

## FORMAÇÃO E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

### EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Gustavo Swain Kfoury<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem como objeto o estudo da origem e dos fundamentos do instituto da “Responsabilidade Patrimonial Extracontratual do Estado”, o que pode ser compreendido a partir da noção acerca dos princípios que informaram tanto a fixação do direito administrativo como ramo autônomo, como a criação do conceito de Estado de Direito.

A primeira teoria que trata da imputabilidade do Estado é justamente a “Teoria da Irresponsabilidade”, que se origina com o período de formação do direito administrativo como ramo autônomo, o que ocorre concomitantemente com a formação do Estado de Direito.

A “Teoria da Irresponsabilidade” teve aceitação à época das monarquias absolutas, em que não se concebia que o Estado, representado pela figura do príncipe, pudesse causar dano a alguém. Tal se inseria no contexto do poder fundado no direito divino dos reis, em que o soberano encarnava o poder de Deus. O direito público se resumia no exercício ilimitado do poder e no direito ilimitado para governar (Quem contestaria a Deus?).

A ruptura com o antigo regime se deu com a Revolução Francesa, deflagrada por discurso fundado nas bases ideológicas dos pensadores liberais - principalmente Rousseau, Locke e Montesquieu - que forneceram seu substrato teórico. O poder foi tomado como algo instrumental, via necessária e indispensável à realização de valores formados com o próprio conceito do que vinha a ser Estado. O desenvolvimento do conceito de Estado de Direito, estruturado sobre os princípios da legalidade, igualdade e separação dos poderes, ocorreu concomitantemente com a instituição de instrumento para a contenção do poder - formação do direito administrativo como ramo autônomo.

O instituto da “Responsabilidade Patrimonial Extracontratual do Estado” teve origem da criação pretoriana do Conselho de Estado Francês, órgão judicante instituído no âmbito do Poder Executivo, que criara direito novo, ainda não legislado, a partir de princípios informativos próprios, que exorbitavam e derogavam o direito comum. O instituto é corolário dos princípios que informam as garantias conferidas aos administrados a partir do Estado de Direito.

Pela noção de institucionalização do direito, que recepciona a idéia de submissão dos entes públicos, privados, agentes públicos e indivíduos à lei, se têm que são todos responsáveis, isto é, respondem por seus atos (quem causa dano a alguém é obrigado a repará-lo).

Na atualidade, a aceitação da teoria da responsabilidade estatal não encontra oposição, apesar de, em países como os Unidos da América do Norte e Reino Unido, ter vigorado por vários anos a idéia da irresponsabilidade estatal.

No Brasil a “Teoria da Irresponsabilidade do Estado” foi recepcionada pelas Cartas Constitucionais de 1824 e 1891. A evolução para a concepção de responsabilidade subjetiva deu-se com o advento das Constituições de 1934 e 1937; com maior inovação introduzida pela Constituição de 1946, que recepcionou a “Teoria da Responsabilidade Objetiva”, que vigora até o presente.

O aprimoramento da concepção acerca do instituto depende da contribuição que possa advir da jurisprudência emanada dos Tribunais Brasileiros, que devem se voltar à efetivação dos preceitos contidos na Constituição Federal. Estes que, em última análise, devem se prestar a realização dos valores fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana (o que pressupõe a garantia de uma justa repartição dos ônus e encargos sociais), mormente quando do desequilíbrio da situação de particular em relação aos demais membros da coletividade.

**Palavras-Chave:** Responsabilidade Civil Estado; Responsabilidade Patrimonial Estado; Responsabilidade Patrimonial Extracontratual Estado; Responsabilidade Estado Dano; Responsabilidade Estado Princípio Legalidade; Responsabilidade Estado Princípio Igualdade.

**Abstract:** The present paper seeks the study of origin and basis of “State’s Responsibility Extracontractual Patrimony” which means the principles that guide even the promotion of administration laws as a free branch, and the promotion of the True Law Status.

The first theory about the state imputableness was the “Theory of Irresponsability”, which came from Administration Law building up period as a free branch at same time with the “Law Status “development.

---

<sup>1</sup> Advogado; Especialista em Direito Constitucional/“Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST”, Mestrando em Direito Constitucional/“Faculdades do Brasil – Unibrasil”.

The irresponsability theory was accepted during the absolute monarchy period when was not conceived the harm caused by state, there represented by the prince. This concept was founded in the king's divine power, since the monarch represents the God's power. The public law synthetized the no limited power and the no-limited power to reign (who could argue the God's law?).

The breaking up of old status came with the French Revolution, deflagrated by speeches founded on liberal thinkers - meanly Rousseau, Locke and Montesquieu. The power turned to instrumental, necessary way to perform the values of the state concepts. The development of True Law Status concept supported even the loyalty, equality principles and partition of powers, came at same time with the power contention tools - the free administration laws formation.

The S.R.C.P. came with the praetorian French State Council, judicial organ settled into Executive Power, creating a new law, from the self information principles ousting the regular law. All of this mean the principles that instruct the guaranties given to administrators from the "Law Status".

The law establishment frames the public or private managers leading to the responsibility of those agents (in case of harm to someone the compulsivenees to repair).

Nowadays this state responsibility do not find objection in spite of Rule State, in some countries as USA and United Kingdon some thoughts search the opposite.

In Brazil, this concept of State Irresponsiveness Theory was established under 1824 and 1891 Constitucional Letters. The opposite concept was settled by the 1934 and 1937 constitutions, upgraded in the 1946 when was defined the "Objective Responsibility Theory, "ruled to this time".

The refinement of the concept about such institution depends on the contribution from the brazilian courts jurisprudence. Such courts must to search the accomplishment of principles framed by the Federal Constitution. Those principles must to be used to seek the respect to fundamental values of human being dignity (guiding to the guaranty of a righth partition of the social onus.

#### **Key-Words:**

Públic/Responsibility;State/Civil/Responsability;State/Patrimonial/Responsability;State/Patrimonial/Extracontractual/Responsability;State/Injury/Responsability;State/Responsability/Principle/Legality;State/Responsability/Principle/Iquality

## **INTRODUÇÃO**

Ser responsável significa responder por seus atos, do que, quem causa dano a alguém é obrigado a repará-lo.

