



Notas sobre o Estado

Liberal, social & democrático

Marcia Andrea Bühring

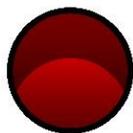
55



A primeira parte trata da origem do Estado, entendido num sentido amplo, compreendendo qualquer espécie de convivência política dos homens. Chega-se a precisar uma data (1648) em que o mundo ocidental teria se apresentado organizado em forma de Estados. Essa denominação dará condições de examinar, ainda nessa parte, a personalidade jurídica do Estado, ou seja, o Estado ante o Direito é considerado como pessoa jurídica, atualmente pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, prestadoras de serviço público. O Estado como pessoa jurídica encontra-se interligado com o Direito do Estado e o Estado de direito, o Estado dos cidadãos, amparado constitucionalmente, como regra na quase totalidade dos ordenamentos. Verifica-se, ainda, que do Estado liberal para o Estado social, existe uma conexão, pois há uma convenção entre os direitos fundamentais, herança do liberalismo, com os novos direitos de participação, que são denominados direitos sociais. O Estado liberal traduz ideia de liberdade, que cultua a personalidade, diferente do Estado social, que traduz a igualdade e cultua a dignidade humana. Assim também, o Estado democrático de direito não é apenas a união formal dos conceitos democrático e de direito, mas a criação de um conceito novo, que valoriza a dignidade da pessoa humana. Na sequência, discorre-se sobre atuação do Estado e o seu dever de oferecer uma resposta, quer dizer, o Estado tem o dever de responder, nos casos em que resta configurado um dano a terceiro, praticado por agente público, agindo nessa qualidade. Cumpre referir também, que este é o primeiro capítulo do meu livro: Responsabilidade Civil extracontratual do Estado. São Paulo: Thomson-IOB, 2002 (esgotado) da dissertação de mestrado, que foi atualizado e está agora sendo (re) lançado com o intuito de servir de – base inicial – para alunos da graduação e pós.



Notas sobre o Estado



Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil.

Notas sobre o Estado

Liberal, social & democrático

Marcia Andrea Bühring

φ editora fi

Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Série Ciências Jurídicas & Sociais – 55

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BÜHRING, Marcia Andrea

Notas sobre o Estado: liberal, social e democrático [recurso eletrônico] / Marcia Andrea Bühring -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

81 p.

ISBN - 978-85-5696-348-2

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito, 2. Estado, 3. Liberalismo; 4. Democracia; I. Título. II. Série

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sobre a autora

Marcia Andrea Bühring

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2013). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) (2002). Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijui) (1999). Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijui) (1996). Advogada e Parecerista. Professora no PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental e sociedade na Universidade de Caxias do Sul (UCS). Graduação e Especialização. Linha de Pesquisa: Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico; Grupo de Pesquisa: Interdisciplinaridade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente. Projeto de pesquisa CMC-RCA. Consequências das Mudanças climáticas e Responsabilidade Civil Ambiental. Professora de Direito Constitucional e Ambiental, na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUCRS) na Graduação e Especializações. Professora nas especializações da Escola Superior da Magistratura Federal do RS (Esmafe).

Sumário

Apresentação da obra	11
O Estado – pessoa jurídica	13
1.1 O Estado	13
1.1.1 A Origem do Estado e sua Definição	13
1.1.2 Personalidade Jurídica do Estado	28
1.2 O Estado e o Direito	45
1.2.1 O Direito do Estado e o Estado de Direito.....	45
1.2.2 Estado Liberal	52
1.2.3 Estado Social	56
1.2.4 Estado Democrático de Direito.....	61
1.3 A atuação do Estado e o dever de oferecer uma resposta	71
Referências	75

Apresentação da obra

A primeira parte trata da origem do Estado, entendido num sentido amplo, compreendendo qualquer espécie de convivência política dos homens. Chega-se a precisar uma data (1648) em que o mundo ocidental teria se apresentado organizado em forma de Estados.

Essa denominação dará condições de examinar, ainda nessa parte, a personalidade jurídica do Estado, ou seja, o Estado ante o Direito é considerado como pessoa jurídica, atualmente pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, prestadoras de serviço público. O Estado como pessoa jurídica encontra-se interligado com o Direito do Estado e o Estado de direito, o Estado dos cidadãos, amparado constitucionalmente, como regra na quase totalidade dos ordenamentos.

Verifica-se, ainda, que do Estado liberal para o Estado social, existe uma conexão, pois há uma convenção entre os direitos fundamentais, herança do liberalismo, com os novos direitos de participação, que são denominados direitos sociais. O Estado liberal traduz ideia de liberdade, que cultua a personalidade, diferente do Estado social, que traduz a igualdade e cultua a dignidade humana.

Assim também, o Estado democrático de direito não é apenas a união formal dos conceitos democrático e de direito, mas a criação de um conceito novo, que valoriza a dignidade da pessoa humana.

Na sequência, discorre-se sobre atuação do Estado e o seu dever de oferecer uma resposta, quer dizer, o Estado tem o dever de responder, nos casos em que resta configurado um dano a terceiro, praticado por agente público, agindo nessa qualidade.

Cumprir referir também, que este é o primeiro capítulo do meu livro: Responsabilidade Civil extracontratual do Estado. São Paulo: Thomson-IOB, 2002 (esgotado) da dissertação de mestrado, que foi atualizado e está agora sendo (re) lançado com o intuito de servir de – base inicial – para alunos da graduação e pós.

O Estado – Pessoa Jurídica

"Pessoa é a plenitude, a perfeição do homem, comparado a Deus."

Rui Cirne Lima

Artigo 37 § 6.º da Constituição Federal brasileira de 1988:

"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".

