especialmente a ideia de soberania presente, ao Estado não era atribuída responsabilidade por eventos danosos decorrentes da sua atuação, sendo uma possível reparação dependente da benevolência do poder público¹⁴⁵.

Após esta fase denominada de patrimonial¹⁴⁶, o Estado absoluto assumiu uma conotação diversa na qual o uso do poder encontrou uma justificativa racional, qual seja, a busca do interesse público, passando a embasar a intervenção do Estado de polícia em todas as esferas.¹⁴⁷ A fundamentação do poder continua concentrado nas mãos do monarca, deixa de ser remetida para o sobrenatural passando a encontrar razão no fato de ser tarefa do rei perseguir o bem comum, pelo que a estrutura estatal está a sua disposição e, caso avalie necessário, intervém no âmbito dos particulares que ficam desprotegidos destas investidas.

Como aponta Jorge Reis Novais¹⁴⁸, em vista do impasse criado pela ausência de proteção em que se encontravam os particulares e, de outro lado, pela imprescindibilidade de manutenção dos dogmas do Estado de polícia que não se submetia ao Direito, voltou à tona a teoria do Fisco. Assim, o Estado, por ficção, passa a assumir uma “dupla personalidade”, em face do que, enquanto age como Estado de polícia, não encontra limites e é irresponsável por qualquer lesão aos particulares. Todavia, é possível que sua atuação, na pessoa do Fisco, ocorra nos moldes de uma relação privada.

Segundo CANOTILHO, os particulares passaram a dispor de um direito de obter indenizações do Fisco – nas palavras do jurista – “aceita a privação de direitos mas exige a indemnização pelos actos de gestão privada (mas não pelos actos de gestão pública do monarca), são ideias agitadas contra um Estado Administrativo sem limites jurídicos e que

¹⁴⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III. Responsabilidade Civil Administrativa*. Lisboa: Dom Quixote, 2008, p. 12.

¹⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito...Op. cit.*, p. 37.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 38-39.

darão origem a um instituto indiscutível do Estado de Direito: o instituto da responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares¹⁴⁹”.

Formou-se, assim, uma dicotomia pela qual o Estado praticaria atos de gestão pública no âmbito dos quais estaria envolto de toda a sua soberania e atos de gestão privada os quais eram levados a efeito no seio de relações privadas e dos quais não eram propriamente ações decorrentes da soberania e do uso de poder que estavam em causa, poderiam surgir pretensões indenizatórias por parte dos particulares.

Surge, portanto, uma teoria da responsabilidade civil do Estado limitada aos seus atos de gestão privada e regulada por padrões afetos ao Direito privado¹⁵⁰. Logo, o Estado, na pessoa do fisco, é passível de responsabilização civil por atos de gestão privada, mas essa responsabilidade pressupõe, primeiro, uma atuação estatal despida de soberania e em segundo momento, uma conduta na qual o agente público, que deve ser identificado, age com culpa, uma vez que o regime desta responsabilidade era estabelecido pelo Direito privado. Esta teoria passou a ser denominada de teoria da responsabilidade com culpa, teoria civilística ou teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.

Com o passar do tempo, o Estado absoluto começou a vislumbrar a ascensão da burguesia, classe social que emergiu com base na atividade empreendida e que acabou por deter considerável parcela do poder econômico. Não obstante, o poder sem parâmetros exercido pelo rei, a plena disponibilidade das esferas individuais que detinha e a insegurança jurídica que conseqüentemente pairava sobre as relações entre o Estado e os particulares, acabou por ensejar demandas políticas por parte da burguesia, notadamente de proteção da propriedade, autonomia, liberdade e segurança, ou seja, limitação do poder do monarca mediante o reconhecimento de determinados direitos¹⁵¹.

Os liberais avultam ideais contrapostos, o que culmina com o surgimento de um modelo no qual o Estado passa a estar sujeito aos ditames de uma Constituição, no intuito de serem resguardadas determinadas liberdades. Igualmente, parte-se do ideal de que a justificação do Estado funda-se na necessidade de respeito à pessoa humana, reconhecimento, proteção da liberdade e autonomia individual.

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 7ª edição, p. 92.

¹⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Edições Almedina, 1974, p. 38 e 39.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 69.

A ideia de controle das intervenções na esfera da liberdade começou a ganhar atenção. Javier Barnes ¹⁵² ressalta a importância do papel assumido pelo Estado liberal no controle das ações estatais, uma vez que no contexto de manutenção da paz e segurança assumido, a jurisprudência impulsionou a criação de um Direito Administrativo instado a efetuar a disciplina das intervenções realizadas pela polícia administrativa nas liberdades individuais.

Disso tudo decorreram modificações que foram sendo desenvolvidas progressivamente, sendo que o Estado liberal, ainda por muito tempo, carregou muitos traços do Estado absoluto, notadamente em razão do afastamento que mantinha em face da sociedade a ideia de irresponsabilidade do Estado¹⁵³. No máximo, além da responsabilização pelos atos de gestão privada, era prevista a responsabilidade pessoal do agente administrativo, ainda que de forma limitada pela garantia administrativa, a qual impunha uma autorização superior para que a responsabilidade perdurasse¹⁵⁴⁻¹⁵⁵.

Contudo, ao passo que o Estado liberal ia se consolidando, as aceções de irresponsabilidade do Estado encontravam superação bem como era colocada em discussão a real pertinência de uma teoria civilista para regular a responsabilidade civil do Estado, passando-se para elaboração de teorias publicistas. Ponto referencial nesta discussão é encontrado em decisão tomada pelo Tribunal de Conflitos Francês, em 08 de fevereiro de 1873, no qual os pais de uma menina de 05 anos, Agnès Blanco, que havia sido atropelada por um vagão de serviço público, buscaram indenização em face do Estado, sendo que o Tribunal de Conflitos acabou por definir a competência da jurisdição administrativa para julgar a questão e assentar a impossibilidade de o Direito privado regular a matéria, restando, por fim, definida a existência da responsabilidade do Estado, não mais na figura fictícia do Fisco, ainda que “nem geral nem absoluta” e regulada por “regras especiais”¹⁵⁶.

¹⁵² BARNES, Javier. *El principio de proporcionalidade*. Estudio preliminar. Cuadernos de Derecho Publico, n.º 5, septiembre-diciembre, 1998, págs. 15-49. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, p. 24.

¹⁵³ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris editora, 2007, p. 494.

¹⁵⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Op. cit.*, p. 12-13.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. *Op. cit.*, p. 41 e 42.

¹⁵⁶ MELLO, Celso António Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, 15ª edição, p. 861.

Todavia, apesar da importância da sentença que acaba por assentar a independência do Direito Administrativo, cabe ressaltar que a referida decisão constituiu, como explica Vasco Pereira da Silva, um “acontecimento traumático” na formação histórica do Direito Administrativo, uma vez que a decisão do Tribunal de Conflitos Francês não foi motivada pela busca de tutela aos particulares, ao contrário, visou proteger os interesses da Administração que deveria estar submetida a um “direito especial”, que tomasse em consideração o seu estatuto de privilégio¹⁵⁷.

Não obstante, restou impulsionada a formatação de uma teoria de direito público para regular a responsabilidade civil do Estado e assentado um princípio, ainda que limitado, de responsabilidade estatal. Nesta linha, a jurisprudência e a doutrina francesa começaram a assentir acerca da existência de uma responsabilidade estatal, o que passou pela queda da distinção entre os atos de gestão privada, de gestão pública e pela progressiva aceitação de uma responsabilidade civil independentemente da identificação do agente administrativo causador do dano, desde que houvesse uma “culpa anônima”¹⁵⁸ do serviço público. Formou-se a teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço, pela qual ultrapassa-se a necessidade de identificação pessoal do agente causador do dano e, com base na ideia de *faute du service*, admite-se a responsabilização do Estado.

Como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, “a culpa individual passa a ser apenas uma das modalidades que enseja a responsabilização do Estado”¹⁵⁹, passando-se a admitir a responsabilização estatal por funcionamento anormal do serviço, sendo esta *faute du service* caracterizada, na sistematização atribuída por Paul Duez, quando o serviço não existe, funciona mal ou funciona tardiamente.¹⁶⁰

Após a 1ª guerra mundial, motivados principalmente pela grande desigualdade social decorrente do modelo em vigor, movimentos ideológicos contrapostos às idéias liberais, tomaram lugar, acabando por serem levantadas bandeiras nas quais uma concepção diversa de liberdade tremulava, partindo-se da afirmação de que o papel do Estado não se limitava a respeitar a liberdade, mas sim, efetivar o bem estar dos indivíduos, ou seja, patrocinar ações que, efetivamente, transpusessem a liberdade formal

¹⁵⁷ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise. Ensaio sobre as ações no novo processo administrativo*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 8-9.

¹⁵⁸ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Op. cit.*, p. 496.

¹⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 862.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 864.

para uma verdade material. Neste modelo, irradiaram uma nova linha de direitos fundamentais, denominados direitos sociais, bem como a definição de um modelo diverso de Estado – o Estado social – no qual é função essencial do poder público instituir e concretizar políticas públicas visando o bem comum.

Igualmente, de outro lado, deve o Estado garantir a liberdade individual que, inclusive, é complementada pelos direitos sociais. O Estado deve assegurar a liberdade. O direito à liberdade depende da observância dos direitos prestacionais para o alcance de sua plenitude.

Entretantes, marcado pelo imperativo prestacional e a busca da igualdade, o Estado de Direito modificou seu paradigma, pois enquanto no Estado liberal era refutada e tida por indevida qualquer interação com a sociedade, no Estado Social esta relação é buscada e deflagrada nos dois lados da moeda, uma vez que tanto o Estado passa a intervir nos domínios sociais e econômico como a sociedade passa efetivamente a participar e controlar a formação das decisões estatais – “estadualização da sociedade e de recíproca socialização do Estado”.¹⁶¹

Era necessário que as teorias da responsabilidade civil do Estado também acompanhassem estas novas concepções. Uma vez que o Estado passa a ter uma interação mais ampla e efetiva com os particulares e assume um papel prestacional, como consequência lógica teve-se um significativo incremento nas ações estatais o que acarretou, em contrapartida, maior potencialidade lesiva aos particulares. Veio à tona, com efeito, a teoria do risco, uma vez que o Estado exerce atividades perigosas e potencialmente lesivas, deve ele suportar os encargos financeiros decorrentes dos danos ocasionados por sua atividade.

Logo, a responsabilidade civil estatal deve existir mesmo à revelia de uma ação delitual culposa do agente público ou de um funcionamento anormal do serviço, já que o risco da atividade exercida impõe a necessidade de indenização dos danos que dela decorram, sendo a imputação de responsabilidade ao Estado de forma objetiva, dependendo da demonstração de um nexo de causalidade entre a ação estatal e o dano, que passou a ser figura central da configuração da responsabilidade.

¹⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Op. cit., p. 31.

Esta ideia de responsabilidade fundamentada no risco da atividade estatal, por sua vez, encontra diversas justificativas. Conforme apontam Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “não existe acordo na doutrina acerca do exacto fundamento da imputação pelo risco: para a teoria da criação do risco, a responsabilidade funda-se na exigência de que quem cria um risco responda pelas suas consequências; para a teoria do risco-proveito, a responsabilidade funda-se na exigência de que quem tira proveito de uma actividade responda pelos riscos por ela criados e para a teoria do risco-autoridade, a responsabilidade funda-se na exigência de que quem tem sob o seu controle uma coisa ou uma actividade responda pelos riscos que elas envolvem”.¹⁶²

De outro lado, pelos ditames do Estado Social, é consequência impositiva do princípio da igualdade que não somente os benefícios decorrentes da Administração prestadora devam ser usufruídos por todos, mas da mesma forma, os prejuízos devem ser suportados por toda a coletividade. Assim, mesmo ausente uma conduta ilícita, um serviço de funcionamento anormal ou uma atividade perigosa pode o Estado ser responsabilizado por uma atuação lícita.

Com efeito, dentre outros fundamentos que podem ser trazidos à colação, destaca-se que a teoria do risco e o princípio da igualdade – repartição social dos encargos – fundamentam o surgimento de uma responsabilidade civil do Estado com pressupostos diversos da que, até então, se tinha, uma vez que a Administração é passível de responsabilização independentemente da configuração de uma ação delitual culposa – aqui entendida em sentido amplo – o que se configura em uma responsabilidade civil objetiva, fundamentada na teoria do risco e no princípio da igualdade.

Cabe ressaltar que o fato do incremento da ação estatal em benefício de todos e o possível prejuízo que dela decorra a um particular, impõe, pelo princípio da igualdade, o fundamento até certo ponto comum da responsabilidade objetiva.^{163_164}

¹⁶² SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Op. cit.*, p. 12-13.

¹⁶³ GARCIA, António Dias. Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas. *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública – Coordenação de Fausto de Quadros*. Coimbra: Almedina, 2004, 2ª edição, p. 199-200.

¹⁶⁴ MONCADA, Luís Cabral de. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. A lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro. Lisboa: Abreu & Marques, Vinhas e Associados – Sociedade de Advogados, RL, 2008, p. 20.

3.2 A natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado

O Estado de Direito, adotando-se uma concepção material, deve ser compreendido como um fenômeno amplo que engloba uma série de características estruturais. Esta estrutura comporta como finalidade máxima a proteção da pessoa, a vinculação dos poderes constituídos a este objetivo e a necessidade de que suas ações funcionais observem a moldura constitucional. Contudo, esta premissa básica de estruturação do Estado – vinculação aos direitos fundamentais e submissão ao Direito – cairia no vazio caso não houvesse qualquer consequência, diga-se, responsabilização da Administração nos casos em que, não observando esta vinculação, causasse danos aos particulares.

Enquanto isso, é forçosa a conclusão de que o seguimento da cadeia lógica pela qual se desenrolam os elementos básicos ao Estado de Direito ainda não está completa, sendo necessário o reconhecimento de outros pontos integrantes do sistema, outras exigências, ainda que implícitas, que decorram diretamente da estrutura que norteia este modelo de organização estatal e que balizem as atuações do Poder Público.

Com efeito, em um primeiro momento, tem-se que a responsabilidade civil do Estado seja entendida como um princípio inerente ao próprio sistema de organização do Estado, um ‘pilar’ do Estado de Direito.¹⁶⁵⁻¹⁶⁶ Como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, “a responsabilidade do Estado, desde o advento do Estado de Direito, sob o ponto de vista lógico poderia independer de regra expressa para firmar-se bem como dispensar o apelo a normas de Direito Privado para lhe servirem de socorro”.¹⁶⁷

Como aponta Canotilho, o instituto da responsabilidade civil das entidades públicas configura-se como um “princípio garantia associado ao princípio do Estado de Direito, à garantia de protecção jurídica e ao princípio da constitucionalidade e da legalidade vinculativo dos poderes públicos”, bem como caracteriza-se em uma “*garantia*

¹⁶⁵ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*. *Op. cit.*, p. 472.

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 4ª edição, p. 425.