Eduardo Sotto Kloss define que "quem diz direito diz, pois responsabilidade<sup>2</sup>".

Abarcando o regime republicano a noção de institucionalização do direito, em que todas as autoridades são responsáveis, onde "não há sujeitos fora do direito"<sup>3</sup>, e, sendo o Estado sujeito de direitos, ainda mais, por dizer direitos, este é responsável.

Na atualidade, a aceitação da teoria da responsabilidade estatal não encontra oposição, apesar de, em países como os Unidos da América do Norte e Reino Unido, ter vigorado por vários anos a idéia da irresponsabilidade estatal.

Apesar da extensão da responsabilidade do Estado ser diferentemente considerada em diversos países, ao menos subjetivamente é amplamente recepcionada.

---

<sup>2</sup> *In*, ob cit, p. 953.

<sup>3</sup> *Ib*.

Como exemplo, o artigo 28 da Constituição Italiana de 27.12.1947 foi assim redigido:

“os funcionários e agentes do estado e das pessoas coletivas de direito público são diretamente responsáveis, de harmonia com as leis penais, civis e administrativas, pelos atos praticados em violação dos direitos de outrem. nestes casos, a responsabilidade civil estende-se ao estado e às pessoas coletivas de direito público<sup>4</sup>”.

Nossa opinião é consoante com a recepção da “idéia de que a responsabilidade do Estado é uma consequência lógica e inevitável da noção de Estado de Direito<sup>5</sup>”.

A partir da submissão dos entes públicos, privados e indivíduos à mesma ordem jurídica, em decorrência da aceitação do princípio da igualdade de todos perante a lei, se concluirá, conseqüentemente, antijurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a situação de alguém perante o todo, mormente quanto se trata de atividade voltada a atender interesse geral da coletividade, objetivo último do Estado.

Noção de injusto deriva da concepção de que a todos é garantida a aplicação dos princípios inerentes ao Estado de Direito, do que decorre a responsabilidade do Estado pela ocorrência de dano resultante da violação da esfera jurídica protegida de outrem.

Adotando a linha de pensamento do jurista acima citado, entendemos lógica a conclusão acerca da dispensabilidade de regras expressas ou apelo à regras de direito privado para firmar-se a responsabilidade do Estado por danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, haja vista “que a própria noção de responsabilidade do ente estatal está intrinsecamente ligada à noção de Estado de Direito<sup>6</sup>”.

Para firmar esse entendimento aquele cita frase do Constitucionalista Americano Black, que conclui: “o ditame implícito da lei é tanto parte de seu conteúdo como o que nela vem expresso<sup>7</sup>”. Por essa razão a importância do estudo acerca dos princípios informadores na nova ordem instaurada a partir da Revolução Francesa, pois “também integra a lei, além do que conste em sua integralidade, aquilo que contém em seu espírito”.

Para a compreensão de que a Responsabilidade Patrimonial Extracontratual do Estado é corolário dos princípios que informam as garantias conferidas aos administrados,

---

<sup>4</sup> *Constituições de Diversos Países*. In, BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público*. In RDA, 9ª. Curitiba: Juruá, 2002, p. 23.

<sup>5</sup> MELLO, Bandeira de. Ob. cit. p. 953.

<sup>6</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ob. cit. p.16.

<sup>7</sup> BLACK. In. Ob cit, p. 953.

pelo advento do Estado de Direito, trabalharemos com categorias racionais e dedutivas, a partir das noções históricas que viabilizaram a constituição de sua base teórica.

A seu turno, no tocante a modalidade de responsabilidade a ser tratada, considerou-se o enfoque a partir das relações extracontratuais, uma vez que as relações decorrentes de contratos administrativos detiveram formação e regulamentação diversas, já a partir de formado o direito administrativo como ramo autônomo.

## **1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

### **1.1. FORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO COMO RAMO AUTÔNOMO**

Na idade média, período que antecede a formação do Estado Moderno e as democracias liberais, subsistiam as monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano. Deste emanava vontade tida como lei, em face dos indivíduos - considerados meros destinatários da vontade “estatal” - que a elas se submetiam como servos ou vassalos.

A partir da idéia de que o Estado/Rei, detentor do poder soberano era inequívoco, a consciência coletiva aceitava a idéia de este que não poderia fazer-lhes mal; pelo que não se concebia a possibilidade do Estado causar dano aos súditos.

Estamos falando do período em que vigoravam as monarquias absolutas, fundadas no direito dividido dos reis, em que ao soberano era dispensado um temor reverencial (quem contestaria Deus????). A representação do Estado se dava pela figura do soberano, quem encarnava o poder divino.

Tal concepção pode ser traduzida pela seguinte frase: “o que agrada ao Príncipe agrada a Deus”.

Dessa forma, o rei não poderia ser submetido aos Tribunais, pois, se sua palavra conferia a lei, seu sujeito era considerado em plano diverso da mesma. O plano em que se encontravam os súditos era ainda diverso. Pela mesma razão os seus atos eram colocados acima do ordenamento jurídico. O soberano/rei era irresponsável.

O pensamento é sintetizado na célebre frase de Laferrière: “o próprio da soberania era impor-se a todos sem compensação<sup>8</sup>”.

Outras fórmulas orientam qual fosse o espírito norteador da irresponsabilidade estatal face os atos cometidos em contrariedade ao direito dos súditos:

---

<sup>8</sup> MELLO, Bandeira de. Ob. cit. p. 955.

“QUOD REGI PLACUIT LEX EST”  
“LE ROI NE PEUT MAL FAIRE”  
“THE KING CAN'T DO NO WRONG”<sup>9</sup>

No denominado estado de polícia, o direito público se esgotava em um único preceito jurídico, seja do exercício ilimitado do poder, do direito ilimitado para administrar.

Célebres cientistas políticos resumiam tais premissas:

*“o que quer que faça o rei ele jamais se expõe à vergonha, no êxito ou na desgraça. vencedor ou vencido, suas decisões são sempre decisões de um rei”<sup>10</sup>.*

Tais princípios orientavam a concepção da irresponsabilidade do rei, que não era submetido aos tribunais, detinha poderes ilimitados e seus atos eram elevados em relação ao patamar do ordenamento jurídico.