1.1 O Estado

1.1.1 A Origem do Estado e sua Definição

Muito já foi dito sobre o Estado, todavia, a abordagem no presente trabalho assume perspectiva diferente, tendo em vista que estudar Estado, hoje, implica necessariamente questionar a época de seu aparecimento.

A noção que está por trás do termo Estado é uma construção evolutiva, pois o Estado não é imutável, variando através do tempo e espaço. A ideia de "Estado na História" demonstra que a noção de *Estado na Antiguidade*,¹ como Estado antigo, oriental ou tecnocrático, teve diferentes concepções adotadas segundo cada época.

¹AZAMBUJA, D. **Teoria geral do Estado**. 41. ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 137-139. A noção de Estado nos **tempos antigos**, segundo resumo de Bigne de Villeneuve:

Na **Índia**, "O Bramanismo indiano, partindo da ideia da desigualdade dos homens, dividiu-os em castas, entre os quais não pode haver interpenetração. A casta privilegiada é a dos Brâmanes, encarnação da justiça e designados por Deus para representá-lo. Tudo lhes pertence, são senhores absolutos. Mas, com uma finura toda oriental, para evitar revoltas, os Brâmanes, põe-se por trás de um rei, designado por Deus e ele mesmo é um deus. Assim, o Estado é teocrático no sentido rigoroso, o poder é de Deus e exercido por um Deus. A revolução não seria, pois, contra um Estado, mas contra

Desde os *gregos*,² 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/ciência de governar uma cidade, ou seja, dentro da organização da cidade grega, em círculos limitados.

a própria divindade. Nenhuma das castas inferiores jamais pensou em revolta, e os Brâmanes mantêm há milênios seus imensos privilégios".

Na **Pérsia**, "a situação no fundo é a mesma, porém mais atenuada. O governo monárquico foi estabelecido pelo próprio Ormuz, os reis são seus descendentes, em teoria, e têm por missão principal praticar o bem em relação aos humildes e deserdados".

Na **China**, ainda que "não se encontrem teorias especificamente políticas, a sua filosofia contém inúmeros preceitos sobre a arte de governar e os deveres dos governantes. Kong-Fu-Tseu, o Confúcio dos ocidentais, e Meng-Tseu (Mêncio), que viveram, respectivamente, nos séculos V e II antes da nossa era, consideravam a Política uma parte ou aplicação da Moral. O príncipe é 'Filho do Céu', mas não é um deus, e o poder não é um direito, mas um dever, o dever de fazer a felicidade do povo. Se o rei não cumpre esse dever, pode ser destituído do poder".

No **Egito**, tudo "depende do Faraó, que descende dos deuses, e ele próprio é um deus. O Egito era uma teocracia: o poder é de origem divina e é exercido por um deus. A onipotência dos Faraós, porém, é em breve atenuada, porque os egípcios criam outros deuses, cada um dos quais governa invisivelmente certa atividade ou assunto. O rei, pois, é um deus entre outros deuses, cuja vontade a classe sacerdotal é a única que sabe interpretar. Eis o poder divino e político dos Faraós limitado pelos outros deuses, ou melhor, pela classe dos sacerdotes. E limitado também pelos chefes das províncias, que constituem uma poderosa organização feudal".

Entre os **Hebreus**, o Estado, também "foi uma teocracia, limitada, de um lado pelos preceitos da lei divina de Iavé, de outro pela fiscalização das doze tribos, que não permitiam que o rei se afastasse dos livros sagrados. Essa limitação foi sempre salutar, pois muitos príncipes hebreus eram cruéis e sanguinários".

Nesse sentido, ver também PAUPÉRIO, A. M. **Teoria geral do Estado**: direito político. 8. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 71-75.

²AZAMBUJA, op. cit., p. 139-142. "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".

Ver também CASSAGNE, J. C. **Derecho administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [1995]. p. 37. Tradução livre de: "*En Grecia no hubo propriamente una instrumentación comprensiva de la organización jurídica que vinculara a los habitantes con el territorio, aunque puede reconocerse que la idea de lo que hoy se designa como Estado se hallaba subyacente dentro del concepto de polis, es decir, la organización de la ciudad griega*".

Nesse sentido, ver ainda PAUPÉRIO, op. cit., p. 76-77. O Estado-cidade dos helenos, com Platão e Aristóteles.

Pode-se destacar que os dois principais Estados gregos – Atenas e Esparta – possuíam o ideal da auto-suficiência, fundamental para a preservação da cidade-Estado.³ Agregue-se que as cidades, para os gregos, eram a entidade suprema, cuja soberania não suportava restrições.⁴

Já os *romanos*⁵ 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 familias*, também chamado de *manus* e mais tarde *majestas*.⁶

E mais, 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".⁷ Inclusive, uma das peculiaridades mais importantes é a base familiar da organização que, no primitivo Estado-*civitas*, "resultou da união de grupos familiares (as *gens*), razão pela qual sempre se concederam privilégios especiais aos membros das famílias patrícias compostas pelos descendentes dos fundadores do Estado".⁸

Caracterizar, por outro lado, o *Estado* da *Idade Média*, não é tarefa fácil, pois concorrem para tal o Cristianismo, as invasões dos

³DALLARI, D. de A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 70-71.

⁴CASSAGNE, op. cit., 6. ed., p. 265.

⁵AZAMBUJA, op. cit., p. 6-7. "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".

Ver também CASSAGNE, op. cit., 4. ed., p. 37. Tradução livre de: "*Los romanos, tambien carecieron de una conceptualización precisa del Estado y, en forma similar a lo acontecido en Grecia, designaron primero con el nombre de civitas al llamado Estado-Ciudad, utilizando finalmente la noción de respublica para aludir a la existencia de la propia comunidad política*".

⁶PAUPÉRIO, op. cit., p. 78-82.