¹⁶⁷ MELLO, Celso António Bandeira de. *Op. cit.*, p. 858.

institucional”, a qual oferece tutela aos indivíduos em face de condutas do Estado que possam lesar esferas protegidas dos particulares.¹⁶⁸

Sem excluir as configurações anteriores,¹⁶⁹ de outro lado, em um segundo momento, sob uma perspectiva subjetiva, a responsabilidade civil do Estado, mais precisamente, o “próprio direito à indemnização”¹⁷⁰ que dela decorre, é um direito fundamental do particular.

Ainda, “reveste a natureza de uma *garantia contenciosa*, a par de outras, contra fatos causadores de prejuízos”.¹⁷¹ Como adverte Diogo Freitas do Amaral, a anulação dos atos ilegais lesivos, em muitos casos, não coloca o particular na mesma situação em que se encontrava antes do ato ser praticado, bem como por vezes, o ato causador do prejuízo não é anulável, razão pela qual o “direito à indemnização dos danos sofridos é incontestavelmente uma peça essencial do sistema de garantias que ao Estado de Direito compete instituir para protecção dos cidadãos”.¹⁷² Há de destacar que não necessita o particular, para obter indenização pelo ato lesivo, de primeiramente buscar a anulação desse ato. O direito à reparação é igual ao conjunto de garantias contenciosas que o particular dispõe em face de condutas administrativas que possam acarretar danos a esferas juridicamente protegidas.

O regime da responsabilidade civil extracontratual da Administração aplica-se “aos danos resultantes da generalidade das acções e omissões administrativas – incluindo regulamentos e planos (designadamente de aplicação imediata), actos administrativos, outros actos jurídicos, comportamentos e acções materiais, e até actuações informais, quando lhes seja reconhecida relevância, designadamente em função de princípios fundamentais, como por exemplo, o princípio da protecção da confiança”.¹⁷³

Com efeito, todas estas linhas gerais até o momento descritas traçam um elo comum que o instituto da responsabilidade civil do Estado observou tanto no modelo

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, p. 428.

¹⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, p. 428.

¹⁷⁰ SILVA, Vasco Pereira da. *Op. cit.*, p. 472.

¹⁷¹ MESQUITA, Maria José Rangel de. “*Da responsabilidade civil extracontratual da administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente*”, in QUADROS, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2.^a edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 47.

¹⁷² AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito Administrativo – Volume III*. Lisboa: 1985, p. 459.

¹⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 137, n.º 3951 (jul/ago), 2008, p. 361.

adotado pelo Brasil quanto por Portugal. Assim, construída a base teórica em que ambos os sistemas encontraram fundamento, identificada a natureza jurídica do instituto, posteriormente será identificada as características específicas dos dois sistemas.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO – BREVES LINHAS

O dever de indenizar está umbilicalmente ligado à ideia de justiça, que veda a violação de direito juridicamente protegido. É a máxima romana *neminem laedere* (não lesar outrem).

O mais importante do que encontrar o conceito de responsabilidade civil é registrar que o Código Civil Brasileiro, editado por meio da Lei Federal n.º 10.406/2002 (art. 927)¹⁷⁴, em obediência ao regramento contido no artigo 5º, inciso V e X, da Constituição Federal Brasileira de 1988, alude ao dever de indenizar como sendo uma obrigação legal. Este é o norte para toda a teoria da responsabilidade civil, mormente a responsabilização civil pública, eis que representa a própria ideia de justiça democrática.¹⁷⁵

O conceito de responsabilidade civil está diretamente atrelado à noção de obrigação, sendo correto afirmar-se que, em regra, restará presente o dever de indenizar, isto é, a responsabilidade civil sempre que uma obrigação jurídica, prevista na lei (responsabilidade civil extracontratual) ou em acordo de vontades (responsabilidade contratual) restar descumprida.

Pode-se conceituar a responsabilidade civil como sendo um dever jurídico sucessivo, que surge em decorrência da violação de uma obrigação imposta por lei ou por acordo de vontades das partes (dever jurídico originário), oriunda de ação ou omissão voluntárias e específicas (quando há o dever legal ou razoável de agir), sempre que tal

¹⁷⁴ “Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

¹⁷⁵ WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, 2ª edição, p. 12.

situação gerar dano a bem juridicamente protegido, que será restaurado via pagamento de uma indenização, em regra, em dinheiro.¹⁷⁶⁻¹⁷⁷

Neste diapasão, após conhecer o conceito de responsabilidade civil, também se deduz que o seu objetivo, isto é, a sua função, é restabelecer uma relação jurídica violada, trazendo-a, na medida do possível, ao seu estado anterior, por meio do pagamento de uma indenização ou, se possível, pela devolução de outro bem jurídico de mesma qualidade ou quantidade. Assim, em uma única expressão, pode-se dizer que é função da responsabilidade civil a *restitutio in integro*, que traduz o dever de repor à vítima a situação jurídica anterior ao evento lesivo.¹⁷⁸

No que diz respeito à responsabilização civil das pessoas jurídicas de direito público, porém, pode-se afirmar que desde o direito romano o instituto sofreu sensível

¹⁷⁶ Os artigos 944 a 954 do atual Código Civil Brasileiro disciplinam a indenização como consequência do dever de indenizar e preveem, além do dinheiro, outras formas de indenizações, tais como o pagamento de pensão alimentícia, despesas com funeral, tratamento de saúde, etc. Saliente-se, entretanto, a observação formulada pela doutrina, no sentido de que o dano moral não é indenizável, mas sim ressarcível. Neste sentido, destacam-se os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes, *verbis*: “*Aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; indenizar é palavra que provém do latim, in deni, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências – o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é compensável, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, se refira à indenização do dano moral.*” *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145.

¹⁷⁷ Sérgio Cavalieri Filho chega ao conceito de responsabilidade civil partindo da noção do que seja dever jurídico originário e dever jurídico sucessivo. Adverte o civilista que o dever jurídico originário é a “*conduta externa de uma imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social*”, isto é, nada mais do que uma obrigação, sendo certo que, a violação desse dever faz exsurgir um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo, de restaurar a relação jurídica violada. Programa de Responsabilidade Civil. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003, p.25-26.

Por outro lado, Francisco Amaral propõe um novo enfoque para se conceituar responsabilidade civil: “*A expressão responsabilidade civil pode compreender-se em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem quanto a própria obrigação decorrente dessa situação, ou ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, designa o específico dever de indenizar nascido do fato lesivo imputável a determinada pessoa.*” *Direito Civil*. 5ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 558. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho também trazem suas contribuições doutrinárias em busca do conceito de responsabilidade civil, *verbis*: “*De tudo o que se disse até aqui, conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.*” *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v.3, p. 09.

¹⁷⁸ FILHO, Sérgio Cavalieri, *Op. cit.*, p. 36.

evolução, iniciada com a teoria da total irresponsabilidade civil do Estado¹⁷⁹, passando pelas teorias subjetivas do direito privado (distinção entre atos de império e atos de gestão, culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*), seguindo-se pela teoria subjetiva do direito público, fulcrada na culpa anônima e da falta do serviço, até chegar à teoria objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, hoje prevista no artigo 37, §6º, da Constituição Brasileira de 1988.¹⁸⁰

Diz-se que há responsabilidade civil objetiva do Estado quando não se busca na conduta do agente público causador do dano o elemento culpa. Bastam a conduta injusta, o dano e o nexo de causalidade, sendo que ao suposto lesado caberá demonstrar (e provar, ante a máxima romana *allegatio et non probatio quasi non allegatio*) os três elementos indicados, invertendo-se para o causador do dano – no caso, o Estado – o ônus de provar as excludentes do nexo causal, que se resumem no fato exclusivo da vítima¹⁸¹, no fato de terceiro¹⁸², ou em situações que traduzam caso fortuito ou força maior.¹⁸³⁻¹⁸⁴

Poderá ainda o Estado romper o nexo causal comprovando que a conduta administrativa decorreu de exercício regular e razoável de direito, bem como para afastar perigo social iminente ou em estado de extrema necessidade.

À luz da regra inserta no artigo 188, inciso I, do atual Código Civil Brasileiro, deduz-se que não restará configurado ato ilícito e o conseqüente dever de indenizar, quando o agente praticar atos em legítima defesa¹⁸⁵ ou no exercício regular de um direito reconhecido, ainda que tais atos venham a causar danos a outrem.¹⁸⁶

¹⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2002, p. 525.

¹⁸⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, 1944, tomo I; JÚNIOR, José Cretella. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹⁸¹ VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Tese de Doutorado em Direito Civil), Rio de Janeiro, 2002, p. 48.

¹⁸² RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 19ª edição, 2002, v.4, p. 173. No mesmo sentido, é o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho: “Em casos tais, o fato de terceiro, segundo a opinião dominante, equipara-se ao caso fortuito ou força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável. A culpa exclusiva de terceiro foi também incluída pelo Código do Consumidor entre causas de exclusão de responsabilidade do fornecedor (artigos 12, §3º, III, e 14, §3º, II). “*In Programa de Responsabilidade Civil*. *Op. cit.*, p. 85.

¹⁸³ VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *Op. cit.*, p. 47.

¹⁸⁴ *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 229, p. 369-376, jul/set, 2002.

¹⁸⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. *Op. cit.*, p. 114.

¹⁸⁶ “*Princípios setoriais que regem a prestação dos serviços públicos – a aplicação do princípio da livre iniciativa no regime dos serviços públicos*”. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n.º 56, p. 134-156, 2002, p. 138-141.

Importante observar que o agente estatal deverá agir dentro dos limites da razoabilidade e sem abusar dos direitos a ele conferidos, sob pena de incorrer em conduta capaz de gerar o dever de indenizar, caracterizada pelo excesso e pelo desvio de finalidade (artigo 187 do atual Código Civil Brasileiro).

Toda vez que alguém se achar em estado de perigo ou em estado de necessidade, isto é, que se sentir forçado a lesionar direito de outrem para o fim de remover perigo iminente, ausente restará o dever de indenizar, à luz da regra inserta no artigo 188, inciso II, do diploma citado, assim redigido:

Art. 188 – Não constituem atos ilícitos:

(...)

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.¹⁸⁷

Os agentes públicos devem atuar dentro dos padrões da razoabilidade, pois, se houver excesso e dele advier o dano, poderá caracterizar o dever de indenizar.

A responsabilidade civil objetiva estatal encontra fundamento no teoria do risco administrativo¹⁸⁸, conforme anteriormente mencionado, eis que deve prevalecer a máxima

¹⁸⁷ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho fornecem o conceito de estado de necessidade que equipara o fato à situação de perigo iminente: “*O estado de necessidade consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizarem outra forma de atuação*”.

Diz-se, comumente, na hipótese, haver uma colisão de interesses jurídicos tutelados.

(...)

“*Com isso, quer-se dizer que o agente, atuando em estado de necessidade não estará isento do dever de atuar nos estritos limites de sua necessidade, para a remoção da situação de perigo. Será responsabilizado, pois, por qualquer excesso que venha a cometer*”. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. Op. cit.*, p. 112-113.

¹⁸⁸ Patrícia Ribeiro Serra Vieira elenca as espécies de risco que fundamentam a responsabilidade civil objetiva: “*Pelo risco-proveito considera-se como responsável aquele que tira vantagem econômica de atividade danosa, com base no princípio de que do lucro nasce o encargo. A noção é a de que o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito da atividade lesiva. (...) Segundo o risco-profissional, o dever de indenizar é oriundo da atividade ou profissão exercida pelo lesado. Essa modalidade deu ensejo às reparações decorrentes dos acidentes de trabalho independentemente da existência de culpa do empregador. A reparação, pelo risco-excepcional, dá-se em consequência de uma situação de risco gravosa, de caráter excepcional, à coletividade, por exploração de atividade de alta periculosidade (exploração de energia nuclear, materiais radioativos, etc.) O risco-criado nada mais é, concordando-se aqui com o Professor Caio Mário da Silva Pereira, do que a ampliação do risco-proveito. Basta o funcionamento de determinada atividade por alguém para que este seja responsável pelo eventos danosos, visto que criou o perigo, sendo isento apenas por ocasião da prova de que tomou todas as medidas prudentes para evitá-lo. O risco-integral é a espécie mais extremada dentre as decorrentes da doutrina reivindicadora do risco, porque impõe o dever de indenizar até mesmo quando se dê rompimento do nexa causal. Ou seja, o dano é suficiente, o que afasta*

que conduz ao dever de indenizar da sociedade em razão da atividade estatal que a ela, embora de risco, traz, na maioria das vezes, benefícios. Quer dizer que se a sociedade tira proveito de determinada atividade estatal que, por sua vez, gera risco de dano a terceiros que compõem o próprio corpo social, deve ela (a sociedade) arcar e repartir o ônus de indenizar os prejuízos causados, independentemente da existência (e não da prova) do elemento culpa, isto é, da presença de conduta negligente, imperita ou imprudente.

Não se pode olvidar que, para que se caracterize o dever de indenizar das pessoas jurídicas de direito público, necessária a presença de três elementos essenciais, quais sejam: i) um fato ou um ato da Administração ou omissão voluntária (e específica) por parte de um agente público; ii) um dano indenizável; e iii) o nexo de causalidade entre os dois elementos anteriores¹⁸⁹, que devem ser comprovados pelo suposto lesado.

No que diz respeito à conduta da Administração Pública para deflagrar o dever de indenizar, são importantes as considerações de Gustavo Peiser, que bem fundamenta a manifestação estatal na Teoria do Órgão, entendendo ser o Estado um “organismo vivo”, atuando por meio de seus órgãos e realizando suas funções. Trata-se, portanto, de uma visão organicista. A vontade da Administração Pública e daqueles que agem em seu nome possui relação direta, uma vez que os atos de seus funcionários são os atos do Estado, que refletem, portanto, a sua vontade. Tem-se, portanto, a noção de unidade entre ambos. A atividade do funcionário configura-se como sendo a do órgão do qual ele faz parte ou do próprio Estado.¹⁹⁰

Afirme-se que, como regra, o ato da administração capaz de deflagrar o dever de indenizar do Estado deverá ser ilícito.¹⁹¹ No entanto, excepcionalmente, as pessoas jurídicas de direito público poderão vir a responder por danos oriundos de condutas lícitas.¹⁹² Esta situação ocorrerá quando houver expressa previsão legal ou quando a atividade administrativa impuser sacrifício especial, irrazoável, injusto¹⁹³, anormal e

qualquer tipo de trabalho com excludentes de responsabilidade civil. In: A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos. Op., cit., p. 115-116.

¹⁸⁹ ATO ILÍCITO. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. 49, 1996, p. 84-93.

¹⁹⁰ PEISER, Gustave. *Droit Administratif*. 13ª edição, Paris: Mémentos Dalloz, 1987, p. 137.

¹⁹¹ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madri: Editorial Revista de Direito Privado, 1958, v.1, p. 191.

¹⁹² CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Obligacion de compensar daños causados por conductas lícitas*. Revista dos Tribunais. São Paulo, a.85, n.º 726, p. 11-23, abril de 1996, p. 13-14.