A primeira teoria que trata da imputabilidade do Estado é justamente a teoria da irresponsabilidade, que se origina com o **período de formação do Direito Administrativo como ramo autônomo**, que ocorre concomitantemente com a formação do conceito do Estado de Direito, já no Estado Moderno.

Disso alguns contrastes:

a) mesmo sob a égide de tais monarquias, não se pode dizer que não existiam normas administrativas (pré-existiam normas administrativas esparsas, relativas ao funcionamento da administração pública; competência de seus órgãos; poderes do fisco; utilização, pelo povo, de algumas modalidades de bens públicos; servidão pública), pois onde havia Estado, mesmo que absoluto, existiam órgãos encarregados de funções administrativas; com a peculiaridade de tais normas estarem enquadradas no *jus civile* como todas as demais que hoje formam os outros ramos do direito;

b) tais assertivas não representavam completa desproteção dos administrados perante comportamentos unilaterais do Estado, pois “admitia-se a responsabilização quando lei específicas o previssem expressamente (Lei 28 do Frutidor, Ano VIII – França, danos oriundos de obras públicas); também a responsabilidade por danos decorrentes da gestão do domínio privado do Estado, bem como os causados pelas coletividades públicas locais<sup>11</sup>”;

c) “o princípio da irresponsabilidade era temperado em suas conseqüências gravosas aos particulares pela admissão da responsabilidade do funcionário, quando o ato lesivo pudesse ser sido causado por ato pessoal; destarte a ineficácia do dispositivo em decorrência

---

<sup>9</sup> *Ib.*

<sup>10</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. (1469-1527).

<sup>11</sup> MELLO, Bandeira de. *Ib.*

da parcela patrimonial diminuta a concorrer para a indenização, bem como pela garantia administrativa aos funcionários (art. 75 Constituição do ano VIII – 13 de dezembro de 1799), que estabelecia que as ações civis contra os funcionários perante os Tribunais Civis dependiam de prévia autorização do Conselho de Estado Francês, que raramente a concedia<sup>12</sup>”.

Importante observar que, mesmo após as conquistas do Estado Moderno, em que vigoraram as liberdades negativas, em garantia aos direitos individuais oponíveis, em alguns Estados, tais como os Estados Unidos da América no Norte e a Inglaterra – Direito Anglo Saxão – tais premissas continuaram a serem adotadas.

A formação do direito administrativo como ramo autônomo, já na fase do Estado Moderno, deu-se concomitantemente com o desenvolvimento do conceito de Estado de Direito, estruturado sobre os princípios da legalidade, igualdade e separação dos poderes.

Essa formação deu-se em conjunto com os demais ramos do direito público, tal como o direito constitucional; direito político por excelência.

Essas questões são evidenciadas de algumas obras de glosadores dos séculos XIII e XIV, em que se encontram o germe dos atuais dos direitos constitucional, administrativo e fiscal:

*“andrea bonello (1190 a 1275 d.c) – dedicava-se ao estudo dos três últimos livros do código de justiniano, que tinham sido deixados de lado pois se dedicavam a estruturas fiscais e administrativas de um império que já não mais existia;  
publicação do parlamento de melfi (1231) – *liber constitutionis*, texto afeto a tais matérias, objeto do trabalho dos juristas;  
bartolo de sassoferrato (1313-57) – lançamento das bases do estado moderno<sup>13</sup>” (grifo nosso).*

O Poder como visto no moderno direito público, como algo instrumental, via necessária e indispensável, voltado a satisfazer e a realizar valores formados com o próprio conceito do que venha a ser Estado, foi concebido por meio de formulações teóricas, que forneceram substrato material à Revolução Francesa e sua causa.

As bases ideológicas do direito administrativo são as que resultam das fontes inspiradoras do Estado de Direito. As duas vertentes são a de Rousseau e a de Montesquieu.

Rousseau afirmava o princípio da igualdade de todos os homens, que para viverem em sociedade abdicam de parte de sua liberdade para viabilizar a convivência em comum. O ente regulador é o Estado, que detém certas prerrogativas para a realização de tais metas, bem como está sujeito a determinados princípios para a garantia de seu controle, que conferiam

---

<sup>12</sup> *Id.*

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 15 ed. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

critérios previamente estabelecidos pela própria sociedade através de seus representantes, que instituem a lei a ser seguida. Em Rousseau está o princípio que todos os homens nascem livres e que não devem se submeter a vontade e dominação de ninguém. Daí todos os homens deterem o poder individualmente, serem os seus titulares, do que decorrerá a idéia de soberania popular.

Celso Antônio Bandeira de Mello sintetiza esse pensamento:

o advento do estado de direito promoveu profunda subversão nestas idéias políticas, que eram juridicamente aceitas. ao firmar a submissão do estado, isto é, do poder, ao direito e regular a ação dos governantes nas relações com os administrados, fundando, assim, o direito administrativo, este último veio a trazer, em antítese ao período histórico precedente – o do estado de polícia – justamente a disciplina do poder, sua contenção e a inauguração dos, já agora, administrados – não mais súditos.<sup>14</sup>

Adiante seguem, tal como conceituados classicamente, enunciados os princípios da legalidade, separação de poderes e da soberania, que constituem a base do Estado de Direito Liberal.

Seja o princípio da legalidade tal como aquele pelo que até mesmo os governantes se submetem a lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição. Explicita a subordinação de toda atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público:

*“a legalidade, como princípio de administração (cf, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso<sup>15</sup>”.*

Como cânone do Direito Público se prescreveu:

*“a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei e do direito. (...)”.*

*“na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. enquanto na administração particular é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíba, na administração pública só é permitido fazer o que lei autoriza<sup>16</sup>”.*

---

<sup>14</sup> Id. p. 46.

<sup>15</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 87.

<sup>16</sup> Ib, p.88.

A natureza de pré-ordenação das atividades dos agentes estatais parte das seguintes idéias:

“para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que ambarque favoritismos, perseguições e desmandos. pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso impessoal, a lei, pois editada pelo poder legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral<sup>17</sup>”.