⁷DALLARI, **Elementos ...**, p. 71

⁸DALLARI, **Elementos ...**, p. 71.

bárbaros e o Feudalismo.⁹ É justamente pela influência das concepções cristãs, que foi necessário aos governantes cuidar do destino de toda comunidade, com respeito unicamente às leis divinas – dar a cada um o que é seu.¹⁰

O Império é, assim, uma das marcas desse Estado estimulado pela Igreja. DALLARI bem resume o quadro da instabilidade política, econômica e social dessa época, que resulta da caracterização do Estado Medieval, mais como aspiração do que como realidade: um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecendo no fim da Idade Média pelas corporações de ofícios.¹¹

Todavia, 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 na qual o mundo ocidental teria se apresentado organizado em forma de Estados, é o "ano de 1648", quando foram assinados os Tratados de Paz de Westfália.¹²

⁹DALLARI **Elementos** ..., op.cit., p.73. Nesse sentido, ver também WOLKMER, A. C. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: S. Fabris, 1990. p. 20-21. "Na Idade Média, as unidades políticas eram designadas por '*Umperium*', '*Regnum*' e '*Laender*' para configurar sociedades políticas existentes na Itália e, posteriormente, ao longo dos séculos XVI e XVII, na França, Inglaterra e Espanha".

¹⁰CASSAGNE, op. cit., 6. ed., p. 265.

¹¹DALLARI, **Elementos**..., p. 76.

¹²PALLIERI, G. B. **A Doutrina do Estado**. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 1, p. 13-16. A **paz de Westfália**, "foi consubstanciada em dois tratados assinados nas cidades westfalianas de *Munster* e *Onsbruck*. Pelos tratados, foram fixados limites territoriais resultantes das

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, em inglês *State*, em italiano *Stato*, em português e em espanhol *Estado*",¹⁴ dentre outros, surgindo também novos elementos capazes de perfectibilizar a acepção do termo Estado.

A denominação de Estado, no emprego moderno – do latim *status* – não tinha o significado que atualmente se dá, 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, "escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, *stato di Firenze*".¹⁵

guerras religiosas, principalmente da Guerra dos Trinta Anos, movida pela França e seus aliados contra a Alemanha".

¹³DALLARI, *Elementos* ..., p. 77.

¹⁴AZAMBUJA, op. cit., p. 7. No mesmo sentido, ver CASSAGNE, op. cit., 4. ed., p. 37-38. Tradução livre de: "*La institucionalización de Estado constituye la culminación de un proceso que se inicia en las principales ciudades italianas (Florença, Génova, etc.) durante el siglo XV. Allí aparece la expresión lo stato para designar en general a toda organización jurídico-política y su forma de gobierno, ya fuera que esta última tuviera carácter monárquico o republicano*". "*La expresión estat es empleada en Francia desde el siglo XIII para referir el estamento o grupo social. Tal era el sentido de la expresión 'Estados Generales' que los monarcas franceses usaron muchas veces como instrumento político para restringir los privilegios de los señores feudales*".

Ver também AZAMBUJA, op. cit., p. 142-143. **Novos elementos:** "O Cristianismo trouxe uma revolução profunda no conceito de Estado que toda a Antiguidade elaborar. O preceito de Cristo. Daí a César o que é de César e a Deus o que é de Deus". E os germanos "a lei é uma simples norma editada pelo Estado, norma pode ser justa ou injusta, devendo ser obedecida no primeiro caso e anulada no segundo. O Direito para eles é a vontade divina, que se manifesta nas consciências individuais". Ver, ainda, PAUPÉRIO, op. cit., p. 83-86.

¹⁵DALLARI, *Elementos* ..., p. 59.

Por um 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".¹⁶

ZIPPELLIUS destaca também quatro teorias fundadas na origem dos Estados:

I. A teoria patriarcal – A teoria patriarcal fundamenta-se no facto de que as associações de domínio tivera, a sua origem histórica em famílias e associações de famílias, nas quais os respectivos chefes desempenhavam um papel determinante. [...]

II. A teoria genético-contratual – Através da generalização dos elementos contratuais mencionados, elaborou-se, no âmbito de uma teoria contratual historicamente concebida, um modelo genético global do domínio político. Como exemplo histórico de um domínio fundado por um contrato temos a aliança que David concluiu, em Hébron, com as tribos de Israel, antes de ser sagrado rei. [...] A teoria medieval do direito de resistência baseou-se também na ideia de um fundamento contratual do domínio real: "O povo eleva alguém acima de si para que este reine com soberania legalmente fundada, dê a cada um o que lhe é devido, proteja os fiéis, castigue os ateus, em suma, exerça justiça para com todos. [...].

III – A teoria patrimonial – A teoria patrimonial elevou a padrão de explicação geral um outro fator (que desempenhou um determinado papel na fundamentação do domínio durante o feudalismo). Segundo esta teoria, o poder de domínio deve assentar na propriedade do soberano sobre o território do Estado. [...] Esta teoria encontra o seu modelo no sistema feudal em que o

¹⁶DALLARI, **Elementos...**, p. 59-66. 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 económicas 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".

rei detém a propriedade suprema sobre terras e bens e, através do feudo, vincula a si os vassalos e subvassalos, enquanto os simples lavradores aforados são em geral considerados como mero acessório de terras e bens (todavia mais diferenciado a este respeito Grócio, De jure belli ac pacis, I Cap. 3 § XII). [...].