¹⁹³ BASTOS, Celso Ribeiro. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992, v.3, Tomo III, p. 172-173.

excepcional ao direito do administrado.¹⁹⁴ Neste sentido é a lição de Diogo Freitas do Amaral:

Outros casos há, ainda, em que a Administração, não praticando nenhum acto ilegal nem executando nenhuma operação material ilícita, incorre mesmo assim no dever de indemnizar prejuízos emergentes da sua actuação: é o que acontece, designadamente, com os danos provocados pelo risco inerente ao exercício de certas atividades especialmente perigosas (por ex., exploração de um paiol de pólvora militar), e bem assim como os actos ilícitos que imponham aos particulares formas de sacrifício especial dos seus direitos”. – grifo no original.¹⁹⁵

Parece comungar com o mesmo entendimento a jurista Maria Clara Lopes, que assim doutrinou acerca da responsabilidade civil das pessoas coletivas públicas por condutas administrativas lícitas:

(...) este tipo de responsabilidade não pressupõe a existência da culpa, ou seja, de um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente que assenta, como acima se deixou dito, no nexó entre o fato e sua vontade, dele agente, autor do fato e pelo contrário, este tipo de responsabilidade pressupõe a prática de um fato ou de atos lícitos. Integram o conceito de ato lícito, entre outros, a colocação de um veículo em circulação, a montagem e exploração de uma fábrica, a fabricação e venda de produtos.¹⁹⁶

Bom exemplo para elucidar o que anteriormente restou dito e que é de suma importância para a atividade regulatória desempenhada pelas Agências Reguladoras foi trazido à baila por Canotilho em 1974 e que diz respeito ao dever de indenizar do Estado quando da “revogação” (rectius: desapropriação de direito) de ato administrativo concessivo de direito. Afirma que, malgrado a sua licitude, tais atos revogatórios impõem um sacrifício aos seus beneficiários e que em razão disso merecem ser indenizados:

Problema discutido, e do qual se dará aqui uma pequena notícia, é o de saber se o acto administrativo impositivo de sacrifício pode revestir a forma de acto

¹⁹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 7ª edição, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, Tomo I, p. 512.

¹⁹⁵ AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito Administrativo*. 2ª edição, Lisboa: Almedina, 2000, v.1, p. 472-473.

¹⁹⁶ LOPES, Maria Clara. *Responsabilidade extracontratual*. Lisboa: Reis dos Livros, 1997, p. 15-16. *Apud* VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos*. *Op. cit.*, p. 61-62.

revogatório. Estamos perante a questão da admissibilidade da revogação de um acto constitutivo de direitos quando assim o exigir o interesse público.

Anotar-se-á, em primeiro lugar, que o interesse público invocado a favor da revogabilidade pode ser argumento no sentido oposto, se se acentuarem como exigências primordiais do interesse público a segurança jurídica, a paz jurídica, a economia processual, exigências estas apenas compatíveis com a irrevogabilidade dos actos administrativos. Entende-se, porém, que os direitos adquiridos através de um acto individual não podem constituir limite absoluto à acção dos poderes públicos: se o superior interesse público assim o exigir, nada obsta a que se sacrifiquem esses direitos, assegurando-se ao cidadão prejudicado uma justa indenização. O acto revogatório seria um acto lícito impositivo de sacrifício. A revogação seria uma espécie de revogação-expropriação (*Enteignungswiderrufs*), sujeita aos princípios da responsabilidade por actos lícitos.¹⁹⁷

Desta forma, como exceção à regra, as pessoas jurídicas de direito público (e, assim, as agências reguladoras) poderão ser responsabilizadas civilmente por atos lícitos dos seus agentes, que agindo nesta qualidade causarem um dano injusto a uma pessoa que compõe o segmento regulado, desde que tal obrigação advenha de lei ou de uma situação jurídica irrazoável e injusta imposta ao administrado, que será aferível à luz do caso concreto.

Mas não basta uma conduta administrativa (lícita ou ilícita) para que o Estado seja obrigado a indenizar. O suposto lesado tem de comprovar um dano indenizável, que poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial (moral),¹⁹⁸ pois é possível haver responsabilidade sem culpa, mas impossível será se ausente o dano. A conclusão, apesar de simples, é de suma importância, eis que não há que falar em dever de indenizar alguém sem que este tenha sofrido efetivo prejuízo.¹⁹⁹

¹⁹⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. *Op. cit.*, p. 239-240.

¹⁹⁸ E se assim é, necessário, neste momento, trazer à baila o conceito de dano moral, merecendo destaque a doutrina de Carlos Alberto Bittar, quando informa que se qualificam “*como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reparação ou da consideração social)*”. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 41.

¹⁹⁹ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. *Op. cit.*, p. 110.

Por fim, o lesado ainda terá de comprovar o nexo de causalidade entre os dois elementos (conduta e dano), sem o que inexistirá o dever de indenizar.²⁰⁰

5. O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme já mencionado, a disciplina da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público guarda assento na Constituição Federal de 1988, no artigo, 37, §6º.

Contudo, com o intuito de revogar expressamente o artigo 15 do Código Civil Brasileiro de 1916, que semeava discussões acerca de sua recepção frente ao artigo 37, §6º, da CRFB/1988, o atual Código Civil trouxe a lume, novamente, a regra da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas de direito público, expressa no artigo 43, assim redigido:

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.

Como se disse, com exceção da inserção da palavra “atos” e da ausência de previsão da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, o teor do dispositivo legal transcrito é o mesmo do artigo 37, §6º, da CRFB/1988.

Portanto, em linhas gerais, pouco ou nada inovou o atual Código Civil Brasileiro sobre o instituto da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público²⁰¹, que continua a ser objetiva, fulcrada na teoria do risco administrativo, com as excludentes do nexo causal mencionadas, isto é, o caso fortuito ou a força maior, desde que não tenha

²⁰⁰ Três teorias disciplinam o elemento do nexo causal, como elemento essencial do dever de indenizar: a teoria da equivalência dos antecedentes causais, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta e imediata. Sobre um estudo profundo acerca das teorias mencionadas, remete-se o leitor ao percuciente trabalho desenvolvido por TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o Nexo de Causalidade*. In: Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Rio de Janeiro, v.2, n.º 6, p. 3-19, abr/jun., 2001.

²⁰¹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, a autora afirmou “que o atual código civil brasileiro nasceu atrasado em relação aos ditames da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que não previu a responsabilidade civil das empresas privadas prestadoras de serviços públicos”. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 15ª edição, 2003.

havido qualquer fato administrativo a impulsionar o dano, o fato de terceiro e o fato exclusivo da vítima.

Entretanto, estão a merecer especial atenção as situações que configuram omissões administrativas e as hipóteses em que essas situações farão exsurgir o dever de indenizar para as pessoas jurídicas de direito público, além do prazo de prescrição das demandas indenizatórias.

6. O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL EM CADA SISTEMA (PORTUGUES E BRASILEIRO)

A começar pelo texto constitucional dos dois sistemas, o primeiro passo que destacamos é que ambas as Constituições estabelecem de forma expressa um princípio geral de responsabilidade civil estatal,²⁰² o que vem em coerência com a linha estrutural do Estado de Direito. Os textos constitucionais trazem outras disposições acerca da matéria, como por exemplo, a positivação de garantias específicas.²⁰³

Como princípio geral, a responsabilidade civil do Estado recebeu reconhecimento na Constituição da República Portuguesa por intermédio do artigo 22º - Responsabilidade das entidades públicas:

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.

Por sua vez, a Constituição Federal Brasileira estabelece:

Artigo 37, §6.º - 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.

²⁰² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 210.

²⁰³ Por exemplo, veja o disposto no artigo 27º, 5, da CRP – “a privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos em que a lei estabelecer”.

Pela leitura dos dispositivos, pode consolidar a assertiva de que ambos os sistemas admitem a responsabilidade do Estado, não se valendo de qualquer ficção jurídica, como por exemplo, a pessoa do Fisco ou de uma descaracterização da atividade do Estado no sentido de estabelecer uma dualidade, pública e privada.

Então, a primeira das configurações assumidas por este princípio geral refere-se à natureza primária ou direta da responsabilidade do Estado. A responsabilidade do Estado não é subsidiária à do agente causador do dano, podendo o lesado acionar diretamente o ente estatal, na condição de pessoa jurídica de direito público, caso configurados os pressupostos, fato que, não exclui a possibilidade de o agente público também vir a figurar como responsável. O que está em causa cinge-se à exteriorização de uma premissa pela qual, uma vez originada a pretensão ressarcitória, em razão de uma atuação estatal, é o próprio Estado legitimado passivo da ação de responsabilidade civil.

Como aponta Yussef Said Cahali, esta construção da responsabilidade civil do Estado reflete a “concepção organicista do ente público”, pela qual o agente integra a própria estrutura orgânica do Estado, sendo portanto, a atuação daquele atribuído a este.²⁰⁴

Canotilho e Vital Moreira destacam o fato de o artigo 22.º, da CRP estabelecer o Estado, de forma direta, como responsável pelos danos causados pelos titulares de órgãos, funcionários e agentes, para o que não há qualquer pertinência a “distinção entre actos de gestão pública e actos de gestão privada”, ou seja, independentemente da forma que assumir a atuação administrativa, poderá haver responsabilização na pessoa do Estado.²⁰⁵-
206

Ultrapassada esta premissa, parte-se para análise do regime desta responsabilidade, ou seja, estabelecer se essa responsabilidade estatal direta restará configurada uma vez presente uma ação delitual e culposa ou se a responsabilidade é objetiva e pode sobrevir de uma atuação lícita.

²⁰⁴ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 66.

²⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, p. 426-428.

²⁰⁶ Cf. apontam Jorge Miranda e Rui Medeiros, “ o artigo 22.º da Constituição não se aplica apenas no âmbito da actividade de gestão pública, não podendo a Administração furtar-se ao princípio da responsabilidade através da fuga para o Direito Privado ou da manipulação da natureza jurídica da personalidade colectiva”.

A doutrina administrativista brasileira encontra ponto comum²⁰⁷ no entendimento de o artigo 37, §6.º, da Lei Maior, consagrar um princípio geral de responsabilidade objetiva estatal. O argumento literalista e cingido aos termos do dispositivo prende-se ao fato de o artigo em pauta assegurar à Administração o direito de regresso em face dos agentes públicos causadores do dano nos casos em que estes obrarem com dolo ou culpa. Logo, havendo ressalva constitucional estabelecendo ser subjetiva a responsabilidade imputável ao agente público, *contrário sensu*, não havendo qualquer ressalva em face do Estado, a responsabilidade deste é objetiva. Ainda ultrapassado o teor do dispositivo em questão, esta responsabilidade objetiva é fundamentada na teoria do risco e no princípio da igualdade.

Assim, agregada ao princípio geral de responsabilização, o sistema constitucional brasileiro prevê a responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva dos agentes públicos.

Por outro lado, no sistema português, o desenlace da questão não é tão simples ou pacífico. Não raras são as posições entendendo que o artigo 22.º, da CRP consagra apenas a responsabilidade delitual.²⁰⁸ Rui Medeiros destaca que o artigo em questão refere-se somente à responsabilidade delitual e subjetiva. Segundo ele, o princípio geral de solidariedade insculpido no dispositivo pressupõe a responsabilidade delitual – “em resumo, a solidariedade pressupõe a existência de culpa e constitui um princípio geral válido em todo o âmbito do artigo 22.º da CRP; a norma constitucional consagra, por isso, uma responsabilidade subjectiva do Estado”.²⁰⁹

Há posições diferentes, como sustenta Jorge Miranda, “*prima facie* dir-se-ia estar só considerada no artigo 22.º a responsabilidade por factos ilícitos, em virtude de, expressamente, se consignar a solidariedade de titulares de órgãos, funcionários e agentes, a qual só faz sentido, evidentemente, quanto a factos ilícitos”²¹⁰. Todavia, o autor afasta a assertiva, manifestando entendimento no sentido da aceitação de uma “responsabilidade por factos lícitos e objectiva”, o que é fundamentado por força dos princípios do Estado de Direito. Além disso, não se concebe que um princípio geral da Constituição de 1976 fosse

²⁰⁷ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 32.

²⁰⁸ CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 422-423.

²⁰⁹ MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra, Coimbra: Edições Almedina, 1992, pág. 94.

²¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...Op. cit.*, p. 353.

menos abrangente que o regime do Decreto-Lei n.º 48.051, estatuto normativo que disciplinava a matéria à época.

Por fim, assevera que encontra-se no próprio artigo 22.º da CRP base legal para confortar a construção desenhada, uma vez que o dispositivo constitucional estabelece a viabilidade de responsabilidade em casos de a conduta estatal acarretar violação dos direitos, liberdades, garantias ou prejuízo para outrem – “com referência a violação está se contemplando a responsabilidade por factos ilícitos; com referência a prejuízo a responsabilidade por factos lícitos”.²¹¹

Partindo-se da premissa de a responsabilidade dos agentes públicos ser delitual, vê-se que a Constituição da República Portuguesa interliga o termo violação e a responsabilidade por fatos ilícitos pois o artigo 271.º, I, da CRP, dentre outros, dispõe sobre a responsabilidade civil dos funcionários e agentes do Estado, estabelecendo que esta responsabilidade estará configurada em caso de violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Assim, considerando que esta responsabilização dos funcionários e agentes somente pode ser originada em face da prática de um ilícito, é plausível a conclusão de o constituinte haver relacionado o conceito de violação ao de ilicitude. De outro lado, fora destas hipóteses em que há violação dos direitos ou interesses, pode subsistir, como é frequente, a responsabilidade civil da Administração. Nestas situações, em que não há propriamente violação de qualquer direito ou interesse, pode-se entrar no campo das ações estatais lícitas e, como efeito, o regime da responsabilidade passa a ser objetivo, sendo necessária a existência de um dano ou como parece adotar a Constituição portuguesa, um *prejuízo*, para ensejar a indenização do Estado ao particular.

Logo, configurado um prejuízo ao particular decorrente de uma conduta estatal, admite o artigo 22.º da CRP a responsabilidade do Estado a título objetivo, sendo a responsabilidade subjetiva relacionada à atuação, dolosa ou culposa, do agente público e vinculada à ideia de *violação*.

Ultrapassada a interpretação proposta ao dispositivo em questão, temos que a aceitação da responsabilidade objetiva decorre do próprio Estado de Direito. A responsabilização civil do Estado é um princípio estruturante do Estado de Direito, ainda

²¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...Op. cit.*, p. 353.

que ausente qualquer previsão expressa, decorrendo de uma cadeia lógica e interdependente de elementos que compõe a estrutura estatal. Além disso, entendendo-se o Estado de Direito como um conceito que exprime um sentido substancial, o regime da responsabilidade civil estatal, como regra geral, deve assumir o caráter objetivo, sendo esta qualidade atribuída à ideia de risco da atuação estatal e à busca pela satisfação do princípio da igualdade, fator este que impõe a passagem do núcleo central da responsabilidade da ação culposa para o dano que deve ser suportado por toda a coletividade.

Assim, ao prever a responsabilidade solidária do Estado, a Constituição portuguesa acaba por estabelecer a possibilidade de responsabilização do agente público, sob o regime da responsabilidade subjetiva. Todavia, é incorporado ao princípio geral de responsabilidade do Estado o regime da responsabilidade objetiva.

Em ambos sistemas constitucionais, a Lei Maior estabeleceu um princípio geral de responsabilidade civil da Administração, o qual configura uma responsabilidade direta e objetiva.