O Professor enunciou que “o princípio da legalidade é um antídoto a qualquer tendência de exacerbação personalista dos governantes, opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista até os messiânicos”. Tem em sua raiz a idéia de soberania popular, todo o poder emana do povo. Em termos práticos, foi a subversão do sistema anteriormente posto, que se assentava na relação soberano-súdito.

Ao tratar do princípio de separação dos poderes, tendo-se em vista que adiante se vai pretender discernir a responsabilidade por atos dos Poderes de Estado, fundamental a distinção das funções do poder e separação dos poderes, apesar da necessária conexão:

*“a distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem (...). a divisão de poderes consiste confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que recebem os nomes das respectivas funções (órgão ou poder legislativo, executivo e jurisdicional). se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem se concentração de poderes<sup>18</sup>”. (grifo nosso).*

Para a conceituação do que seja o princípio da separação dos poderes - dogma constitucional, cujo objetivo seja de assegurar-se a proteção, não apenas nas relações entre os particulares, mas entre estes e o Estado, trazemos a definição do Professor José Afonso da Silva:

*“o princípio da separação dos poderes já se encontra sugerido por aristóteles, john locke e rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação dos poderes, que, afinal, veio a ser divulgada por montesquieu. teve objetivação positiva nas constituições das treze ex-colônias inglesas da américa, concretizando-se em definitivo na constituição dos estados unidos de 17.09.1787. tornou-se com a revolução francesa um dogma constitucional, a ponto do art. 16 da declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 postava que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação dos poderes<sup>19</sup>”.*

---

<sup>17</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ob cit. p. 97.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 113).

<sup>19</sup> Ib.



Quanto à noção de soberania:

*“o estado como grupo social máximo e total detém o poder político ou estatal”. a sociedade estatal, civil, formada por grupos diversos, delegou ao poder estatal a coordenação e imposição de regras e limites a atuação dos homens individualmente considerados, para cumprir a tarefa que lhe cumpre realizar. daí a superioridade do poder político, que reconhece, rege e domina, visando ordenar as relações entre esses grupos e indivíduos, para manter-se a ordem e garantir o progresso social<sup>20</sup>”.*

Essa superioridade do poder político constitui a soberania do Estado, tanto na ordem externa quando na ordem interna, por isso *independente e supremo*. São decorrentes tais características do poder político - soberania: unidade, indivisibilidade, indelegabilidade, incontrastabilidade e inderrogabilidade.

Montesquieu afirmara a idéia de tripartição do exercício do poder. Partiu de uma avaliação pragmática, pois estabelecia o remédio para a constatação fática de que: “todos aqueles que detém o poder, dele tendem a abusar, pois este se estende até onde encontra limites”.

Para o controle do poder, com base em tais premissas, contrapôs-se poder com o próprio poder. Para que suas parcelas se contivessem reciprocamente, este foi fracionado.

Montesquieu afirmava que seria necessário que o poder travasse o poder em uma sistema de pesos e contrapesos: “*o poder era assim repartidamente exercido pelos seus vários titulares, que reciprocamente se fiscalizavam, limitavam e, portanto, moderavam*”.

A tese da contenção do poder pela imposição do próprio poder, que fracionado, tende a se conter reciprocamente, pode ser evidenciada pela seguinte frase:

*“cumpra que aquele que faz as leis não as execute nem julgue; cumpra que aquele que julga não faça as leis nem execute; cumpra que aquele que executa nem faça as leis nem julgue”.*

Tais são as clássicas definições provindas da orientação teórica que sustentou a ruptura do regime absolutista e instauração da nova ordem instituidora do que se denominou o Estado Moderno. A título de comparação, podem ser postas ao lado das atuais definições de Estado, Direito e Democracia, por definição de Jorge Miranda:

*“nunca é demais insistir em que o estado de direito não equivale a estado sujeito ao direito, porque não há estado sem sujeição ao direito no duplo sentido de estado que age segundo processos jurídicos e que realiza uma idéia de direito, seja ela qual for. estado de direito só existe quando esses processos se encontram diferenciados por diversos órgãos, de harmonia com um princípio de divisão do poder, e quando o estado aceita a sua subordinação à critérios materiais que o transcendem; só*

---

<sup>20</sup> Id, p. 111.

*existe quando se dá limitação material do poder político; e esta equivale a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana<sup>21</sup>”.*

Por tal, se evidenciam elementos pressupostos para o reconhecimento de um Estado qualificado pelo Direito, reconhecidos pelo Constitucionalismo, tais sejam: a) da adoção material do princípio da legalidade; b) da descentralização das funções estatais; c) da limitação material do poder político; d) da concepção do Estado como ente voltado a realizar valores supremos de uma sociedade, garantidos por meio dos direitos fundamentais; por sua vez, inderrogáveis, posto que concebidos em determinado estágio de evolução social, considerado patamar civilizacional insuperável.

Jorge Miranda fixa, como postulados, os elementos caracterizadores do Estado de Direito, em que a responsabilidade estatal é concebida sem contestações:

*“a) definição rigorosa e a garantia efetiva, no mínimo, dos direitos à vida, à integridade pessoal, liberdade física e da segurança individual, da liberdade de consciência e religião, bem como da regra de igualdade jurídica entre os indivíduos;*

*b) pluralidade de órgãos governativos, independentes ou interdependentes quanto à sua subsistência, e com funções distintas, competindo nomeadamente ao parlamento o primado da função legislativa;*

*c) da reserva da função jurisdicional aos tribunais, independentes e dotados os juízes de independência;*

*d) o princípio da constitucionalidade, com fiscalização, de preferência jurisdicional, da conformidade das leis com a constituição – constituição portuguesa abarca controle difuso e concentrado de constitucionalidade;*

*e) o princípio da legalidade da administração, com anulação contenciosa dos regulamentos e actos ilegais;*

*f) responsabilidade do estado pelos danos causados por seus órgãos e agentes<sup>22</sup>”.*

Quanto a formação do direito administrativo como ente autônomo, traz Bandeira de Mello a conceituação de que este nasce como direito de resistência, com o nascimento do Estado de Direito, pois o Direito regula as relações entre os administrados, entre estes e o Estado, e entre estes seus órgãos. O direito administrativo “somente poderia existir quando o Estado estivesse enclausurado pela ordem jurídica, e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente<sup>23</sup>”.