IV – As teorias do poder – No âmbito das teorias do poder podem contrapor-se sobretudo duas teorias: as teorias jusnaturalistas ou cripto-jusnaturalistas, por uma lado, e as teorias meramente empírico-descriptivas, por outro. As teorias mencionadas em primeiro lugar convertem a posição fáctica do mais forte num “direito” do mais forte, ou seja, convertem o facto em critério da justeza. [...].¹⁷

Por tudo, têm-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 se organizaram sem ele.¹⁸

ARISTÓTELES, a seu tempo, abordava o Estado como "a comunidade perfeita e soberana", pois constitui uma "associação política natural e necessária, cuja essência está na própria natureza humana".¹⁹

O Estado pode ser abordado sob diferentes enfoques, e nesse trabalho optou-se por fazer duas leituras, uma *sociológica* e outra

¹⁷ZIPPELLIUS, R. **Teoria geral do Estado**. (Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho; Coord. J. J. Gomes Canotilho). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 139-148.

¹⁸ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado: barbárie e civilização**. 12. ed. 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".

¹⁹ARISTÓTELES. **Política**. [S.l.: s.n., 19--] Livro I, capítulo III.

jurídica, embora passam ser feitas outras leituras de cunho político, filosófico ou econômico.

Na abordagem de Estado *mais 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 explorados 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 proteger tanto pessoas como seus bens contra os que violassem as normas desse agir na coletividade.²³

²⁰ENGELS, **A origem** ..., 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*".

²¹ENGELS, **A origem** ..., p. 225-226.

²²ENGELS, **A origem** ..., p. 230-231.

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

Contudo, como já afirmado anteriormente no conceito de Estado, ENGELS, juntamente com Marx, sistematizou o materialismo histórico – é produto da sociedade – e mais:

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 devam 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

²⁴ENGELS, F. **Política**. São Paulo: Ática, 1981. p. 159. Ver nesse sentido: REICHEL, H. et al. **A teoria do Estado**: materiais para a reconstrução da teoria marxista do Estado. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 26-42.

²⁵CARNOY, M. **Estado e teoria política**. (Trad. pela equipe de Tradutores do Instituto de Letras da PUC-Campinas). 10 ed. São Paulo: Papyrus, 2004. p. 93-104. Várias são as **definições de hegemonia** trazidas por Gramsci, na primeira "oscilação", 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 análise das sociedades capitalistas.

²⁶CARNOY, op cit., p. 90-91.

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 "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

²⁷CARNOY, op cit., 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".

Nesse sentido ver PAUPÉRIO, op. cit., p. 96. "Como Hobbes, Locke parte do *estado de natureza* e do *contrato social*, mas dando-lhes feição nova, procura chegar a uma limitação humana do poder, através do *direito de insurreição dos súditos* e através da *distinção do poder legislativo e do poder executivo*".

²⁸ARGÜELLO, 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".

²⁹ARGÜELLO, op. cit., p. 93-95.

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, MIALLE 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 num momento dado da história para resolver as contradições aparecidas na <<sociedade civil>>".³²

Aborda ainda o mesmo autor, 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 com VERONESE que as principais contribuições para uma melhor compreensão do Estado "têm sido

³⁰ALTHUSSER, L. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. 7. ed. 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 tópic (faz ver...) 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".

³¹ALTHUSSER, op. cit., p. 62-63. Ver também, ALTHUSSER, **Sobre a reprodução...**, p. 97 e 162. "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".

³²MIALLE, M. **Introdução crítica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1994. p. 124-128.

³³MIALLE, op. cit., p. 128.

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*. 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

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

³⁵Apud ARGÜELLO, op. cit., p. 20-21.

³⁶Apud ARGÜELLO, op. cit., p. 20-21.

conceito jurídico de Estado que os sociólogos aplicam quando descrevem as relações de dominação dentro do Estado".³⁷ 38

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'", orientadas para uma ideia de "ordem normativa, a ordem jurídica".³⁹

DALLARI, ancorado no pensamento de vários autores,⁴⁰ conceitua o Estado como "a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território".⁴¹

³⁷KELSEN, H. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Trad. de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 271-273. "O Estado é aquela ordem da conduta humana que chamamos de 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 'organização política (...)".

³⁸KELSEN, **Teoria geral...**, 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". Ver também, KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. (Trad. João Baptista Machado). 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015. 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". E 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".

³⁹KELSEN, **Teoria geral...**, p. 271-272.

⁴⁰DALLARI, **Elementos...**, p. 118-121. Autores como "**Duguit** – Estado como *força material irresistível*, limitada e regulada pelo direito (onde os mais fortes prevalecem sobre os mais fracos); **Heller** – Estado como *unidade e dominação*; **Burdeau** – Estado como *institucionalização do poder*; **Gurvitch** – Estado como *monopólio do poder*; **Ranelletti** – Estado com *noção social*; **Del Vecchio** – Estado *unidade de um sistema jurídico*; **Jellinek** – Estado como *corporaçao territorial dotada de um poder de mando originário* e **Kelsen** – Estado como *ordem coativa normativa da conduta humana*". (Estado para referir-se a um objeto ideal, criado pelo conhecimento – o sistema normativo). Nesse sentido ver também CASSAGNE, op. cit., (4. ed.) p. 38.

⁴¹DALLARI, **Elementos...**, p. 121.

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*.⁴²

Aparece o Estado para "regular as relações sociais que se desenvolvem num dado território",⁴³ 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 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".⁴⁴

Para uma melhor compreensão da palavra Estado, no sentido que hoje é utilizada, é 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*".⁴⁵

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'".⁴⁶

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,

⁴²JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*. 2. ed. Trad. de Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970. Tradução de Teoría general del Estado.

⁴³PALLIERI, op. cit., p.77.

⁴⁴PALLIERI, op. cit., p. 10.

⁴⁵AZAMBUJA, op. cit., p. 6-7. Ver JOUVENEL, B. de. *As origens do Estado moderno*: uma história das ideias políticas no século XIX. Trad. Mamede de S. Freitas. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 317. "Depois de 150 anos o Estado sofreu metamorfoses profundas quanto às suas tarefas, quanto ao seu princípio e quanto à sua estrutura. Ver PALLIERI, op. cit., (v.1) p. 16.