No que se refere às pessoas responsáveis, pelo texto da Constituição brasileira, conclui-se que estão sujeitas ao regime da responsabilidade objetiva “as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público”. Logo, o Estado, as pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração indireta e as pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração indireta ou que exerçam atividades administrativas por delegação, respondem diretamente pelos danos que lhe forem imputáveis.

Para José dos Santos Carvalho Filho, a “intenção do Constituinte foi a de igualar, para fins de sujeição à teoria da responsabilidade objetiva, as pessoas de direito público e aqueles que, embora com personalidade jurídica de direito privado, executassem funções que, em princípio, caberiam ao Estado”.²¹²

No âmbito do sistema português, a Constituição não prevê expressamente a extensão do regime da responsabilidade civil às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Não obstante, esta extensão é também consequência lógica do sistema. Uma vez que se parte da premissa que a responsabilidade civil do Estado é apenas uma parte de um mecanismo amplo de estruturação do Estado de Direito e, mais

²¹² FILHO, José dos Santos Carvalho. *Op. cit.*, p. 498-499.

especificamente, de proteção aos particulares, seria um verdadeiro contra-senso instituir estas premissas e, de outro lado, não admitir a extensão do regime da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público às pessoas jurídicas de direito privado que exerçam atividade administrativa.

Para cumprir as prestações que lhe são impostas pelo Estado Social, o Estado delega, as atividades que são essencialmente públicas, às pessoas privadas. Logo, como forma de escapar ao regime mais rigoroso da responsabilidade objetiva, bastaria ao Estado delegar a prestação das atividades públicas a pessoas privadas, uma vez que, em princípio, estão afetas a um regime subjetivo de responsabilidade civil. Tal solução, colocaria em risco toda a base estrutural do Estado de Direito e das garantias dos particulares. Portanto, não pode persistir.

Luís Cabral de Moncada afirma que a interpretação do artigo 22.º, da CRP, deve ser ampla de forma a abarcar as pessoas coletivas de direito privado que atuem em “moldes de direito público”.²¹³ O relevante é o exercício da função administrativa.²¹⁴ Assim, pode-se afirmar que tanto o sistema constitucional brasileiro quanto o português, de forma comum e equilibrada, estabelecem que ao regime geral, até o momento traçado, de responsabilidade extracontratual do Estado, estão submetidos às pessoas coletivas de direito público e às pessoas coletivas de direito privado que estejam a exercer atividade administrativa.

A CRP estabelece um princípio geral de solidariedade, nos casos de responsabilidade delitual, entre o agente público e o Estado. Por outro lado, a Constituição brasileira não há esta previsão.

Esta questão da fundamentação da solidariedade é pouco abordada pela doutrina administrativista brasileira. Não obstante, o princípio geral de solidariedade também extrai-se, apesar de estar contido implicitamente, do sistema geral de responsabilidade civil estatal configurado na ordem brasileira, o que é alcançado por um raciocínio de lógica dedutiva. Se na Constituição brasileira há previsão expressa da existência do direito de regresso da Administração em face do agente público nos casos em que estes sejam causadores do

²¹³ MONCADA, Luís Cabral de. *Op. cit.*, p. 24.

²¹⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...Op. cit.*, p. 353.

dano e atuarem com dolo ou culpa, está, implicitamente, estabelecida a responsabilidade solidária da Administração e agente nestes casos. Ou seja, uma vez que o agente público responde civilmente pelos danos que causar aos particulares nos casos em que agiu culposamente – e é, em contrapartida, definido um direito de regresso da Administração em face deste agente, esta última previsão – direito de regresso – só encontraria razão de ser caso a Administração fosse, também, responsável frente ao particular pelo dano sofrido como consequência da ação culposa do agente estatal.

Com efeito, em caso de ação culposa do agente público, a Administração responde conjuntamente com este, configurando responsabilidade solidária, nos termos da CRP. A previsão do direito de regresso só encontraria sentido caso o Estado fosse responsabilizado solidariamente com o agente público causador do dano.

Até o momento, pode-se concluir que o instituto da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública recebeu um tratamento constitucional comum nos dois sistemas analisados. Este fato é uma consequência da consolidação do Estado de Direito em ambos os países e das matrizes inspiradoras que, no caso, advieram do modelo comum de configuração da responsabilidade civil do Estado.

Assim, há em ambas as ordens constitucionais, um princípio geral de responsabilização do Estado por danos causados a particulares, sendo esta responsabilidade, em regra, objetiva, direta e engloba as pessoas coletivas de direito público e as pessoas coletivas de direito privado que estejam no exercício da função administrativa. Ainda, sendo também responsável pelo dano o agente causador (responsabilidade delitual e subjetiva), o Estado responde solidariamente.

As diretrizes gerais do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado foram dadas pelo constituinte e assumiram idêntica configuração nos dois sistemas. As conclusões apontam para o fato de a matéria não estar totalmente inserida na margem de livre conformação do legislador, uma vez que foi dado pelo constituinte um sentido forte que o instituto deve assumir em Estado de Direito. A comum configuração constitucional, visualizada em ambas ordens, reforça o entendimento que relaciona a responsabilidade civil da Administração Pública e os princípios estruturantes do Estado de Direito.

7. A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS PODERES CONSTITUÍDOS NOS DOIS SISTEMAS

7.1 Considerações iniciais

Traçados os termos em que a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública foi concebida em linha de princípio geral nas referidas ordens constitucionais, os estudos adiante apontam as especificidades de cada sistema.

Neste tópico será abordado a responsabilidade civil extracontratual do Estado no campo infraconstitucional, mais precisamente na ação concretizadora realizada pelos poderes constituídos em face dos mandamentos advindos do artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa e do artigo 37, §6.º da CF/88, o que mais adiante será retomado com os estudos dos referidos artigos. No decorrer deste estudo, notamos que tudo é relevante uma vez que o sistema português experimentou uma ação concretizadora advinda do legislador que, por intermédio da Lei n.º 67/2007, alterada pela Lei n.º 31/2008, regulamentou o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado. No Brasil a realidade é diferente pois, ante a ausência de manifestação legislativa, com exceção dos dispositivos elencados no Código Civil, os quais já referimos, basicamente reproduz os mesmos dispositivos da Constituição. Assim, toda a ação concretizadora foi levada a efeito pela jurisprudência.

Antes de prosseguirmos com os assuntos relacionados com a ação concretizadora da responsabilidade civil, retomamos os estudos com a atual legislação portuguesa que dispõe sobre o assunto e a contribuição do decreto-lei n.º 48.051/1967.

7.2 O Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de novembro de 1967

Este decreto-lei estabeleceu a responsabilidade por danos causados no exercício da função pública e manteve-se em vigor durante cerca de 40 anos, até ser revogado pela Lei n.º 67/2007.

Quando codificou as regras e os princípios relativos ao instituto da responsabilidade civil da Administração, o ordenamento jurídico português era típico de um “Estado-de-legalidade” e não de um “Estado Constitucional”.²¹⁵

Tendo surgido para colmatar a lacuna no direito positivo que ocorreu com a publicação do Código Civil de 1966, o qual regulou a matéria da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas por atos ilícitos praticados no exercício de atividades de *gestão privada*,²¹⁶ este diploma consagrou, no seu artigo 1.º, o regime geral da “responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas no domínio de actos de gestão pública.”

O diploma veio regular, em 1967, no âmbito dos atos de gestão pública, não apenas a responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas em virtude de *atos ilícitos culposos*, mas também a chamada *responsabilidade administrativa*: responsabilidade por *atos causais* e responsabilidade por *atos ilícitos*.²¹⁷

De forma esquemática, no âmbito do diploma, eram tratadas três modalidades de responsabilidade da Administração: a responsabilidade por fatos ilícitos e culposos, a responsabilidade por atos lícitos e a responsabilidade pelo risco.²¹⁸

A responsabilidade por fatos ilícitos e culposos dependia de quatro pressupostos essenciais: o fato ilícito, a culpa, o prejuízo e o nexo de causalidade.

Conforme podemos extrair do seu artigo 2.º, a responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas pressupõe a culpa dos titulares dos órgãos ou agentes, autores materiais do ato ilícito causador de danos, culpa essa apreciada nos termos do artigo 487.º do CC (*ex vi* artigo 4.º do diploma em análise).²¹⁹

Destaque-se ainda que os artigos 8.º e 9.º deste diploma sugeriam que o prejuízo sofrido pelo particular, para adquirir relevância ressarcitória, teria de configurar-se como um prejuízo especial e anormal.²²⁰

²¹⁵ CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Op. cit.*, p. 450.

²¹⁶ MESQUITA, Maria José Rangel de. *Op. cit.*, p. 65.

²¹⁷ *Idem*, p. 66.

²¹⁸ CORTEZ, Margarida. *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 21.

²¹⁹ CORTEZ, Margarida. *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, *Op. cit.*, p. 34.

²²⁰ GARCIA, António Dias. “Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas”. *Op. cit.*, p. 208-209. Desenvolvendo estes pressupostos, o autor conclui que, para que seja especial, tem de

7.3 A Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro

Esta lei, atualmente em vigor, estabelece o regime da responsabilidade por danos resultantes da função administrativa ²²¹⁻²²²⁻²²³, tendo revogado o Decreto-Lei n.º 48.051, mencionado anteriormente. Ela determina o âmbito de aplicação do regime nas suas três dimensões: material, objetiva e subjetiva. ²²⁴

Neste regime contempla-se qualquer forma de atividade administrativa, da qual resulte o exercício de poderes de autoridade ou a sujeição a princípios (por exemplo, o princípio da proteção da confiança)²²⁵ e normas de Direito Administrativo, cuja atuação ou omissão seja lesiva do interesse dos particulares. ²²⁶

O regime é igualmente aplicável a entidades privadas, quando exerçam prerrogativas de poder público ou atuem ao abrigo de disposições ou princípios de direito administrativo, nos termos do artigo 1.º, n.º 5 – quer se trate de entidades administrativas privadas, de criação pública, quer se trate de verdadeiros privados, quando atuem no exercício de funções públicas – concessionários ou outros privados no exercício de poderes públicos. ²²⁷

Contrariamente ao regime anterior, esta Lei tem o mérito de não procurar a proteção do Estado e demais entidades públicas, nem dos seus órgãos, agentes ou representantes, obtendo a sua efetiva responsabilização. ²²⁸

provar-se “que um cidadão ou grupo de cidadãos tenha sido, através de um encargo público, colocado em situação desigual em relação à generalidade das pessoas”. Já quanto ao critério da anormalidade: “É ainda necessário que o prejuízo, pela sua gravidade, pela sua importância, pelo seu peso, ultrapasse o carácter de um ônus natural decorrente da vida em sociedade, mesmo no âmbito de um Estado intervencionista como é o Estado moderno”.

²²¹ Esta Lei foi de difícil aprovação, já que se temiam as consequências que o alargamento da responsabilização do Estado poderia causar. Com efeito, ela foi objeto de um veto político por parte do Presidente da República, obrigando a confirmação pela Assembleia da República, conforme artigo 136.º, n.º 2, da CRP.

²²² CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *O Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 23 e ss.

²²³ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Op. cit.*, p. 11 e ss.

²²⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa...Op. cit.*, p. 360.

²²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa...Op. cit.*, p. 361.

²²⁶ GOMES, Carla M. F. Amado. “Três textos sobre o Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas”, Lisboa: AAFDL, 2008, p. 31.

²²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa...Op. cit.*, p. 361.

²²⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *A responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras*, in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, v. 3, p. 113-122.

Por um lado, procurou-se um alargamento da responsabilidade direta do Estado, responsabilizando-o não apenas quando ocorram ações ou omissões ilícitas cometidas com culpa leve (artigo 7.º, n.º 1), mas também quando os danos ocorram devido a um funcionamento anormal do serviço²²⁹⁻²³⁰ (o qual é também considerado ilícito, segundo o preceito que define o conceito de ilicitude – artigo 9.º), mesmo que para tal não tenha havido um comportamento concreto de um titular de um órgão, funcionário ou agente (artigo 7.º, n.º 3) esta é a denominada culpa funcional ou culpa de serviço.²³¹

Assim, percebe-se que o legislador cobriu todas as hipóteses de responsabilização das entidades que exercem a função administrativa, desde a “falta leve à falta dolosa”.²³²

Relativamente à culpa, o artigo 10.º, n.º 2, estabelece que: “Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos”. Conclui-se que não é necessária a demonstração de culpa no caso de prática de atos ilícitos.²³³⁻²³⁴

Por outro lado, a Lei n.º 67/2007 consagrou a responsabilidade solidária por fato de outrem, no caso de existir dolo ou negligência grosseira por parte do órgão

²²⁹ MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. *Op. cit.*, p. 216. Já constatavam que tal era o sentido decorrente do artigo 22.º da CRP, recorrendo a um argumento de ordem teleológica para apurar que as faltas anónimas e as faltas coletivas, decorrentes, *vg.*, de vícios de organização, estavam a coberto deste preceito constitucional.

²³⁰ GOMES, Carla Maria Fermento Amado. *Op. cit.*, p. 33.

²³¹ SILVA, João Nuno Calvão da. *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 169.

²³² GOMES, Carla Maria Fermento Amado. *Op. cit.*, p. 32.

²³³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Op. cit.*, p. 113-122.

²³⁴ Vejam as críticas tecidas por GOMES, Carla Maria Fermento Amado, *Op. cit.*, p. 35-36. A propósito da presunção de culpa leve decorrente da ilicitude, ainda que “sem possibilidade de identificação do culpado”. Embora a autora reconheça que tal se justifique por uma ideia de proporcionalidade (só faltas com um determinado grau de culpa devem penalizar o funcionário) e por uma ideia de prossecução do interesse público e eficiência administrativa (a responsabilização do funcionário por qualquer falta poderia conduzir à paralisação da actividade administrativa), conclui que, “*de iure condendo*”, se deverá repensar nesta solução. Isto porque “deve ser admitida uma margem de risco de erro inerente à actuação da Administração prestadora, com múltiplas solicitações, crescentemente complexas. Quer devido a falhas humanas, quer em virtude de problemas de implementação de novas tecnologias de atendimento e processamento de pedidos, gera-se um risco de civilização neste contexto que deve ser suportado por todos, salvo em situações de danos anormais”.

administrativo, com a consequente obrigatoriedade²³⁵ do exercício do direito de regresso. Isto resulta de uma análise conjunta do artigo 8.º, n.º 1, 2 e 3²³⁶ e artigo 6.º.