---

<sup>21</sup> MIRANDA, Jorge. *Povo, Democracia, Participação Política*, In Separata em Honra de Ruy de Albuquerque. Lisboa: Coimbra.

<sup>22</sup> *Ib.*

<sup>23</sup> Ob cit. p. 46.

Importante a contribuição do Eminentíssimo Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

*“o direito administrativo só se formou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para atuação do estado poder, através de programas e comportas na realização de suas funções<sup>24</sup>”.*

Por essas razões a afirmação que o direito administrativo nasce com as revoluções que acabaram com o antigo regime absolutista. Nasce com a noção do Estado de Direito, pois se impuseram normas para organização e o exercício do poder.

Alguns afirmam que o Direito Administrativo é produto daqueles países que vivenciaram a mudança brusca de regime.

## **2.2. O CONTEÚDO DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

O conteúdo do direito administrativo é condicionado ao tipo e estrutura do Estado, visto que depende da maior ou menor demanda decorrente dos encargos assumidos por este para a satisfação das necessidades coletivas.

A variação do conteúdo do direito administrativo oscila no tempo, conforme a maior ou menor parcela de interferência do Estado na esfera privada do administrado, a exemplo:

estado de polícia – finalidade de assegurar a ordem pública/objeto menos amplo;

estado do bem estar – estado atuante, além de manter a ordem pública, desenvolve atividades nas áreas de educação, saúde, cultura, assistência e previdência social, com o objetivo de promover o bem-estar coletivo (conteúdo ampliado/menor burocracia administrativa);

estado providência – ampliação da atuação estatal no domínio econômico/criação de novos instrumentos de ação do poder público, tanto para disciplinar e fiscalizar a iniciativa privada quanto para exercer atividade econômica diretamente na qualidade de empresário<sup>25</sup>”.

O que se deve tomar como parâmetro é a parcela de interferência estatal na esfera privada, que condiciona maior ou menor aparato burocrático.

## **2.3. EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

---

<sup>24</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007 - (ed. 1979), p. 1. 52.

<sup>25</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Ob, cit. p. 25.

A evolução do direito administrativo nos interessa sobremaneira porque a formação do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado deu-se no decorrer dessa evolução, principalmente na França, a partir da construção pretoriana do Conselho de Estado Francês.

Tal não ocorreu de maneira uniforme, mas variou conforme a história e estrutura de poder de cada país.

### **2.3.1. EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA FRANÇA**

O direito administrativo francês foi impulsionado pela chamada Escola Legalista ou Exegética, em razão de se fundar na interpretação de textos legais, levada a efeito pelos Tribunais Administrativos, com as seguintes características:

- “ - apego ao princípio da separação dos poderes e legalidade;
- dualidade de jurisdição (jurisdição administrativa ao lado da jurisdição comum);
- contencioso administrativo (lei 16-24 de agosto de 1790: as funções judiciárias permanecerão sempre separadas das funções administrativas. não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que exercerem”) e (decreto 16 frutidor do ano iii: “proibições iterativas feitas aos tribunais de conhecer atos de administração de qualquer espécie”)<sup>26</sup>”.

Não existiam tribunais independentes, em primeira fase o próprio rei decidia os conflitos entre particulares – função judicante – e, em segunda fase tais atividades foram delegadas a um Conselho, que ao soberano era subordinado.

O direito administrativo francês foi formado a partir da jurisprudência emanada de tal Conselho, instituído no âmbito do Poder Executivo.

A instituição da jurisdição administrativa ao lado da comum se deveu pela desconfiança decorrente da atuação dos juízes do antigo regime. Sem embargo, a resistência em relação ao poder real e as reformas que ele pretendia implementar foram uma das causas da revolução.

A interpretação acerca do princípio da separação dos poderes foi ampliado, tendo em vista que não se aceitava a idéia de submissão da administração ao judiciário, sob a premissa de que ocorreria subordinação de um poder ao outro, acaso ocorresse demanda em que a administração pública, figurando como parte, fosse julgada pelo judiciário.

---

<sup>26</sup> Ib.

Na sobredita primeira fase a própria administração decidia seus conflitos, o que se denominou sistema administrador juiz. Isto até a tomada do poder por Napoleão Bonaparte – juiz e parte – que, após, instituiu o Conselho de Estado Francês, órgão jurisdicional no âmbito do Executivo. Este exerceu propriamente função jurisdicional a partir de sua desvinculação ao Chefe de Estado, que referendava as suas decisões (no início propunha as decisões que o Chefe de Estado deveria tomar, podendo modificá-las, por isso a denominação **JUSTIÇA RETIDA**). De sua jurisprudência se deu a criação dos princípios informativos do direito administrativo, incorporados ao regime de diversos países.

Como a Revolução Francesa sucedeu imediatamente o período de monarquias absolutas, inexistiam disposições que vinculassem o órgão soberano e suas relações com os administrados, para o que se fazia necessário direito novo, ainda não legislado.

As relações entre poder público e administrados, agora todos submissos a mesma ordem jurídica, deveriam ser regulados, com base em disciplina específica, que derogasse e exorbitasse o direito comum; por isso a criação jurisprudencial foi fator preponderante.

Conjuntamente à assunção de autonomia pelo direito administrativo, formava-se o instituto da “Responsabilidade Patrimonial Extracontratual do Estado”, o que se deu após a fixação da competência administrativa, pelo Tribunal de Conflitos Francês, para o julgamento das demandas que a Administração Pública fosse parte.

O paradigma foi o “Caso Blanco”, em que o relator, o Conselheiro David, considerou os danos decorrentes por “fatos do serviço público” e considerou princípios peculiares aplicáveis à administração pública, exorbitantes do direito comum:

“Em 1873, uma menina chamada Agnes Blanco, ao atravessar uma Rua da Cidade de Bordeaux foi atropelada por veículo da Companhia Nacional de Beneficiamento de Fumo, que transportava mercadoria de uma sede a outra.