⁴⁶CANOTILHO, J.J. G. *Direito Constitucional*. 3. ed. reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 85.

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".⁴⁷

Noutra seara, 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".⁴⁸ O Estado possui um papel central, de monopólio do poder, definido como detentor do poder político, de meio e fim.⁴⁹

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, ora ignorando-se umas às outras".⁵⁰ Conclui pela definição de Estado ampla e sintética: "é

⁴⁷FÉDER, J. **Estado sem poder**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 23 e 194.

⁴⁸BOBBIO, N. **Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. (Trad. Marco Aurélio Nogueira). 10 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 73.

⁴⁹BOBBIO, N.; PONTARA, G.; VECA, S. **Crisis de la democracia**. Barcelona: Ariel, 1985. p. 6-7. Tradução livre de: "Y, por tanto, como medio y fin de la acción política de los individuos y de los grupos en conflicto entre sí, en cuanto es el conjunto de las instituciones quien un determinado territorio disponen, y están capacitadas para valerse de ella en el momento oportuno, de la fuerza física para resolver el conflicto entre los individuos y entre los grupos. Y puede disponer, y está capacitado para utilizar, de la fuerza física por cuanto tiene el monopolio de la misma."

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

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; 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.

Por tudo quanto foi afirmado, 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.

É nesse ponto que se insere um elemento a mais, a personalidade jurídica do Estado, ou seja, o Estado como pessoa jurídica de direito, aspecto que será abordado em seguida.

1.1.2 Personalidade Jurídica do Estado

Dados os primeiros referenciais de Estado, cabe aduzir agora o que pode ser compreendido como *pessoa*.

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

⁵¹ROMANO, op. cit., 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'".

⁵²DALLARI, D. de A. **O futuro do Estado**. São Paulo: Editora Moderna, 1980. p. 172.

⁵³LIMA, R. C. **Conceito de pessoa jurídica**. [S.l.: s.n., 1910?]. Separata d' Estudos. [s/editora], [s/d]. p. 9. **Persona** = "ressoar, e primitivamente significava "a máscara com que os antigos atores cobriam

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

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 JUNIOR 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

o rosto (...). Da máscara passou a palavra - 'personare' - ao caráter representado pelo ator, depois ao papel que cada um representa na grande cena do mundo; e finalmente à significação técnica, que lhe dão os jurisperitos".

⁵⁴SUNDFELD, C. A. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 58-64.

⁵⁵SUNDFELF, op. cit., p. 58-64.

⁵⁶CRETELLA JR., J. **Comentários à Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 4, p. 2287 (Arts. 23-37).

A extensão da noção de pessoa postula ao lado do *singularis persona*, também uma entidade *trans-individual* 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 trans-individualiza 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

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

E, no dizer de MEYRELLES, o Estado necessita para relacionar-se juridicamente, e ser abrangido pela regra jurídica, ser uma pessoa

⁵⁷LIMA, R. C. 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 trans-individual é pessoa jurídica".

⁵⁸LIMA, R. C., op. cit., p. 9-16. Em **síntese**: " 'Ad instar' das pessoas divinas, a entidade trans-individual é definida como uma relação. 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 (...). Substrato da pessoa jurídica não é, portanto, – como poderia supor-se, pensando-se na sociedade e na associação, – nem a comunhão de bens ('*non est societas sine communione*') nem a conjugação de esforços individuais: é, sim, a trans-individualização da capacidade de agir dos que a constituem (...) é o substrato último da personalidade, quer o conceito se aplique à pessoa jurídica, quer à pessoa física (...). Na pessoa física, o que se trans-individualiza é a natureza humana (...). Na pessoa jurídica, o que se trans-individualiza é a capacidade de agir dos que a constituem (...). Na ordem jurídica, a capacidade de agir é uma criação da lei. Diz-se que uma pessoa tem capacidade de agir juridicamente, quando os seus atos jurídicos podem ser-lhe imputados (...). Na pessoa jurídica, representado e representante, do ponto de vista psicológico, não coexistem. Representado é a pessoa jurídica; e a pessoa jurídica é meramente uma relação: '*non habet animam*'."

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 o primeiro a afirmar o princípio ainda hoje fundamental da ideia de que o Estado-soberano⁶¹ é uma pessoa foi Hobbes, "*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

⁵⁹MEYRELLES, B. P. dos S. **Da validade dos atos administrativos e regulamentares**. Lisboa: [s. n.], 1921. v. 1, p. 78-80. Num sentido *amplo* Estado designa toda "sociedade em que se verifique uma diferenciação política, por mais rudimentar, complicada, ou desenvolvida que esta seja". E num sentido mais *restrito*, o Estado "serve para indicar as sociedades onde a diferenciação e a organização política atingem uma certa complexidade e se enformam no grupo social - nação".

⁶⁰LIMA, R. C. op. cit., p. 17-19 "*Roma* a princípio, não concebia personalidade jurídica fora do '*populus romanus*', e as pessoas jurídicas de ordem política e administrativa, multiplicavam-se. De um lado, emergindo da unidade política do '*populus*', surge a personalidade jurídica do Fisco e, mais tarde, a do Príncipe. De outro lado, o '*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*'."

⁶¹LEAL, R. G. **Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 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.

Ver também nesse sentido, LEAL, R. G. Encantos e desencantos em Hobbes e Locke: a constituição antropofágica do espaço público. **Revista do Direito Santa Cruz do Sul**, p. 83-101, 1996.

⁶²REALE, M. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 223. Ver também WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau**. 6. ed. São Paulo: Ática, 1995. p. 59. No clássico "*Leviatã*", Hobbes informa que o homem vivia num "estado de natureza", ou seja, o "direito de natureza é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida", fazendo aquilo que a razão mostre como finalidade mais adequada".