Com relação à responsabilidade por risco, prevista no artigo 11.º, no que respeita aos danos indenizáveis, verifica-se que o Estado e demais entidades públicas respondem agora por quaisquer danos causados pelas referidas atividades ou coisas, e não apenas, como acontecia no domínio do decreto-lei 48.051, pelos prejuízos especiais e anormais.²³⁷

No que diz respeito à responsabilidade solidária da entidade públicas em caso de culpa de terceiro, o regime anterior excluía a responsabilidade públicas pelo risco, mas, nos termos da nova lei, quando a intervenção do terceiro tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, o Estado e as demais entidades públicas respondem solidariamente perante o lesado, sem prejuízo do direito de regresso (artigo 11.º, n.º 2).²³⁸ De fato, não há lugar a ilicitude ou a culpa do Estado ou dos seus agentes, bastando provar a causalidade adequada – trata-se apenas de afirmar o princípio de que quem desenvolve uma atividade perigosa (“teoria do risco criado”), fica onerado com a indenização dos danos que daí decorra para outrem.²³⁹

E ainda, o disposto no artigo 16.º, que estabelece uma indenização pelo sacrifício, sempre que o Estado ou as pessoas coletivas de direito público tenham, por razões de interesse público, imposto encargos ou danos especiais ou anormais, deve atender-se (para

²³⁵ Esta foi uma novidade na Lei: efetivamente, alguma doutrina já tinha alertado para a necessidade de consagração desta obrigatoriedade. Isto por duas ordens de razões: em primeiro lugar, a Administração nunca exerceu o direito de regresso previsto no artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei anterior; em segundo lugar, não devem ser os contribuintes os obrigados a suportar os prejuízos decorrentes da negligência grave ou dolo de funcionários da Administração.

²³⁶ Onde se pode analisar, segundo o artigo 8.º, n.º 1: “Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que encontravam obrigados em razão do cargo”. O artigo 8.º, n.º 2, estabelece que: “O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes (...)”. Por fim, o artigo 8.º, n.º 3, enuncia que: “(...) o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis (...)”, referindo o artigo 6.º que: “O exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório (...)”.

²³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa...Op. cit.*, p. 369. “Naturalmente quaisquer danos juridicamente relevantes, mesmo que afectem a generalidade das pessoas (gerais) ou constituam prejuízos comuns ou de pequena gravidade (normais).

²³⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa...Op. cit.*, p. 369.

²³⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa...Op. cit.*, p. 370.

o cálculo da indenização a atribuir) ao grau de afetação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.

7.4 O art. 22.º da Constituição da República Portuguesa

O artigo 22.º da CRP²⁴⁰ é resultado do texto da revisão constitucional de 1982 que estabeleceu o princípio da responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas por fatos ilícitos danosos praticados no exercício das funções públicas e por causa desse exercício.²⁴¹

A redação desde artigo já era a que resultava da versão original da CRP de 1976, embora estivesse consagrada no artigo 21.º. Foi esta Constituição que estabeleceu, pela primeira vez, um princípio geral de responsabilidade da Administração Pública.²⁴²

Com o atual artigo 22.º é regulado o princípio geral de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, referindo-se genericamente “às acções ou omissões no exercício das suas funções”.²⁴³

O seu âmbito de aplicação não se circunscreve apenas em atividades de gestão pública, não podendo a Administração esquivar-se às suas responsabilidades por meio da fuga para o Direito Privado ou da manipulação da natureza jurídica da personalidade coletiva.²⁴⁴ Este preceito constitucional representa o principal em matéria de responsabilidade civil extracontratual da Administração.²⁴⁵

²⁴⁰ Recordamos o disposto neste artigo: “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”. Este artigo é socorrido pelo artigo 268.º, n.º 4, da CRP, o qual consagra o direito à tutela jurisdicional efetiva, implicando a natural exigência de responsabilização das pessoas coletivas públicas.

²⁴¹ CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Op. cit.*, p. 414. A propósito da análise a este artigo, funda este dever de indenizar em um princípio de justiça comutativa, devendo o Estado cumpri-lo porque deve “repor um *statu quo ante* privado que, com a sua acção, indevida e inadvertidamente se alterou”.

²⁴² CORTEZ, Margarida. *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, *Op. cit.*, p. 11 e ss.

²⁴³ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Op. cit.*, p. 211. Os autores aplaudem a manutenção desta consagração genérica, já que não foi consagrada a posição defendida no projeto de 1980 por Francisco Sá Carneiro, a qual sugeria que o preceito constitucional se referisse apenas “às acções ou omissões praticadas no exercício das funções administrativas”.

²⁴⁴ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Op. cit.*, p. 211.

²⁴⁵ MESQUITA, Maria José Rangel de. “*Da responsabilidade civil extracontratual da administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente...*” *Op. cit.*, p. 101.

Com efeito, a inserção desta disposição na primeira parte da Constituição, relativa aos direitos fundamentais, denuncia que o legislador constitucional se preocupou em assegurar uma resposta ao princípio da indenização como resultado da ocorrência de danos, tanto numa perspectiva organizatória, como numa perspectiva de instrumento essencial à proteção dos particulares.²⁴⁶ Assume desta forma, uma dimensão de garantia institucional, constituindo um importante avanço no ordenamento jurídico português.²⁴⁷

Cabe ressaltar que a referência expressa à “solidariedade”²⁴⁸ da responsabilidade visa, para além de tornar efetivo o direito do lesado à reparação do dano, estimular a diligência dos agentes encarregues da prossecução das tarefas do Estado.

Por fim, deve realçar que o artigo 22.º da CRP apenas consagra a responsabilidade do Estado por atos administrativos ilícitos.²⁴⁹

7.5 A dualidade de regimes substantivos

A indagação acerca da possível dualidade de regimes substantivos a disciplinar a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública coloca-se com muita pertinência no âmbito português. Isso ocorre em razão do fato de a matéria, anteriormente ao advento da Lei n.º 67/2007, encontrar-se regulada por dois diplomas legais que impunham uma dicotomia no tratamento da responsabilidade civil do Estado, tanto no âmbito substantivo quanto no processual.

No aspecto material, o Decreto-Lei n.º 48.051/67, já estudado, disciplinava a responsabilidade civil do Estado no que tange ao exercício de atividades de gestão pública, sendo que o Código Civil dispunha em relação aos atos de gestão privada. Além disso, esta dualidade substantiva era estendida ao âmbito contencioso, uma vez que caso estivesse em causa atos de gestão pública, os tribunais administrativos seriam competentes, caso contrário, por atos de gestão privada, a competência seria afeta aos tribunais judiciais.

²⁴⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Op. cit.*, p. 212.

²⁴⁷ CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Op. cit.*, p. 457. A autora considera este artigo “uma verdadeira garantia de *status quo*”, já que proíbe qualquer tipo de retrocesso a este nível.

²⁴⁸ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Op. cit.*, p. 215. Assim, qualquer norma legal que exclui a responsabilidade solidária perante ações ou omissões ilícitas realizadas por funcionários ou órgãos do Estado, com diligência e zelo manifestamente inferiores aos que estariam obrigados em razão do cargo, sofrerá de inconstitucionalidade.

²⁴⁹ CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Op. cit.*, p. 423. Entende-se por ato ilícito aquele que é contrário ao direito, fornecendo um pressuposto típico da gênese de um dever de indenizar.

Esta disciplina legislativa dicotômica, ainda que se ultrapassasse sua inconsistência teórica, acarretava uma série de problemas práticos, razão pela qual sempre sofreu fortes críticas por parte da doutrina administrativista²⁵⁰⁻²⁵¹⁻²⁵², notadamente pela inexistência de critérios seguros para identificar quando se estaria diante de um ato de gestão pública ou de gestão privada, o que causava morosidade excessiva na prestação jurisdicional,²⁵³ em razão da indefinição acerca da jurisdição competente e do regime substantivo aplicável.²⁵⁴

Esta questão, esperava-se fosse posta a termo mediante a devida unificação substantiva com o advento da Lei n.º 67/2007. Contudo, a discórdia que envolve a matéria parece que ainda não terminou.

Isso ocorre pela “ambiguidade linguística” trazida pelo texto da Lei n.º 67/2007. O diploma em questão, define as atividades de responsabilidade civil extracontratual do Estado no âmbito das funções administrativas, como as funções e omissões adotadas no exercício de prerrogativas de poder público ou regulado por disposições ou princípios de direito administrativo. Esta redação permite uma dupla interpretação, uma vez que, de um lado, a expressão ‘actuação regulada por disposições ou princípios de direito administrativo’ admite uma interpretação ampla de forma a englobar toda a atividade administrativa, não obstante, de outro lado, a expressão ‘prerrogativas de poder público’ aceita que se interprete no sentido da permanência de uma dupla natureza da atividade administrativa, quais sejam os atos de gestão pública e os atos de gestão privada.²⁵⁵

Este apontamento é reforçado pelo fato de a jurisprudência portuguesa, ao menos pelo período em que buscou definir um padrão distintivo, ter adotado o denominado “critério do enquadramento institucional”.²⁵⁶ Considerando que nem o Código Civil ou a legislação administrativa esclarecem o que são atos de gestão pública ou atos de gestão privada, a definição de ambos foi tomada em um ambiente de grande divergência

²⁵⁰ SILVA, Vasco Pereira da. “Era uma vez...” o contencioso da responsabilidade civil pública. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40 – julho/agosto, Braga: CEJUR, 2003, p. 60-69;

²⁵¹ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*. Coimbra: Edições Almedina, 2ª edição, 2009, p. 516-558.

²⁵² SILVA, Vasco Pereira da. *Verdes São Também os Direitos do Homem; responsabilidade administrativa em matéria de ambiente*. Estoril: Princípia, 2000, p. 33-53.

²⁵³ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise... Op. cit.*, 2009, p. 523.

²⁵⁴ *Idem*.

²⁵⁵ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise... Op. cit.*, 2009, p. 546.

²⁵⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa, Op. cit.*, p. 361.

jurisprudencial acerca da questão, acabando pela definição de determinado critério para resolução da questão pelo Tribunal de Conflitos.

A orientação jurisprudencial pode ser extraída do Acórdão de Tribunal de Conflitos n.º 10/03, de 04 de março de 2004. Conforme consta na decisão, o Tribunal “principalmente a partir do acórdão de 05 de novembro de 1981, BMJ N311, pág. 195, adotou o critério do enquadramento institucional”, pelo qual deve ser verificado, para fins de identificação de um ato como de gestão pública ou privada, “se tais actos se compreendem numa actividade colectiva em que esta, despida do poder público, se encontra e actua numa posição de paridade com os particulares a que os actos respeitam e, portanto, nas mesmas condições e no mesmo regime em que poderia proceder um particular, com submissão às normas de direito privado; - Ou se, contrariamente, esses actos se compreendem no exercício de um poder público, na realização de uma função compreendida nas atribuições de um ente público, independentemente de envolverem ou não o exercício de meios de coerção e independentemente ainda das regras, técnicas ou de outra natureza, que na prática dos actos devem ser observada”.²⁵⁷

Como pode perceber, o núcleo central do sentido distintivo entre os conceitos reside na presença ou ausência de a atividade praticada pela Administração estar revestida ou “despida do poder público”. O exercício do “poder público” é a chave que esclarece a questão. Logo, uma vez que a Lei n.º 67/2007 define, em um primeiro momento, a atividade administrativa como aquela praticada ‘no exercício de prerrogativas do poder público’, dá a entender que pode existir uma divisão no interior da prática administrativa que mude sua natureza, qual seja, a atividade exercida com o uso de poder e a praticada à revelia de qualquer prerrogativa.

Veja-se que, ao passo que a lei vai sendo objeto de análise doutrinária, realmente a questão reaparece com força. Neste sentido, entendem a permanência da dualidade de

²⁵⁷ Acórdão de 04 de março de 2004. Conflito n.º 10/03. Recorrente: Manuel da Silva Ferreira e mulher no conflito negativo de jurisdição entre o Tribunal Judicial da Comarca de Felgueiras e o T.A.C do Porto; Relator: Exmo. Cons. Dr. Sandro Botelho. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jcon.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/f069db3583d91ec58025713b003b5a77?OpenDocument> – Consulta realizada em 25/08/2014 às 15h20.

regimes: Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos²⁵⁸, Carlos Alberto Fernandes Cadilha²⁵⁹, Maria José Rangel de Mesquita²⁶⁰ e Luís Cabral de Moncada.²⁶¹

A caracterização da atividade administrativa não encontra suporte no uso de prerrogativas ou poderes especiais pela Administração. Esta solução é insuficiente e mostra-se apegada a pressupostos e características ultrapassadas da atividade administrativa. Esta distinção entre gestão pública e gestão privada tinha por base uma concepção de que a Administração atuava por intermédio do exercício de sua autoridade ou era remetida para o ‘limbo’ do Direito Privado.

Contudo, o que identifica a atividade administrativa não é o uso e prerrogativas ou poderes mas a “dimensão (material e teleológica) da satisfação de necessidades coletivas através de formas públicas e privadas”. Assevera que de tão inviável se mostrou esta distinção a “jurisprudência – que foi obrigada a encontrar orientações para resolver os casos concretos, malgrado os imbróglis legislativos – ter renunciado a um critério lógico de distinção entre gestão pública e gestão privada, substituindo-o pelo recurso à sensação ‘impressionista’ do ‘ambiente de Direito Público’”.²⁶²

Deve-se ter em mente que o modelo de Administração atual não se configura como a “Administração Agressiva” de que falava Otto Mayer, mas a uma ideia de “Administração Prestadora” que busca atender finalidades coletivas.²⁶³

O critério ‘poder’ deve ser substituído pelo critério ‘teleológico’²⁶⁴, ou seja, o que importa para a configuração da atividade administrativa e da responsabilização civil do Estado é definir se a ação estatal ou da pessoa privada que exerce atividade administrativa busca a satisfação do interesse público.

Por outro lado, esta insistência na dualidade de regimes substantivos pode ser relacionada com duas “situações traumáticas”²⁶⁵ vivenciadas pela responsabilidade civil do

²⁵⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Op. cit.*, p. 17.

²⁵⁹ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Op. cit.*, p. 28-29.

²⁶⁰ MESQUITA, Maria José Rangel de. *O regime civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da União Europeia*. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 14.

²⁶¹ MONCADA, Luís Cabral de. *Op. cit.*, p. 26.

²⁶² SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo... Op. cit.*, 2009, p. 521-522.

²⁶³ SILVA, Vasco Pereira da. *Verdes São Também os Direitos do Homem...Op. cit.*, p. 32-33.

²⁶⁴ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo...Op. cit.*, 2009, p. 537.

²⁶⁵ A ideia de buscar situações complexas e “traumáticas” vivenciadas pelo Direito Administrativo para explicar fenómenos actuais encontra evidente inspiração em SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo...Op. cit.*, 2009.

Estado durante seu processo de formação. Primeiro esta ideia de identificação da atividade administrativa com o poder e a consequente regulação da responsabilidade civil pelo regime de Direito Público, somente quanto em causa este tipo de atuação, pode ser entendida pela análise já efetuada dos próprios primórdios da teoria da irresponsabilidade em que, para se aceitar a responsabilização, ficcionava-se a figura do Fisco, que, por não colocar em causa a soberania do Estado e atuar na mesma posição dos particulares, poderia ser responsabilizado, sendo a matéria regulada por normas de Direito Privado.

Logo, a insistência na dualidade dos regimes substantivos da responsabilidade civil administrativa pode ser motivada por uma tendência de entender-se que a atividade administrativa é fracionada, podendo o Estado valer-se de seus poderes e ação soberana, ou não, caso em que estará no mesmo patamar dos particulares e afeto ao regime jurídico de Direito Privado.