O Conselheiro David, ao resolver o conflito de competência entre o Conselho de Estado e a Jurisdição comum, afasta o Código de Napoleão e a firma a questão da responsabilidade civil do Estado em termos do direito público.

Decidiu que, “sendo o Estado, parte, a instrução deveria se dar perante o Tribunal Administrativo e que deveria fazê-lo em termos publicísticos”.

O Conselheiro afirmara que “a responsabilidade que pode incumbir ao Estado para os danos causados aos particulares por fato de pessoas que ele emprega no serviço público não podem ser regidas por princípios que são estabelecidos pelo código civil para as relações do particular<sup>27</sup>”.

---

<sup>27</sup> VEDEL, Georges, 1964:48. *In* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.

O julgado pronunciava-se acerca do conflito de competência decorrente de ato danoso, provindo de fato do serviço público. Inovava a jurisprudência anterior do Conselho de Estado Francês (casos Rotschild – 1855 – e Dekeister - 1862) quando fixava a competência pelo critério do serviço público (responsabilidade civil do estado por danos decorrentes do serviço público) e quando resolvia a questão com base em princípios autônomos, distintos daqueles que regulavam a situação entre particulares.

Afirma-se que para a resolução da questão se evocou princípios de direito aplicáveis às relações entre administração-administrados; administração-funcionários e entre órgãos administrativos, mesmo na ausência de regulamentação legal.

Como os direitos, prerrogativas e obrigações referentes ao Estado fossem diferenciados, diversas daquelas que regulavam as relações privadas, surgiram normas que **derrogavam** o direito comum e o **exorbitavam**.

O direito administrativo francês é em grande parte não legislativo, pois formulado pelo juiz (este fazia verdadeiramente o direito ao preencher lacunas e afastar a aplicação do direito civil), que instituiu os princípios de direito aplicáveis.

Por tais razões pode-se afirmar que a efetivação da autonomia do direito administrativo deu-se conjuntamente ao surgimento do instituto da “Responsabilidade Patrimonial Extracontratual do Estado”.

Informam o Direito Administrativo Francês quatro princípios essenciais:

*“separação entre autoridades administrativas e judiciais – competência de foro;  
decisões executórias – prerrogativa da administração de emitir unilateralmente decisões que obrigam os particulares, independente de sua concordância;  
legalidade – submissão da administração à lei;  
responsabilidade do poder público – dever de reparação dos danos causados aos particulares<sup>28</sup>”.*

### **2.3.2. EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA ALEMANHA.**

Apesar da influência francesa, a elaboração do direito administrativo alemão não adveio preponderantemente da jurisprudência emanada da resolução de cada caso concreto, mas sim, predominou a elaboração sistemática e científica do direito, a cargo dos doutrinadores alemães; por tal razão foi denominada escola científica:

---

<sup>28</sup> Ib.

“o progresso decorreu da prática das autoridades, da jurisdição administrativa e do trabalho silencioso da doutrina<sup>29</sup>”.

Tal evolução se deu:

“ - sem rompimento revolucionário;

- evolução processada diferentemente nos diversos estados alemães e de forma gradual, pela instalação de direito novo e aniquilação do antigo”.

No período anterior à reforma cabia ao príncipe o direito eminente (*jus eminens*), que se constituía nas prerrogativas e poderes que deveria exercer no seio da sociedade, apesar de autoridade e particular submeterem-se à jurisdição comum.

Em fase pós-reforma ampliou-se o poder do príncipe, constituindo-se o *jus politiae* (direito de polícia), em que o poder do Estado se imiscuia na vida religiosa e espiritual dos cidadãos, sob o pretexto de alcançar a segurança e bem-estar coletivo. Aqui se denota maior interferência do Estado na liberdade e vida privada do indivíduo.

Como forma de se subtrair o patrimônio público ao poder de Império, separou-se o patrimônio do Estado/Príncipe, a partir da “Teoria do Fisco”, em que este, teria personalidade jurídica de direito privado, submetida aos tribunais comuns.

Nesse momento ainda não existia direito público, pois não havia regulamentos próprios para submissão das autoridades estatais.

Com a evolução desapareceu a dualidade entre Estado e Fisco, mantendo-se parte Administração submissa à jurisdição afeta ao direito privado. Na mesma evolução, surge o direito público para reger as relações entre estados e indivíduos, vista a crescente demanda decorrente das funções assumidas pelo Estado para o atendimento das necessidades coletivas.

Para isso, foi fundamental a construção do direito administrativo, que se deu a partir da aplicação do método construtivo, preocupado em formular dogmas específicos (sempre a partir do direito privado).

### **2.3.3. EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA ITÁLIA**

A elaboração sistemática do direito administrativo contou com forte contribuição italiana. Como características do sistema naquele país: a inexistência de brusca ruptura de regime e a adoção tanto do método exegético, quanto científico.

---

<sup>29</sup> FLEINER, Fritz. *Id.*

“o direito italiano conseguiu harmonizar as duas tendências opostas verificadas no direito francês e alemão. o primeiro haveria se apegado excessivamente ao caso concreto e o segundo a abstração da realidade<sup>30</sup>”.

“no que se refere à doutrina, gradualmente se afasta aos métodos de direito privado e à escola da exegese para constituir caráter científico, com sistematização própria”.

#### 2.3.4. EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO ANGLO-AMERICANO.

O direito administrativo anglo-americano é aquele vigente nos Estados Unidos da América do Norte e no Reino Unido, que adotam a *common law* (direito não escrito de um país), direito baseado nos costumes, no uso e nas decisões da corte de justiça.

São características de tal sistema:

- “- não deteve razões históricas que justificassem a interpretação aos princípios da separação de poderes e legalidade para a criação do contencioso administrativo;
- deteve tendência à maior submissão dos poderes de controle ao judiciário e legislativo, em contraposição ao receio dos excessos do poder executivo;
- unidade de jurisdição;
- resistência na implantação do direito administrativo em razão de sua visão como assegurador de privilégios para a administração em detrimento dos particulares (comparação ao direito próprio dos estados totalitários);
- surgimento para atender os reclamos da sociedade moderna quanto à instituição de aparato voltado a assegurar a sua maior expansão no campo social e econômico<sup>31</sup>”.