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

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 (com E maiúsculo) "transforma-se em categoria ontológica e ignora sobremaneira a *secularização e civilização* da política e a *contingência* da ordem social".⁶⁵

É importante frisar que surge uma primeira ordem de teorias que afirma a existência ficta do Estado-pessoa jurídica, os **ficcionistas**, com Savigny e Kelsen.

Ver também no mesmo sentido MORAIS, José Luiz Bolzan de. Ainda Hobbes! **Revista Jurídica**, Frederico Westphalen-RS, ano 1, n.1, p. 61, set. 1999. "O Estado torna-se fruto da razão. O homem convence-se de que nele conseguirá obter tudo aquilo que em natureza custa-lhe tão caro e, em muitos casos, é inatingível; aquilo que vem de suas paixões e desejos que no Leviatã permanecem, embora transformados. O cidadão não é um outro homem, o seu cálculo racional apenas tornou-se mais complexo, entendendo que na sociedade estatal terá multiplicado, ou adquirido, a possibilidade de uma vida exitosa." Nesse sentido, ver também PAUPÉRIO, op. cit., p. 57-61.

⁶³REALE, op. cit., p. 225. Ver nesse sentido WEFFORT, op. cit., p. 214-215. Para Rousseau em seu clássico *Contrato social*, o Estado tem o papel de monopolizador do uso da força física decorrente do poder político exercido pelos membros da coletividade, visto que o Estado nasceu em face da convicção racional dos indivíduos de que "o uso indiscriminado das forças privadas individuais geraria uma situação autodestrutiva de guerra de todos contra todos". O grupo social renunciou ao "uso da força em favor do soberano".

Ver também, LEAL, **Teoria** ..., p. 85-120, sobre a ideia de contrato social e consenso em Jean Jacques Rousseau. Nesse sentido ver também PAUPÉRIO, op. cit., p. 62-64.

⁶⁴CANOTILHO, **Direito Constitucional** ..., p. 1258-1259.

⁶⁵CANOTILHO, **Direito Constitucional** ..., p. 1261.

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 individual e da liberdade é, portanto, duma autonomia";⁶⁸ seria uma espécie de sujeito-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,

⁶⁶Apud DALLARI, *Elementos* ..., p. 122-123.

⁶⁷Apud PALLIERI, *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."

⁶⁸ZIPPELLIUS, *op. cit.*, p. 120. 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,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 a 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, PAUPÉRIO apresenta o Estado como "personificação jurídica de uma nação e, por conseguinte, um sujeito de direito".⁷³

⁶⁹KELSEN, **Teoria pura** ..., p. 188-191 "Ser pessoa' ou 'ter personalidade jurídica' é o mesmo que ter deveres jurídicos e direitos subjetivos". E, na p. 192: "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, **Teoria do Direito e do Estado**..., 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."

⁷⁰KELSEN, **Teoria pura**..., p. 194-212 e 321-322. "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, **Teoria do Direito** ..., p. 140. "A definição usual de corporação é: um grupo de indivíduos tratados pelo Direito como uma unidade, ou seja, como uma pessoa que tem direitos e deveres distintos daqueles dos indivíduos que a compõe."

⁷¹KELSEN, **Teoria do Direito** ..., p. 262 e 144. Ver também KELSEN, **Teoria pura**..., p. 324. "O Estado, como ordem social, é a ordem jurídica nacional (para a distinguir da internacional), acima defendida. O Estado, como pessoa, é a personificação desta ordem".

⁷²REALE, op. cit., p. 245.

⁷³PAUPÉRIO, op. cit., 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.

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 E, como unidade coletiva e não sendo uma ficção, é segundo DALLARI, "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, é o Estado considerado "uma formação histórico-social – um ser vivo

⁷⁴DALLARI, **Elementos** ..., p. 122-123.

⁷⁵LEGAZ Y LACAMBRA, L. **Introducción a la ciencia del Derecho**. Barcelona: [s. n.], 1942. p. 612. Apud CASSAGNE, op. cit., 4. ed., p. 46. Tradução livre de: O Estado "no es nunca, en cuanto tal, objeto de conocimiento, ya que lo que el conocimiento jurídico capta es solamente el derecho y no la realidad específica y propia del Estado, que es objeto de una teoría diferente".

No mesmo sentido ver DROMI, J. R. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1973. p. 53-55. Tradução livre de: "El Estado es sujeto de derecho. Como expresa Legaz y Lacambra, es la comunidad jurídica por excelencia y la comunidad política por antonomasia; por tanto, concederle personalidad jurídica no es sino reconocerle los propios de su realidad".

⁷⁶DALLARI, **Elementos**..., p. 123.

⁷⁷Apud PALLIERI, op. cit., v. I, p. 96.

⁷⁸DALLARI, op. cit., p. 124.

– 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 "unidades vitais supra individuais, capazes de terem uma vontade supra-individual verdadeiramente real" existissem.⁸¹

Para DROMI, o Estado é pessoa jurídica de carácter 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 de obrigações.⁸²

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

⁷⁹Apud REALE, op. cit., p. 238-243.

⁸⁰ZIPPELLIUS, op. cit., p. 119-124. Destaca o autor também, **mais duas teorias**, a primeira, chamada "Doutrina do **patrimônio-fim**, de Alois Brinz que não pode servir como sendo o fundamento da "personalidade jurídica, mas antes coloca no lugar de um <<sujeito que não existe, um objecto, isto é, um patrimônio>>". A segunda, chamada "**teoria da imputação**" cuja pessoa jurídica não seria mais do que "um dispositivo técnico de recurso para reconduzir ou atribuir muitos direitos e obrigações à ação de certos homens".