A segunda situação, como destaca Vasco Pereira da Silva²⁶⁶, remonta à própria aceitação de uma responsabilidade civil da Administração no caso citado Agnès Blanco, no qual, desde a primeira vez, há discussão acerca da jurisdição competente e o direito material aplicável para resolver a questão em que está em causa a responsabilidade civil do Estado.

Assim, identificados os motivos da dualidade, impende que estes “traumas” devam ser superados. A corrente que não defende a dualidade de regimes também aponta a inadequação do Direito Civil português para regular a matéria.

Fazendo uma incursão ao Código Civil português, vê-se que este diploma regula a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por atos de gestão privada mediante a previsão dos artigos 500.º e 501.º, pelos quais, em síntese, a responsabilidade estatal dá-se nos mesmos termos em que os “comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários”, em face do que, como explica Diogo Freitas do Amaral, é indispensável uma ação culposa do agente público para que surja o dever de indenizar, respondendo o Estado de forma solidária com este, ou seja, o papel do Estado é de “garante” da obrigação²⁶⁷. Desta regulamentação verificam-se inúmeros problemas.

²⁶⁶ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo...Op. cit.*, 2009, p. 08-09.

²⁶⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito Administrativo...Op. cit.*, 1985, p. 550-553.

Não há justificativa para que a atividade administrativa enseje formas diversas de responsabilização quando se tratar de atos de gestão privada (responsabilidade será subjetiva) e atos de gestão pública (responsabilidade será objetiva), uma vez que o Estado somente responderá quando o agente atuar de forma dolosa ou culposa. Em outras palavras, enquanto nas hipóteses de atos de gestão pública, fora os casos de responsabilidade delitual, a ação culposa do agente público não é pressuposto para o dever reparatório, pelos atos de gestão privada é necessária uma atuação culposa do agente para que surja qualquer pretensão de ressarcimento pelo particular lesado.

De outro lado, são inadequados os termos pelos quais a lei civil estabelece a responsabilidade da Administração por atos de gestão privada, qual seja nos mesmos termos que a responsabilidade do comitente pelos atos de comissário. A relação entre comitente e comissário configura-se na figura da representação, do mandato, ou seja, o comitente outorga poderes ao comissário para que este o represente em determinadas situações. Todavia, a relação entre agente público e Administração não ocorre nestes termos. A relação entre agente e Estado não é de representação mas sim uma relação organicista, pela qual a pessoa física integra a própria estrutura do Estado enquanto pessoa jurídica.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, a “relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado”. O agente, ao agir, não representa o Estado, ele é o próprio Estado. Assim, a vontade e atuação do agente passam a ser consideradas como se do Estado fosse, não havendo uma divisão entre ambos.²⁶⁸ O regramento utilizado pelo Código Civil para estabelecer a responsabilidade do Estado vale-se de uma lógica que não é adequada à relação Estado e agente público.

Por fim, a legislação infraconstitucional demonstra sinais claros de superação da dualidade substantiva. A reforma do contencioso administrativo unificou na jurisdição administrativa a competência para julgar as demandas afetas à responsabilidade civil extracontratual do Estado. Isso reforça a total falta de coerência de qualquer interpretação que pretenda sustentar a manutenção de uma dualidade de regimes substantivos.²⁶⁹

²⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 866-867.

²⁶⁹ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo...Op. cit.*, 2009, p. 540.

A interpretação específica do artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, deve ser no sentido de que foi posta a termo a dualidade substantiva estabelecendo um tratamento unitário para a responsabilização civil extracontratual da Administração Pública, o que é alcançado mediante entendimento de que “a expressão mais restrita, ‘prerrogativas de poder público’ aparece em alternativa (‘ou’, é o termo utilizado pelo legislador) à outra, mais ampla, de ‘regulação por normas ou princípios de direito administrativo’”.²⁷⁰ Ou seja, na atividade administrativa, que na essência é uma só, a Administração pode utilizar “prerrogativas de poder público” ou não. Em todo caso, a responsabilidade civil vai ser aquilatada segundo o disposto na Lei n.º 67/2007.

No âmbito brasileiro, a discussão atualmente se mostra superada pois não teve mais lugar a antiga diferenciação entre atos de império e atos de gestão, uma vez que a regulamentação jurídica da matéria resumia-se às normas constitucionais e ao Código Civil que apenas reproduzia as disposições da Constituição. Logo, não havendo dualidade de estatutos jurídicos a dispor sobre o assunto, a jurisprudência acabou por concretizar a Constituição Federal por intermédio do estabelecimento de uma unidade de tratamento da atividade administrativa para fins de responsabilidade civil extracontratual da Administração.

Destarte, pelo sistema vigente, tanto a ordem portuguesa quanto a brasileira, estabelecem esta unidade, sendo a Lei n.º 67/2007 no âmbito português e a Constituição Federal de 1988 e a jurisprudência no âmbito brasileiro.

7.6 A responsabilidade civil extracontratual da Administração por omissão

Nesse sentido, atuaram de forma diferente o legislador português e a jurisprudência brasileira, pois a Lei n.º 67/2007 estabeleceu que a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública configura-se em três grandes grupos – responsabilidade extracontratual por fato ilícito (delitual), pelo risco e pelo sacrifício (fato lícito). Por sua vez, a jurisprudência brasileira e a doutrina administrativista não apresentaram soluções uniformes para esta sistematização.

²⁷⁰ SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo...Op. cit.*, 2009, p. 546.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a responsabilidade civil extracontratual da Administração deve ser compreendida a partir de duas situações: *i) quando o ente público causa o dano e quando, apesar de a atividade estatal não ser causa do evento lesivo, deveria evitar o dano.*²⁷¹ A responsabilidade civil, com efeito, pode decorrer de uma ação ou omissão estatal, sendo sob este enfoque que o tratamento da matéria é sistematizado, *ii) responsabilidade por ação ou omissão.*²⁷²

O autor afirma que a responsabilidade por omissão é sempre subjetiva. Nela, logicamente o Estado não é o causador do dano, contudo, por imperativo legal, deveria ter impedido sua ocorrência – a omissão é “condição do dano e não causa”.²⁷³ Assim, é indispensável a presença da ilicitude configurada no descumprimento do dever legal de agir, para a perfectibilização dos pressupostos da responsabilidade civil da Administração por omissão. Para ele, “a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*”.²⁷⁴ E “sendo responsabilidade por comportamento ilícito, é necessariamente subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo).”²⁷⁵

Esta omissão culposa é também relacionada com a noção, já destacada, de *faute du service* ou teoria da culpa do serviço, sendo caracterizada a responsabilidade estatal em razão do funcionamento anormal do serviço, sendo desnecessária a individualização da culpa na pessoa de um agente específico mas sendo esta culpa individualizada, o agente público faltoso igualmente responde. Assim, por esta construção, a Constituição Federal brasileira, no que tange à responsabilidade objetiva, somente se aplica aos casos de comportamentos comissivos do Estado. Ainda de se destacar que a configuração da responsabilidade por omissão do Estado, em geral, é apoiada pela construção de

²⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 869.

²⁷² Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, a sistematização utilizada divide o instituto da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública em dois grandes grupos: responsabilidade por ação ou por omissão.

²⁷³ *Idem*, p. 873.

²⁷⁴ *Idem*, p. 872.

²⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 872.

presunções de culpa, pela qual, para não ser responsabilizado, deve demonstrar a ausência de atuação culposa.²⁷⁶

O jurista brasileiro Yussef Said Cahali, após analisar a construção de Celso Antônio Bandeira de Mello no que se refere à responsabilidade por omissão, apresenta proposta diversa.²⁷⁷ Para ele, é possível entender a responsabilidade por omissão como objetiva, devendo a análise centrar-se na relevância causal desta omissão para a eclosão do evento lesivo.

Assim, a omissão pode funcionar como concausa do dano, o que deve ser avaliado é a existência da “omissão de conduta exigível da Administração”,²⁷⁸ a qual, se praticada, poderia ter evitado o dano, sendo que verificada esta circunstância, “identifica-se na conduta omissiva estatal a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação”.²⁷⁹ Para não ser responsabilizada, a Administração deve demonstrar que a conduta não era exigível, a partir do que, provada esta inexigibilidade, rompido estará o nexo causal.

É possível visualizar que a doutrina brasileira apresenta entendimentos diferentes sobre a questão, notadamente pela (im) possibilidade de a omissão estatal originar responsabilização civil em hipóteses nas quais não há descumprimento do ordenamento jurídico, ou seja, em situações em que não está em causa qualquer situação delitual.

De outro lado, na sistemática portuguesa, conforme disposto na Lei n.º 67/2007, a lógica da responsabilidade civil do Estado por omissão não encontra resistência em ser reconhecida mesmo nos casos de responsabilidade por ato ilícito. A omissão pode ser relevante para a configuração da responsabilidade por fato ilícito, pelo risco ou por fato ilícito.^{280_281}

O fato é que, na verdade, pode uma omissão estatal ser relevante para a caracterização do dano sofrido pelo particular e não demonstrar relação com qualquer

²⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 863.

²⁷⁷ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 218-223.

²⁷⁸ *Idem*, p. 220.

²⁷⁹ *Idem*, p. 221.

²⁸⁰ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 307. O autor admite a responsabilidade por omissão nas hipóteses de indenização pelo sacrifício.

²⁸¹ Cf. CORTEZ, Margarida, é viável que a omissão se apresente em situações em que não há ilicitude. *A responsabilidade civil da Administração por omissões*. Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 40 – julho/agosto, p. 32-38. Braga: CEJUR, 2003.

ilicitude. A posição de Celso Antônio Bandeira de Mello restringe por demais as fronteiras dentro das quais a responsabilidade por omissão pode ser caracterizada. Com efeito, apresenta maior lógica a construção de Yussef Said Cahali, devendo ser verificado se a conduta omitida era exigível da Administração e, portanto, devida, bem como se, caso houvesse sido praticada, pudesse interferir no evento lesivo. Esta exigibilidade da prática de determinada ação não é necessariamente vinculada com ilicitude.

A análise deve ser centrada nas causas do dano e a relevância da omissão para a eclosão final do prejuízo arcado pelo particular. A dificuldade que se tem em aquilatar esta relação causal não justifica a opção de se vincular necessariamente omissão com ilicitude. Se de um lado é evidente que a omissão delitual encontrará maior suporte de prova para a sua caracterização como causa do dano, em outro específico, não se pode excluir, de antemão, que omissões não relacionadas com ilicitude igualmente possam ser demonstradas como integrantes desta linha causal.

Evidentemente não se defende que a Administração será responsabilizada pela ausência ou insuficiência de toda e qualquer atividade jurídica ou material que poderiam ter evitado o dano sofrido pelo particular, daí exatamente a noção de exigibilidade do comportamento, mas a avaliação da relevância da omissão deve ser considerada em uma linha de construção de causas para o evento danoso e não em uma relação com a ilicitude.

No Brasil pode-se entender que a matéria é sistematizada em dois grandes grupos – responsabilidade por ação e por omissão – havendo divergência no que toca à definição da relevância desta omissão para fins de responsabilização civil da Administração, notadamente pela (in) dispensabilidade de se relacionar omissão e ilicitude. Por sua vez, a ordem portuguesa parte de uma sistemática diversa – responsabilidade por fato ilícito, pelo risco e por fato lícito- sendo que os três grupos aceitam a omissão, exatamente pela ausência de vinculação indispensável entre omissão administrativa e responsabilidade delitual.

Logo, superada a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se concluir ser comum em ambos os sistemas que, para o desencadeamento da responsabilidade por omissão do Estado, deve haver um comportamento omissivo; não realização de uma conduta exigível e um dano que deveria ter sido impedido pelo Estado.

Todavia, situação diversa pode ocorrer quando resta individualizado o agente público omissor. Nestes casos, pela ordem portuguesa, tendo a omissão resultado de dolo ou culpa grave do agente, o Estado responde solidariamente com este (artigo 8.º, 1 e 2, da Lei n.º 67/2007). Sendo a omissão decorrente de culpa leve, subsiste apenas a responsabilidade estatal, não havendo responsabilidade a se imputar ao agente (artigo 7.º, 1, da Lei n.º 67/2007).

De outro lado, a construção doutrinária e jurisprudencial brasileira não estabelece esta distinção, definindo que, uma vez verificada omissão culposa do agente, este será responsável de forma solidária com o Estado. Em ambos os sistemas é dispensável a identificação do agente público, bastando a aferição do funcionamento anormal do serviço.

A solução do legislador português poderia ser tida por inconstitucional, pelo fato de a Constituição não estabelecer esta diferença entre os graus de culpa para fins de caracterização da solidariedade.²⁸²

Não obstante, entendemos que a distinção – de um lado a culpa leve e de outro o dolo e a culpa grave – em nada afronta a Constituição portuguesa. Isso porque, em primeiro lugar, não há qualquer prejuízo substancial ao particular lesado²⁸³ pois o Estado continua a ser responsável em qualquer solução.

O art. 22.º da CRP não estabelece esta distinção e não define um regime de solidariedade entre o agente público e a Administração nos casos de responsabilidade delitual. É fato que a Constituição, em nosso objeto de estudo, estabelece um princípio geral de responsabilidade civil do Estado, que é direta, objetiva e solidária, sendo que esta regra geral nem sempre se confirma e pode ser afastada diante de uma ponderação correta.

Logo, a responsabilidade nem sempre será objetiva, solidária e direta. Neste caso, trata-se de uma opção legítima do legislador, dentro do espaço de concretização que lhe deixou a Constituição portuguesa, pois no caso, ponderou no sentido de dar prevalência ao bom funcionamento do serviço público, ante ao receio que um excesso de responsabilização do agente pudesse prejudicar o funcionamento da atividade administrativa, resolvendo assim, pela ausência de responsabilização pessoal em caso de culpa leve. O que estava em causa não é propriamente o interesse do particular lesado, uma

²⁸² MEDEIROS, Rui. *Op. cit.*, p. 93.

²⁸³ *Idem*, p. 98.

vez que, em qualquer das soluções, o Estado será responsável, mas sim, a melhor forma de satisfação do interesse público, seja pela reposição patrimonial ante a ausência de direito de regresso em razão da responsabilidade civil do agente público que obrou com culpa leve, ou de outro lado, o melhor funcionamento da atividade administrativa.

Assim, esta decisão encontra-se na margem política do legislador e não se mostra desarrazoada.²⁸⁴

De resto, cabe citar que a discussão não tomou lugar no contexto brasileiro, pois a jurisprudência não efetivou a distinção entre graus de culpa para configuração da responsabilidade do agente.

Assim, admitindo-se a possibilidade de a omissão da Administração ter relevância para caracterizar responsabilidade civil mesmos em casos de ausência de qualquer contexto delitual, conclui-se que, apesar de linhas concretizadoras distintas no que tange à omissão, a legislação de ambos os sistemas foi assimilada e aplicada de forma convergente, excluindo-se apenas a ausência de responsabilidade do agente omissor quando agir com culpa leve nos ditames da legislação portuguesa.