Ao contrário do sistema europeu continental, de base romanística, o sistema anglo-americano se conforma segundo bases da *common law*.

A diferença principal reside no fato do primeiro ter bases no direito legislado e o segundo no direito criado por decisões judiciais, aplicadas por vezes no critério da equidade – quando não se encontra na *common law* tutela eficaz.

Também integra seu sistema o direito escrito. Quando do conflito deste com o não escrito prevalece a lei. Na medida em que aumenta o campo da legislação escrita diminui a da não escrita, porém, ao final, os julgados convertem em jurisprudência, que doravante vinculam o julgador.

A resistência da adoção do direito administrativo no âmbito desses Estados, nos moldes do Direito Francês, se dá, sobretudo, pela assunção de prerrogativas pela

---

<sup>30</sup> ORLANDO. *In*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, ob cit.

<sup>31</sup> *Ib.*



administração pública, exorbitantes do direito comum, o que conferia justo receio do abuso por parte dos detentores do poder.

Tal se evidencia nas críticas formuladas pelos autores ingleses, tais como W. Garner<sup>32</sup>, acerca dos privilégios conferidos para a administração no direito francês:

“há reconhecimento aos funcionários prerrogativas que não detêm os particulares, colocando-os em situação de desigualdade no que se refere a responsabilidade perante os tribunais; enquanto na Inglaterra os funcionários e os simples cidadãos submetem-se ao mesmo direito comum e respondem perante os tribunais ordinários, na França os funcionários públicos detêm foro privilegiado”.

Pela definição de que na Inglaterra o sistema é instituído com base na *rule of law* (império da lei) e nos EUA, o correspondente, extrai-se como características:

- supremacia do direito comum, a impedir privilégios, prerrogativas e poderes discricionários às autoridades administrativas e governamentais;
- unidade de jurisdição, funcionários ou particulares;
- existência de um direito comum constituído pelo conjunto dos direitos individuais tal como aplicados pelos tribunais;
- diferente interpretação ao princípio da separação dos poderes, que na França, é voltado a impedir a apreciação, pela jurisdição comum, dos atos da administração pública e, ao contrário, na Inglaterra e EUA, o impedimento da administração pública exercer a função jurisdicional.

Quanto à adoção do instituto da responsabilidade; vigorou em tal sistema, até 1947, a teoria da irresponsabilidade do Estado em relação ao dever de reparar danos causados aos particulares. Era baseada no princípio “*The King Can do no Wrong*” – o Rei não erra.

Quem respondia perante os tribunais pela reparação de danos causados aos particulares era o funcionário, com a aplicação do princípio de responsabilidade baseado no dever que cada patrão tem em relação a seu funcionário, assim como no dever que este detém em relação ao patrimônio de outrem.

Com a aprovação do diploma denominado “*CROWN PROCEEDING ACT*”, a Coroa passou a responder por danos nas seguintes hipóteses:

- danos cometidos por funcionários ou agentes, desde que haja infração aos deveres que todo o patrão tem em relação aos seus funcionários;
- também no caso de infração dos deveres que todos têm em relação à propriedade;
- responsabilidade não é total, não se aplica a empresas estatais.

De outro vértice, nos Estados Unidos sempre preponderou a “Teoria da Irresponsabilidade da Administração”, porém, hoje o particular pode acionar o funcionário e em algumas hipóteses diretamente o Estado.

---

<sup>32</sup> Ib.

O funcionário responde da mesma forma que o particular, segundo as normas de direito privado, desde que o juiz reconheça a ilicitude do ato – apesar de algumas imunidades conferidas a determinados funcionários.

Com a evolução, em 1948, a lei federal fixou a regulação das demandas de danos civis, pela qual os Estados Unidos poderão responder pelos danos causados, desde que haja culpa - teoria da culpa/submissão a regime jurídico privado, somente aplicada a determinadas situações, com exclusão de várias (cobrança de taxas e tarifas, danos causados por imposições de quarentena, etc).

### **2.3.5. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO BRASIL**

Em decorrência de fatores históricos, a formação do Estado de Direito Brasileiro, não se deu ombreada com a evolução experimentada pelo direito administrativo estrangeiro. Destarte, a formação de seu direito administrativo, mais recente, sofreu forte influência do sistema europeu-continental, tendo absorvido muitas de suas conclusões.

Ao invés de expormos a construção teórica do direito administrativo brasileiro, com a correspondente influência estrangeira, tendo em vista que já estão fixadas as bases a partir das quais se operou a autonomia do direito administrativo nos países influenciados pelo sistema europeu-continental, bem como o surgimento do instituto em análise, nos preocuparemos em enunciar a sua evolução perante a legislação ordinária e constitucional, além de buscar se estabelecer, tanto a sua conceituação, quanto o regime jurídico a que se submete.

#### **2.3.5.1 – PECULIARIDADES DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO**

Bandeira de Mello repontua que “a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica constitui um dos pilares do moderno direito constitucional, de sorte que ao autor do dano causado a bens jurídicos patrimoniais ou morais de terceiros, é conferida a obrigação de ressarcir<sup>33</sup>”.

---

<sup>33</sup> Ob. cit. p.950.

Dada as peculiaridades da posição do Estado frente ao particular, que lhe atribuem a possibilidade de geração de danos mais intensos do que os particulares, lhe é conferida responsabilidade mais extensa.

A responsabilidade estatal assume fisionomia própria em razão de: a) estar permanentemente obrigado a prestações múltiplas, de que não pode se furtar; b) dispor do uso normal da força; c) deter contato “onímico” e constante com os administrados, o que lhe propicia prejuízos em escala infinitamente maior do que o particular; além, d) da posição ser oposta aos administrados sem condições recusa ou resguardo<sup>34</sup>.

Fato é, e para isso o Ilustre Professor utiliza citações do autor alemão Forsthoff, que na medida em que ocorre maior intervenção estatal na esfera privada, tal elemento “adquire uma crescente prepotência sobre o indivíduo, que está cada vez mais a sua mercê, em um número cada vez maior de relações na sua existência<sup>35</sup>”.