⁸¹Apud ZIPPELLIUS, op. cit., p. 121.

⁸²DROMI, J. R. **Instituciones** ..., p. 53-55. Tradução livre de: "*La expresión Estado persona es una construcción jurídica, porque, en verdad, lo único que es real en el orden existencial es el ser humano, el individuo físico, como esencia actuada en la existencia natural, en tanto el sujeto creado por el derecho es esencialmente artificial, y solo puede obrar a través 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 existencia necesaria (...). El Estado no es ni mera ficción, ni organismo físico o social, sino que, como toda persona jurídica, reúne un conjunto de elementos cuya realidad no puede ser negada*".

⁸³CAVALCANTI, A. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. v.1, p. 69-98. Ed. atual por José de Aguiar Dias. Autores como: **De Vareilles-Sommières**, que tem a "pessoa moral como um ente *real e natural*"; **Bluntschli** e **Schaeffle**, discordando de tal acepção, tem a "nação (*Volk*) uma comunidade de homens, unidos e organizados em Estado (...). Sem Estado, não há nação, e sem

E afirma: A pessoa jurídica resulta,

[...] da vontade das pessoas físicas, operando sôbre 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 êstes de idêntica natureza ou de natureza diferente.⁸⁴

Observada a importância dessa discussão, BRUNINI aduz que tanto "o realismo científico quanto as teorias ficcionistas consideram o Estado como sujeito de direitos e obrigações".⁸⁵ Menciona a autora outra importante teoria, a **organicista**,⁸⁶ que proporcionou uma

nação, não há Estado (...)", ou seja: é a chamada Teoria do *Organismo Social*; para **Meurer**, o "sujeito de direito não é o homem, mas a vontade humana"; para **Zitelmann**, "o direito subjetivo é a própria faculdade de querer, reconhecida pelo direito" (*Willenstheorie*) ou seja, *Teoria da vontade*. Aduz ainda: **Otto Gierke**, que explica "a natureza da associação, como sujeito de direito"; **Otto Mayer**, seguindo **G. Rümelin**, diz "a ordem jurídica existe por causa dos homens (...) e que a pessoa jurídica é essencialmente à pessoa natural (...) que a pessoa jurídica só tem vontade, e só pode ter, por meio de representação"; para **Hauriou**, "o fundamento da teoria consiste na realidade do fenômeno da representação, – a dizer numa fusão da vontade do representante com a do representado – (...) consiste em partir da fusão das vontades individuais, para daí afirmar a existência distinta de uma *unidade representativa*, a qual torna-se a pessoa real da associação aos olhos do Direito". Para **Michould**, a base da pessoa jurídica "não pode consistir somente na vontade (...) (pois o Estado) é sim intérprete, mas não, o criador do direito", ao contrário de **Jhering**, para quem é o "próprio Estado, quem cria o direito". **Giorgio Giorgi**, que faz uma análise das diferentes teorias. Contudo, afirma Cavalcanti, que a "pessoa jurídica é um ente criado-formado pela vontade das pessoas físicas, e cuja existência se manifesta na ordem social".

⁸⁴CAVALCANTI, op. cit., p. 99 .

⁸⁵BRUNINI, W. Z. **Da responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 198. p. 17-18.

⁸⁶BRUNINI, op. cit., 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".

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

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".⁸⁹

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 non*, da validade do ordenamento estadual".⁹⁰

No Estado como pessoa jurídica, cumpre salientar que a personalidade ou a subjetividade jurídica é a construção "de um

⁸⁷BRUNINI, op. cit., p. 18-19. "Afirmam a importância dessa teoria, José Joaquim Gomes Canotilho, Agostin A. Gordillo, Francisco Gavi, Celso Antônio Bandeira de Mello, Jesus Leguina Villa e Manuel M. Díez".

⁸⁸GROPPALI, A. *Dottrina dello stato*. Milão: Giuffrè, 1937. p. 148.

⁸⁹PALLIERI, op. cit., v. 2, p. 10-65.

⁹⁰PALLIERI, op. cit., v. 2, 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 *aquela* que causou o dano deve repará-lo, e que o dano é reparado *àquela* 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 palavras, pressuposta a identidade, tanto do sujeito que realiza uma e outra acção, como daquela a favor de quem são realizadas ambas as acções."

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 acervo de circunstâncias que lhe são estranhas, se haja produzido a emanção do estatuto que o institui e o configura".⁹¹

E prossegue PALLIERI 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.⁹²

Em razão disso, PALLIERI 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 a personalidade jurídica do Estado e a sua soberania, feita por REALE, conduz à ideia de que são aspectos da mesma realidade – soberania é o direito da pessoa do Estado – que é dotada dessa soberania. Veja-se em seu comentário:

⁹¹PALLIERI, op. cit., v. 2, p. 175-208.

⁹²PALLIERI, op. cit., v. 2, p. 222-225.

⁹³PALLIERI, op. cit., v. 2, p. 225.

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 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

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

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 pôr 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 frisar que "do ponto de vista do Direito Positivo, as Constituições e leis ordinárias unanimemente consideram o Estado como pessoa jurídica de Direito Público".⁹⁷ O Direito reconhece a personalidade jurídica, com

⁹⁴REALE, op. cit., p. 355.

⁹⁵REALE, op. cit., p. 388-389.

⁹⁶ROMANO, 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 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".

⁹⁷AZAMBUJA, op. cit., p. 113-120. São quatro os grupos identificados pelo autor sobre a **personalidade do Estado**, fazendo uma **crítica** das teorias sobre a personalidade moral, visto que o "Estado tem realmente, e não poderia deixar de ter, uma personalidade, mas uma personalidade que, longe de anular a nação, é a sua expressão soberana e necessária".