7.7 A responsabilidade delitual por comportamentos comissivos

A responsabilidade civil subjetiva, pela ordem brasileira, apresenta relevância para a responsabilização solidária do agente público causador do dano, tendo lugar nos casos de agir com dolo ou culpa. Com base nos ditames constitucionais, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram, como requisitos para a configuração da responsabilidade subjetiva, um comportamento voluntário comissivo do agente público, jurídico ou material, doloso ou culposo, ilícito, referente à função pública, causador de um dano, um nexo causal entre a conduta e o dano. É indispensável um comportamento comissivo do agente público que seja voluntário, praticado no exercício ou em razão de suas funções, e, deste comportamento advir um dano ao particular.

Deve restar caracterizada a ilicitude do comportamento em razão da violação da ordem jurídica por uma conduta revestida de um elemento subjetivo configurado no dolo ou na culpa, e também, uma relação de causalidade entre a ação e o dano. Preenchidos

²⁸⁴ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Op. cit.*, p. 214-215.

estes requisitos, caracterizada está a responsabilidade solidária da Administração com o agente público. Cabe também ação de regresso do ente público em face do agente causador do dano.

A Lei n.º 67/2007 estabeleceu condições e pressupostos para a configuração da responsabilidade delitual. Segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, em um primeiro momento “há responsabilidade administrativa pelos prejuízos provocados por actos que sejam imputados a uma pessoa colectiva administrativa (actos funcionais)”. Ou seja, a lei estabeleceu o critério da “imputação” pelo qual “para que um acto seja considerado como funcional tem que ser praticado por um titular de órgão ou agente de uma pessoa colectiva administrativa e tem que ser praticado no exercício das funções do titular do órgão ou agente, tal como decorre do respectivo estatuto e por causa dessas funções”.²⁸⁵

A condição é lógica e se encontra presente no sistema brasileiro, uma vez que o agente público não deixa de possuir vida privada e de praticar comportamentos que podem causar prejuízos a terceiros. Explicam os autores portugueses que “existe responsabilidade civil delitual da Administração e, como tal, dever de indemnizar, quando se verificarem cumulativamente cinco pressupostos, expressa ou implicitamente resultante dos artigos 7.º, I, 8.º, I e II, da Lei n.º 67/2007: o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade”.²⁸⁶

Nota-se que em ambos os sistemas há os mesmos requisitos para a configuração da responsabilidade delitual por ação.

Diferentemente da construção brasileira, a Lei n.º 67/2007 definiu a ação delitual como relevante para a caracterização da responsabilidade civil da própria Administração e não apenas do agente causador do dano. Enquanto a doutrina brasileira desenvolve raciocínio de que a responsabilidade civil do Estado por ação é sempre objetiva e pressupõe a presença de três requisitos – conduta estatal, dano e nexo causal – a ilicitude

²⁸⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Op. cit.*, p. 16.

²⁸⁶ *Idem*, p. 19.

da conduta fica relegada para um segundo plano, uma vez que, mesmo à revelia desta, resta configurada a responsabilidade estatal objetiva.²⁸⁷⁻²⁸⁸

Assim, a relevância da ilicitude é atribuída para verificação da responsabilidade do agente causador do dano, sendo que, mesmo quando não caracterizada a responsabilidade deste, pois ausente qualquer comportamento ilícito, pode subsistir a responsabilidade do Estado a título objetivo.

Na sistemática portuguesa, a responsabilidade pelo risco demanda o preenchimento de outros pressupostos – além da conduta, dano e nexos causal – o que pode acarretar na pertinência, nos casos de responsabilidade por ação, de perquirição acerca da presença do elemento subjetivo para a configuração da responsabilidade do próprio Estado. A responsabilização do agente nos casos de culpa leve é excluída, subsistindo apenas a responsabilidade do ente público. A culpa passa a ser relevante para a perquirição da responsabilidade da própria Administração também nestas situações.

Por fim, a distinção entre culpa leve, culpa grave e dolo para fins de definição da responsabilidade do agente público e do direito de regresso é idêntica à responsabilidade delitual por omissão.

7.8 A responsabilidade por comportamentos comissivos: pelo risco e por fatos lícitos

A jurisprudência brasileira²⁸⁹, apoiada na doutrina administrativista, dá seguimento à concretização do texto constitucional estabelecendo que a responsabilidade civil extracontratual da Administração pode ter lugar nos casos de comportamentos comissivos dos quais decorram danos aos particulares, estando estas situações sob o

²⁸⁷ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. O artigo 37, §6.º, da Constituição Federal Brasileira, instituiu o “princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 20ª edição, 1990, p. 560.

²⁸⁸ Por sua vez, DI PIETRO refere que pela teoria da responsabilidade objetiva do Estado a ideia de culpa é substituída pelo nexos de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 17ª edição, 2004, p. 551.

²⁸⁹ CAHALI traz um repertório jurisprudencial de decisões que refletem os requisitos para a configuração da responsabilidade objetiva da Administração por atos comissivos. Dentre os precedentes arrolados, há de se destacar decisão do Supremo Tribunal Federal (STF, 2ª Turma, 18.02.1992, RT 682/239), pela qual são especificados os requisitos da responsabilidade objetiva do Estado, quais sejam: a) do dano; b) da ação administrativa e c) desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 58-60.

regime da responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco e no princípio da igualdade, conforme citado em diversas ocasiões.

Nestas hipóteses, o Estado é o causador do dano²⁹⁰ mediante um comportamento voluntário e comissivo, jurídico ou material,²⁹¹ imputável à entidade pública por ação funcional do agente. Não está em causa a ilicitude da conduta, ou seja, a Administração é responsável civilmente, ainda que lícito seu comportamento e, como consequência, não é requisito uma conduta culposa, sendo necessária a configuração do dano e um nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o evento lesivo.

A jurisprudência brasileira condicionou a responsabilidade da Administração por comportamentos comissivos sob o regime da responsabilidade objetiva à presença de três requisitos fundamentais, quais sejam a existência de uma conduta ativa imputável à Administração, a visualização de um dano sofrido pelo particular e um nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o prejuízo.

Não há, assim, uma divisão dentro das hipóteses de responsabilidade objetiva, sendo este regime decorrente de uma lógica unitária formada ao redor de três pressupostos essenciais – conduta, dano e nexo causal. Em tratando-se de responsabilidade por ações lícitas, a doutrina brasileira vem exigindo o requisito da especialidade e anormalidade dos danos.²⁹²⁻²⁹³

Porém são admitidas excludentes a esta responsabilidade objetiva, na forma sistematizada por Celso Antônio Bandeira de Mello, o Estado “exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano”,²⁹⁴ o que, confrontado com os requisitos gerais desenvolvidos, resulta que a Administração somente não responderá quando não houver nenhuma conduta que lhe seja imputável ou ante a ausência de nexo de causalidade entre o seu comportamento e o dano.

O desenvolvimento aponta que estas situações surgem especialmente pela configuração de hipóteses em que o prejuízo é resultante de caso fortuito, força maior e

²⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 869.

²⁹¹ *Idem*, p. 871.

²⁹² CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 68-69.

²⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 881.

²⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 882.

culpa exclusiva do lesado ou de terceiro. Estas situações podem, todavia, em casos de concomitância causal com a ação estatal, apenas atenuar a responsabilidade.

Na órbita portuguesa, a Lei n.º 67/2007 sistematizou a responsabilidade objetiva da Administração por comportamentos comissivos de forma diversa. Inicialmente separou a regulamentação da matéria em dois grupos: responsabilidade administrativa pelo risco e responsabilidade por fato lícito.

No primeiro caso, a lei correspondeu a propostas da doutrina no sentido da convivência do alargamento, do alcance da responsabilidade pelo risco, tendo em conta as limitações dessa concepção de origem francesa, demonstradas também na prática jurisprudencial dos tribunais portugueses, sobretudo, tendo em conta os novos riscos.²⁹⁵

Ainda com relação à responsabilidade por risco, a lei estabelece no artigo 11.º, I, que “as pessoas colectivas administrativas respondem pelos danos causados por actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos”. Assim, não basta que a atividade administrativa cause um dano ao particular para que a responsabilidade seja objetiva, fundamentada no risco. É indispensável que seja “especialmente perigosa”. Como explicam Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “o conceito de perigo especial exprime uma potencialidade de lesão de bens que normalmente não se verifica na vida social; estão nomeadamente (mas não apenas), abrangidos pelo conceito aqueles perigos que decorrem de circunstâncias especificamente atinentes à prossecução da atividade administrativa e que, por isso, não se verificam correntemente em atividades desenvolvidas por particulares ou em coisas que estejam na sua posse. A natureza especial do perigo não deve ser averiguada em abstrato, mas tendo em conta o concreto funcionamento do serviço, coisa ou atividade que estejam em causa”.²⁹⁶

De resto, a responsabilidade pelo risco demanda a existência do dano e o nexo causal entre este e o comportamento estatal, bem como admite causas de exclusão ou modificação, notadamente a força maior, a culpa do lesado e a responsabilidade de terceiro, devendo ser incluído o caso fortuito.²⁹⁷

²⁹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa...Op. cit.*, p. 369.

²⁹⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Op. cit.*, p. 38.

²⁹⁷ *Idem*, p. 39-41.

Por outro lado, estabelece o artigo 16.º, a responsabilidade civil extracontratual da Administração por fatos lícitos ou, nos termos utilizados na lei, “pelo sacrifício”. O artigo completa o regramento da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Contudo, há posições sustentando que a responsabilidade civil da Administração por fatos lícitos não se refere à concretização do artigo 22.º da CRP, mas sim, a uma situação autonomizada referente aos artigos 62.º e 83.º do texto constitucional.²⁹⁸ Esta constatação, aliada à consagração sistemática que a matéria recebeu na Lei n.º 67/2007, inserida em um capítulo diferente e destacado das demais, bem como a autonomia dada pelo CPTA,²⁹⁹ indica que não se trata de outra modalidade de responsabilidade civil, mas uma situação autônoma, não configurando, portanto, uma espécie mas uma “específica forma de responsabilidade”.³⁰⁰

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos sustentam que deve haver uma autonomização entre a “responsabilidade civil por facto lícito” e as “pretensões indemnizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados”.³⁰¹ Segundo eles, a Lei n.º 67/2007 regula apenas a responsabilidade por fatos lícitos, a qual é restringida de forma a englobar apenas a “responsabilidade pelo sacrifício de bens pessoais e por danos causados em estado de necessidade”,³⁰² sendo que estes últimos admitem danos em bens patrimoniais.³⁰³ Pode ser configurada ainda, “a responsabilidade civil pela legítima não reconstituição da situação actual hipotética (artigos 45.º, 49.º, 102.º, 5 , 166.º e 178.º, do CPTA)”.³⁰⁴

Situação diversa, entretanto, são as “pretensões indemnizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados”,³⁰⁵ que decorrem diretamente do artigo 62.º, 2, da CRP, “dispositivo que foi autonomizado da previsão geral da responsabilidade civil administrativa no artigo 22.º da CRP”.³⁰⁶

Nestes casos, especificamente pelo tratamento constitucional dado à requisição e à expropriação por utilidade pública, o que deve ser estendido à “quaisquer actos ablativos

²⁹⁸ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Op. cit.*, p. 300.

²⁹⁹ *Idem*, p. 299-300.

³⁰⁰ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Op. cit.*, p. 301.

³⁰¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Op. cit.*, p. 58.

³⁰² *Idem*, p. 42.

³⁰³ *Idem*, p. 43.

³⁰⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Op. cit.*, p. 42.

³⁰⁵ *Idem*.

³⁰⁶ *Idem*, p. 58.

análogos”,³⁰⁷ os atos somente podem ser praticados “mediante o pagamento de justa indemnização”, ou seja, nas palavras dos autores, “só são juridicamente conformes se forem acompanhados ou antecidos do pagamento de uma justa indemnização. E é precisamente este mecanismo que escapa totalmente aos quadros da responsabilidade civil, ainda que por facto lícito: na responsabilidade civil a indemnização é uma consequência dos actos danosos e no artigo 62.º, 2, da CRP, é um verdadeiro requisito de legalidade daqueles actos”.³⁰⁸

Em qualquer dos casos, o fundamento da responsabilidade por fato lícito ou pelo sacrifício é atribuído ao princípio da igualdade³⁰⁹ - repartição social dos encargos – configurado na necessidade de o Estado indenizar os particulares que, em face de razões de interesse público, por intermédio de atividades lícitas, acabou por impor encargos ou causar danos especiais e anormais. Além disso, o fato é que, observadas suas particularidades, seu regramento é de todo similar às demais formas de responsabilidade civil extracontratual da Administração. Assim, será tratada sem maiores preocupações acerca de sua natureza, considerando-se que o preenchimento de seus pressupostos pode configurar responsabilidade civil extracontratual da Administração e que abrange tanto o sacrifício de bens pessoais quanto os patrimoniais.³¹⁰

O que importa é atentar para o fato da distinção e a existência de requisitos diferenciados entre a responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por fatos lícitos, a qual incluímos tanto o sacrifício de bens pessoais quanto os patrimoniais. Entende-se que, a efetiva relevância da autonomização da indenização pelo sacrifício, nos moldes propostos por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, consistiria, na linha defendida pelos autores, na impossibilidade de exigir a presença aos casos em que estão em causa direitos patrimoniais privados, do requisito estabelecido pela Lei n.º 67/2007, de que os encargos ou danos sejam especiais e anormais, uma vez que, seguindo o regime estabelecido pelo artigo 62º, 2, da CRP, este requisito não poderia estar presente.

Assim, a responsabilidade por fatos lícitos pode decorrer do sacrifício de bens pessoais e patrimoniais bem como por danos causados em estado de necessidade.³¹¹ Para a

³⁰⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Op. cit.*, p. 59.

³⁰⁸ *Idem.*

³⁰⁹ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Op. cit.*, p. 300.

³¹⁰ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Op. cit.*, p. 303.

³¹¹ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Op. cit.*, p. 305.

configuração de responsabilidade por fato lícito é necessário, evidentemente, um fato lícito da Administração que seja voluntário, que imponha ou cause – nexos de causalidade – um encargo ou dano especial e anormal.

Pode-se dizer que a ordem jurídica portuguesa admite a responsabilização por atividades administrativas lícitas e sistematiza a matéria de forma diversa do que o faz a jurisprudência brasileira, especialmente pela divisão, no âmbito da responsabilidade objetiva, da responsabilidade pelo risco, por fatos lícitos e por estabelecer, no primeiro caso, a responsabilidade apenas nos casos de atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos e, no segundo, quando a atividade administrativa lícita impor encargos ou causar danos especiais e anormais. Apenas a especialidade e a anormalidade dos danos em que resultarem atuação lícita da Administração é condição indispensável para o surgimento da responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Há de se destacar que a ordem jurídica portuguesa dividiu o tratamento da matéria e estabeleceu os requisitos citados, sendo comum em ambas as ordens apenas o regime jurídico ao qual se submetem, que é o da responsabilidade objetiva.

Ainda que se possa sustentar que o princípio da igualdade é fundamento comum de ambas ordens jurídicas, o que não deixa de ter procedência, é fato que, na base, elas possuem os respectivos fundamentos mais intimamente vinculados à ideia de risco para uma e de socialização dos encargos públicos para a outra.