Por tais razões, tendo em vista a maior extensão e alargamento dos casos ensejadores de responsabilidade, se faz necessária a compatibilização do instituto a essa crescente evolução.

### **2.3.5.2. CONCEITUAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO OBJETO**

O objeto de estudo é a “Responsabilidade Patrimonial Extracontratual do Estado” por danos decorrentes de sua atividade ou de fatos em que haja concorrido com culpa.

Abaixo os sinônimos adotados pela doutrina, trazidos por Odete Medauar:

“responsabilidade civil do estado;  
responsabilidade extracontratual do estado;  
responsabilidade civil da administração;  
responsabilidade patrimonial extracontratual do estado<sup>36</sup>”.

As atividades do Estado são produzidas em decorrência do exercício das funções executiva, legislativa e judicial.

Di Pietro suscita divergência doutrinária a respeito da responsabilidade, ser imputável ao Estado, como ente político – detentor de personalidade jurídica e capacidade ou da administração pública.

---

<sup>34</sup> Id. p. 951.

<sup>35</sup> Ib.

<sup>36</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno* - 10ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Em resposta, entendemos, consoante a orientação da mesma autora, que a administração pública não é dotada de personalidade jurídica, mas quem é sujeito de direitos e obrigações na esfera civil é o Estado e não aquela. O Estado abrange tanto a atividade típica da administração quanto atividade judicial e legislativa.

Quanto à espécie de responsabilidade a ser tratada, se refere somente à responsabilidade extracontratual, pois a responsabilidade contratual é abarcada por normas específicas que postam regras sobre a formação, execução e controle das atividades pactuadas pela administração pública, com particulares e entre seus entes.

O conceito trazido pelo Eminent Professor Romeu Bacellar é exaustivo:

“em sentido amplo, a responsabilidade patrimonial do estado decorre de seus atos, comissivos ou omissivos, lícitos ou ilícitos, os quais resultam em lesão à esfera jurídica patrimonial do cidadão, configurando pelo nexó lógico entre tais elementos, a necessidade de reparação, sem qualquer perquirição subjetiva<sup>37</sup>”.

#### **2.3.5.3. EVOLUÇÃO NORMATIVA NO BRASIL.**

Para o alcance do propósito do presente trabalho, cabe-nos apontar a evolução normativa no Brasil.

Na obra citada o Professor Romeu Bacellar, em retrospectiva, rememora que “desde os tempos imemoriais é ínsito ao ser humano buscar, através dos meios postos a seu alcance, a reparação ao dano causado por terceiro ao seu patrimônio”. Em decorrência “convivia a humanidade com a Lei de Talião, o Código de Hamurabi, o Código de Israel, o Código da Inquisição e demais estatutos cuja característica fundamental era o rigor da reparação dos danos causados<sup>38</sup>”.

Conforme já visto, pela idéia do Estado irresponsável, alicerçada no princípio da soberania não se concebia que aquele pudesse causar danos alguém. Pela ideologia do Estado Absolutista, não se concebia a sua responsabilização, pois o rei, que encarnava Deus, estava em patamar diverso do ordenamento jurídico, a ele não se admitia a constituição de direitos, pois gozava de imunidade.

Tal teoria encontrou guarida nas constituições à sua contemporaneidade, e a exemplo do Brasil, foi incorporado nas constituições de 1824, art. 179, XXIX; e 1891, art. 82, parágrafo único:

---

<sup>37</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público*. In RDA, 9<sup>o</sup>. Curitiba: Juruá, 2002.

<sup>38</sup> Ob. cit, p.23.

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...);

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

(...)”.

“Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

Parágrafo único - O funcionário público obrigará-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais”.

A responsabilidade era imputada aos “empregados públicos”, em decorrência dos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, bem como em razão de não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos.

Tal teoria sofreu esvaziamento, pois pela doutrina do Estado Moderno foram tais premissas rejeitadas em decorrência da idéia de que a “ausência de responsabilidade constituía a própria negação do Direito”.

O código civil de 1916 acolheu a orientação subjetiva, seja da responsabilidade do Estado na hipótese do funcionário, no exercício da função procedia de modo culposo, seja com negligência, imprudência ou imperícia:

“Art. 15. As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano”.

Entendem alguns autores que estava abarcada a responsabilidade por culpa civil ou por falta do serviço<sup>39</sup>.

A Constituição de 1934 inovou, ao passo que abarcou a responsabilidade solidária entre o funcionário e o Estado:

“Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado”.

---

<sup>39</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ob. cit, p. 981-982.

A Constituição de 1937 repete os comandos, suprimindo o inteiro teor dos parágrafos.

“Art 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”.

A maior inovação legislativa veio se consumir pela adoção do regime de responsabilidade objetiva, introduzida pela Constituição Federal de 1946:

“Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.  
Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

A Constituição de 1967, salvo modificação redacional em seu artigo 105, manteve o comando, tal como igualmente procedeu a Emenda 1 de 1969, em seu artigo 107:

“Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.  
Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

“Art. 107. Às pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.  
Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

A alteração do tema decorre da extensão da responsabilidade civil do Estado extensiva às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, somando-se ao que a interpretação sistemática nos confere, seja da responsabilidade do ente público, concessionário, permissionário ou autorizatário, pelo dano moral decorrente.

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º - 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.

(...)”.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)”.

Tal seja tal a evolução do instituto no Brasil, voltado a reparar os danos causados aos particulares pelo Estado.

O aprimoramento da concepção acerca do instituto depende da contribuição que possa advir da jurisprudência emanada dos Tribunais Brasileiros, que devem se voltar à efetivação dos preceitos contidos na Constituição Federal. Estes que, em última análise, devem se prestar a realização dos valores fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana (o que pressupõe a garantia de uma justa repartição dos ônus e encargos sociais), mormente quando do desequilíbrio da situação de particular em relação aos demais membros da coletividade.

## **REFERÊNCIAS**

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público**. In RDA, 9ª. Curitiba: Juruá, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 15 ed. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. (1469-1527).

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno** - 10ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Povo, Democracia, Participação Política**, In Separata em Honra de Ruy de Albuquerque. Lisboa: Coimbra.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.