As responsabilidades pelo risco e por fato lícito, não obstante objetivas, possuem pressupostos diversos, como decorrência de seus fundamentos distintos, especialmente no que se refere à conduta administrativa, que no primeiro caso deve ser *especialmente perigosa*, o que não é exigido pela segunda que, por sua vez, impõe uma característica essencial para o dano ou encargo, ou seja, o dano ou encargo que resulta da ação lícita da Administração deve ser *especial e anormal*, o que não é exigido na primeira.

Logo, o que está na base da ausência distintiva no âmbito brasileiro é a falta de exigência do requisito relacionado ao especial perigo da atividade estatal causadora do dano.

Como já mencionado, a teoria do risco é embasada em três concepções: a teoria do risco-criado, do risco-proveito e do risco-autoridade que não se excluem. Estas teorias

impõe uma característica especial na ação administrativa que venha a causar um dano, qual seja, o risco da atividade, que pode ser originado pelas três concepções citadas. Logo, não é qualquer comportamento comissivo estatal que cause um dano ao particular que ensejará responsabilização objetiva, sendo necessário que esta atividade se veja envolvida com um risco especial, das atividades regulares empreendidas pelos particulares.

Nesse sentido de responsabilização, encontra perfeita lógica constitucional o disposto na Lei n.º 67/2007, ao estabelecer a necessidade de a atividade ser *especialmente perigosa*, requisito que deveria ser estendido para o sistema brasileiro. Ainda tendo a responsabilidade embasada no risco que observar a presença deste requisito do especial perigo da atividade, justifica-se a dicotomia desenhada pela Lei n.º 67/2007 no interior da responsabilidade objetiva, qual seja, a responsabilidade pelo risco e por fato lícito.

No que se refere à responsabilidade por fato lícito, também é pertinente a exigência de o encargo ou dano suportado pelo particular ser *especial e anormal*, o que é requisito para a configuração da responsabilidade civil³¹² em ambas as ordens jurídicas. Esta conclusão depende de uma digressão constitucional, uma vez que ao estabelecer o princípio da repartição dos encargos públicos, a CRP não buscou a indenização de qualquer dano sofrido pelos particulares decorrentes de atuações administrativas lícitas.

A socialização pressupõe um encargo ou dano para alguém individualizado, ou seja, que o fato não atinja a generalidade das pessoas, uma vez que todos estariam a suportar o dano. Logo, a socialização dos prejuízos já nasceu juntamente com o fato. Além disso, o dano deve ser anormal, diferenciado do contexto normal das relações em que os particulares se vêem envolvidos, quer entre si ou com o Estado. A própria existência da pessoa impõe a suportabilidade regular de fatos onerosos, sem o que a vida em sociedade não se desenvolve.

Como explica Otto Mayer, o relacionamento entre o Estado e os indivíduos pressupõe que estes arquem com danos, o que é requisito para a própria sobrevivência da entidade estatal integrada por estes mesmos indivíduos, sendo que, a partir disso, a

³¹² Não estamos a tratar de ato criminal (responsabilidade penal), nem de falta praticada por servidor público a ser averiguada e punida por meio de processo administrativo disciplinar (responsabilidade administrativa). Há uma “responsabilidade civil” não no sentido de responsabilidade do direito civil, mas no de implicar reparação de danos. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de Direito, Estado Fiscal e Estado Social*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 140.º, n. 3969 (JUL-AGO, 2011), p. 345 e ss. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho.

obrigação de o Estado indenizar surge “do momento em que estes prejuízos afetam a um indivíduo de maneira *desigual e desproporcional*, ” o que acarreta o que se chama de sacrifício especial.³¹³

Logo, para que exista a responsabilidade estatal por fatos lícitos é indispensável que o encargo ou dano imposto ao particular seja *especial e anormal*, ou seja, refira-se a pessoas especificadas e destoe da onerosidade normal que a vida em sociedade e um Estado Social, que interage com os particulares, impõem, razão pela qual é constitucional o requisito imposto pelas duas ordens jurídicas.

³¹³ MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán: Tomo IV, parte especial – las obligaciones especiales*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2ª edición, 1982, p. 217.

CONCLUSÃO

O início deste trabalho teve a preocupação em desvendar a origem e a conceituação do Estado e posteriormente as teorias que fundamentaram e desenvolveram o tema. Muitas conclusões foram lançadas. Vislumbrou-se que tanto a ordem jurídica brasileira quanto a portuguesa utilizaram a mesma fonte e encontraram nestas teorias um referencial teórico comum. Mais do que isso, foi identificada uma relação estreita entre a elaboração destas teorias e a evolução do Estado de Direito, o que culmina na formatação de uma estrutura estatal que assume um sentido material no qual a responsabilidade civil extracontratual do Estado, enquanto no exercício das funções administrativas, é elemento estruturante. Esta composição é formada em ambos os sistemas, refletido na própria configuração do princípio geral de responsabilidade civil do Estado positivado na Constituição Federal Brasileira e na Constituição da República Portuguesa.

Em regra, essa responsabilidade civil da Administração Pública é direta, objetiva e engloba tanto as pessoas coletivas de direito público quanto as pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público. Sendo o agente público o responsável pelo dano causado (responsabilidade delitual e subjetiva), o Estado responde solidariamente com ele. Para fugir dessa configuração, a ponderação realizada pelos poderes constituídos deveria ser constitucionalmente correta, o que ocorreu, por exemplo, pela opção da ordem portuguesa ao excluir a responsabilidade do agente nos casos de culpa leve.

A partir disso, o estudo dos dois sistemas mostrou-se relevante uma vez que tendo o instituto um plano teórico comum em ambos os sistemas e assumindo a forma de um Estado de Direito, as especificidades das ações concretizadoras não poderiam fugir em muito uma da outra, a não ser que se mostrassem como inadequadas do ponto de vista constitucional.

Logo, foi possível desenvolver o instituto e analisar a sua validade em ambos sistemas. Por isso, não justifica que Portugal insista em uma dualidade de regimes substantivos para regular a responsabilidade civil da Administração Pública, o que não mais ocorre na sistemática brasileira.

Por outro lado, é importante que a doutrina brasileira consolide as convicções de que a omissão administrativa pode possuir relevância para além do contexto delitual, abrangendo assim, as fronteiras da responsabilização neste âmbito.

No que tange à responsabilização por ação, a perquirição da prática delitual pode ser relevante para a configuração da responsabilidade do próprio Estado. Isso ocorre pela necessidade de se subdividir as hipóteses de responsabilidade objetiva de forma que se relacionem com seu fundamento mais íntimo, tendo assim, total procedência a dicotomia estabelecida pela lei portuguesa (responsabilidade pelo risco e por fato lícito).

Assim, na construção doutrinária brasileira, enquanto as fronteiras da responsabilidade por omissão são muito apertadas – pelo menos até não ser superada a ideia de vinculação entre omissão e ilicitude – os limites da responsabilidade por ação positiva são muito amplas, pois organiza-se em torno dos três requisitos gerais – conduta, dano e nexo causal- o que a ordem jurídica portuguesa não concorda, pois estabelece o requisito da atividade perigosa (risco), tornando, com efeito, mais restritos os limites da responsabilização neste âmbito, o que é equilibrado pela relevância da prática delitual para a caracterização da responsabilidade da própria Administração.

E ainda, sendo exigido este requisito para o risco, pode haver casos de responsabilidade por conduta positiva em que a Administração somente será responsabilizada a título de culpa.

Em perfeita sintonia constitucional, os requisitos da anormalidade e da especialidade dos danos devem ser observados nas hipóteses de responsabilidade por fato lícito.

Assim, o novo regime português acaba por não dar resposta a questões importantes como os problemas do alcance ressarcitório da responsabilidade pré-contratual, por danos causados por atuações informáticas, pelos danos difusos, responsabilidade das autoridades reguladoras, dentre outras, deixando para leis especiais a solução destes problemas.³¹⁴

Por fim, por intermédio deste estudo, pode-se visualizar possibilidades de aperfeiçoamento em ambos os sistemas, principalmente pelas soluções encontradas em ambos sistemas.

³¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa...* Op. cit., p. 371.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Lisboa: Príncipe Editora, 2007.

ALTHUSSER, L. *Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito Administrativo – Volume III*. Lisboa: 1985.

_____. *Direito Administrativo*. 2ª edição, Lisboa: Almedina, 2000, v.1.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extrancontratual do Estado e demais entes públicos*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137, n.º 3951 (jul/ago), 2008, p. 360-371.

_____. *A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de Direito, Estado Fiscal e Estado Social*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 140.º, n. 3969 (JUL-AGO 2011), p. 345 e ss. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho.

ARGUELLO, K. S. C. *O Ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997.

ARISTÓTELES. *Política*. (S.l.: s.n., 19). Livro I, capítulo III.

AZAMBUJA, D. *Teoria Geral do Estado*. 29ª edição, São Paulo: Globo, 1992.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARNES, Javier. *El principio de proporcionalidade*. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, septiembre-diciembre, 1998, págs. 15-49. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992, v.3, Tomo III.

BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 4ª edição. Buenos Aires: [s.n.], 1947, v.1.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 4ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____; PONTARA, Giuliano.; VECA, Salvatore. *Crisis de la democracia*. Barcelona: Ariel, 1985.

BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BUHRING, Márcia Andrea. *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *O Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 3ª edição.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, 7ª edição.

_____. *Direito Constitucional*. 3ª ed. reimp. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 4ª ed.

CARNOY, M. *Estado e teoria política*. São Paulo: Papirus, 1994.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 7ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, Tomo I.

_____. *Derecho Administrativo*. 4ª edição. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

_____. *Derecho Administrativo*. 6ª edição, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Obligacion de compensar daños causados por conductas lícitas*. Revista dos Tribunais. São Paulo, a.85, n.º 726, 1996.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Nova edição atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 1 e 2, 1956.

CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CORTEZ, Margarida. *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. *A responsabilidade civil da Administração por omissões*. Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 40 – julho/agosto. Braga: CEJUR, 2003.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista de Direito Público, São Paulo, n.º 84, out/dez. 1987.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v.4, 1992. (art. 23-37)

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *O futuro do estado*. São Paulo: Moderna, 1980.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, 1944, tomo I.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 17ª edição, 2004.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 14ª edição, 2002.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 15ª edição, 2003.

DROMI, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1973.

EHRlich, E. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução René Ernani Gertz. Brasília: UnB, 1986.

ENGELS, F. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado: barbárie e civilização*. 12ª edição, Rio de Janeiro: Global, 1986

_____. *Política*. São Paulo: Ática, 1981.

- FÉDER, J. *Estado sem poder*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris editora, 2007.
- FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4 edição, São Paulo: Malheiros, 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v.3.
- GARCIA, António Dias. Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas. *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública – Coordenação de Fausto de Quadros*. Coimbra: Almedina, 2004, 2ª ed.
- GOMES, Carla M. F. Amado. “*Três textos sobre o Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*”, Lisboa: AAFDL, 2008.
- GROPPALI, Alessandro. *Dottrina dello stato*. Milão: Giuffré, 1937.
- HAURIOU, Maurice. *La teoria de La institución y de La fundación*. Buenos Aires: [s.n.], 1968.
- JELLINEK, Georg. *Allgemeine staatslehre*. 2ª edição. Tradução de Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970.
- JÚNIOR, José Cretella. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madri: Editorial Revista de Direito Privado, 1958, v.1.
- LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LEGAZ y LACAMBRA, Luis. *Introducción a la ciência del derecho*. Barcelona: [s.n.], 1942.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *A responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras*, in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, v. 3.

LIMA, Rui Cirne. *Conceito de pessoa jurídica*. (S.I.; s.n., 19-). Separata d'Estudos.

LINARES, Juan Francisco. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1986.

LOPES, Maria Clara. *Responsabilidade extracontratual*. Lisboa: Reis dos Livros, 1997.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán: Tomo IV, parte especial – las obligaciones especiales*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, 2ª edición.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno: de acordo com a Emenda Constitucional 19/98*. 4ª edição. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra, Coimbra: Edições Almedina, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1990, 20ª ed.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, 15ª edição.

MELLO, Oswaldo Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1-2, 1960.

MEYRELLES, Barriga Pinto dos Santos. *Da validade dos atos administrativos e regulamentares*. Lisboa: [s.n.], v. 1, 1921.

MESQUITA, Maria José Rangel de. “*Da responsabilidade civil extracontratual da administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente*”, in QUADROS, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *O regime civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da União Europeia*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

MIAILLE, M. *Introdução crítica ao direito*. 2ª edição. Lisboa: Estampa, 1994.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 4ª edição.

_____; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MONCADA, Luís Cabral de. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado. A lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*. Lisboa: Abreu & Marques, Vinhas e Associados – Sociedade de Advogados, RL, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito – do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

_____. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito – do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra, 1987.

_____. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra editora, 2004.

PALLIERI, G. B. *A Doutrina do Estado*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, v.1-2, 1969.

PAUPÉRIO, Artur Machado. *Teoria geral do Estado: direito político*. 8ª edição. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

PEISER, Gustave. *Droit Administratif*. 13ª ed. Paris: Mémentos Dalloz, 1987, pág. 137.

PUTTNER, Gunter. *Lo Stato de Diritto informale*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Milano, n.º 1, 1992.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5ª edição. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROMANO, S. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, 6ª edição.

SILVA, João Nuno Calvão da. *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina, 2008.

SILVA, Vasco Pereira da. “Era uma vez...” o contencioso da responsabilidade civil pública. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40 – julho/agosto, Braga: CEJUR, 2003.

_____. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

_____. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*. Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. Coimbra: Edições Almedina, 2ª edição, 2009.

_____. *Verdes São Também os Direitos do Homem*; responsabilidade administrativa em matéria de ambiente. Estoril: Príncípa, 2000.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Tomo III. Responsabilidade Civil Administrativa*. Lisboa: Dom Quixote, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o Nexo de Causalidade*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Rio de Janeiro, v.2, n.º6, pp. 3-19, abr/jun., 2001.

VERONESE, O. *Constituição: reformar para que (m)?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Tese de Doutorado em Direito Civil), Rio de Janeiro, 2002, pág. 48.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2011.

ZIPPELLIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução Antonio Cabral de Moncada. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1974.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa: aprovada pela Assembleia Constituinte em 02 de abril de 1976.

PORTUGAL. Lei n.º 67, de 31 de dezembro de 2007. Aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas.

PORTUGAL. Lei n.º 31, de 17 de julho de 2008. Procede à primeira alteração à Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas.

PORTUGAL. Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

PORTUGAL. Código do Procedimento Administrativo.

PORTUGAL. Código Civil.

PERIÓDICOS

Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 229, jul/set, 2002.

Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1996.

Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2002.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão de Tribunal de Conflitos n.º 10/03, de 04 de março de 2004. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jcon.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/f069db3583d91ec58025713b003b5a77?OpenDocument> – Consulta realizada em 25/08/2014 às 15h20.

Acórdão de Tribunal de Conflitos n.º 000124, de 5 de novembro de 1981. BMJ pág. 195. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jcon.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/ff7eea2a822f39308025713b003b59ab?OpenDocument> – Consulta realizada em 25/08/2014 às 15h20.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal RT n.º 682/239, 2ª Turma, de 18.02.1992. Consulta realizada em 25/08/2014 às 15h20.