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 uma.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 freqüentemente destroem, mas necessária para a vida jurídica e

1.º **Os tratadistas alemães** "em geral consideram o Estado uma entidade inteiramente distinta não só dos indivíduos que formam o povo ou a nação, mas da própria coletividade"; A **crítica** dessa teoria é que ela não pode ser aceita, pois se o Estado e a nação fossem pessoas diferentes, "chegaríamos a um impasse, pois a soberania de um teria que excluir a da outra".

2.º **Os escritores franceses** "consideram a nação também como uma pessoa moral, anterior mesmo ao Estado, a quem eles delegam o exercício da soberania".

3.º **Grupo representado por Carré de Malberg** "identifica nação e Estado, afirmando que a nação se torna uma pessoa jurídica no momento em que se organiza em Estado, e que o Estado é a nação juridicamente organizada"; A **crítica** é no sentido de que essa teoria "com alguns complementos necessários, é a que interpreta mais fielmente a realidade das relações entre o Estado e a nação.

4.º **Grupo representado por Duguit, Jéze, Le Fur** que negam uma "personalidade moral, quer ao Estado, quer à nação, e nega(m) mesmo a existência das pessoas morais ou jurídicas (...). O Estado não é uma pessoa. Vontade do Estado, interesse do Estado são meras abstrações. O Estado é um simples fato, e um fato não é uma pessoa, não tem pensamento, nem vontade (...), vontade do Estado é apenas a vontade dos governantes". A **crítica** é que essa teoria é infundada e inaceitável. E mais, "não é na força que está a razão e o fundamento do Estado e do poder, e sim nas causas sociais e psicológicas, no interesse e no consentimento da sociedade".

Ver também FAORO, R. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Globo, 1997. v. 1. Identifica na obra, os *donos do poder*, como os governantes do momento.

⁹⁸MELLO, O. B. de. **Princípios gerais de Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 2, p. 43.

⁹⁹AZAMBUJA, 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".

política".¹⁰⁰ Chegando-se ao Estado 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 distinguiam as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado.¹⁰³

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

Segundo HAURIUO, 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

¹⁰⁰AZAMBUJA, op. cit., p. 116-117. 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 preferem outros, é um conceito de natureza sociológica e de Psicologia Social". A Personalidade moral da nação, é uma "realidade social", e a personalidade jurídica do Estado é "uma realidade do mundo do direito".

¹⁰¹AZAMBUJA, op. cit., p. 120.

¹⁰²DROMI, op. cit., p. 57-58. Nesse sentido ver GIGENA, J. I. A. **Responsabilidad del Estado**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1973. p. 35. "*su persona es única e indivisible*".

¹⁰³BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. t.I, 4. ed. Buenos Aires: [s. n.], 1947. v. 1, p. 112. Apud CASSAGNE, op. cit., 4. ed., p. 47. Tradução livre de: "*Distingúan dos personas en el seno del Estado (la persona jurídica privada y la política) como consecuencia del desarrollo de la teoría del Fisco y la concepción de la doble personalidad del Estado, pública y privada, conforme procediera de iure privato en el campo del derecho administrativo*".

¹⁰⁴LINARES, J. F. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1986. p. 213. Aduz ainda que o Código Civil considera o Estado uma pessoa pública em seu art. 33. Tradução livre de: "*No una doble persona, la pública y la privada, sino una sola persona pública que actúa principalmente regida por el derecho público, y también, aunque en meno medida, por el derecho privado*".

¹⁰⁵HAURIUO, Maurice. **La teoría de la institución y de la fundación**. Buenos Aires: [s. n.], 1968. p. 75. Apud CASSAGNE, op. cit., 4. ed., p. 45. Tradução livre de: "*Porque no es sino un retoque y una estilización de la personalidad moral reposando en consecuencia, sobre el mismo fondo de la realidad*".

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 bem 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 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,

¹⁰⁶CASSAGNE, op. cit., 4. ed., p. 45-46. Tradução livre de: "*Si el Estado como persona moral constituye una realidad sociológica es forzoso que, en el orden positivo, se le reconozca una personalidad 'jurídica' que le permita actuar en el mundo del derecho, como titular de derechos y deberes hacia los administrados y los entes que dependen de él.*" Assim, "*El Estado ostenta una personalidad preexistente, producto de la realidad social. El Estado constituye un sujeto de derecho que se apoya o basa en una personalidad moral.*" A origem do princípio da personalidade jurídica do Estado, "*no se halla conectado con el individualismo ético de los iusnaturalistas del siglo XVII, ni menos com el empirismo individualista que se desarrolló durante el siglo XIX (...). La idea de la personalidad del Estado encuentra sus raíces en la tradición romanista, que es contraria a la concepción germánica del medioevo que concebía al señor como detentor del poder y no como órgano de la comunidad. Su base reside 'en el sentido romano del derecho que concibe la auctoritas no como algo que está fuera del ius, sino como expresión del mismo ius'.*"

¹⁰⁷DALLARI, **Elementos** ..., p. 126.

[...] 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 agora o direito do Estado e o Estado de direito, que se encontram interligados, 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, noção esta, de fundamental importância.

¹⁰⁸MEDAUAR, O. **Direito administrativo moderno**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 432-436.

1.2 O Estado e o Direito

1.2.1 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 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**. (grifou-se)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, realiza 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

¹⁰⁹KELSEN, *Teoria pura* ..., p. 315-316.

Nesse sentido, ver WOLKMER, A. C. *Ideologia, Estado e Direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. "O dualismo 'Direito e Estado' tem sido alvo dos mais vigorosos ataques por parte dos monistas".

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

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

¹¹⁰PALLIERI, op. cit., v. I, p. 131-134.

¹¹¹BOBBIO, N. **A era dos direitos**. (Trad. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Campus, 2004. p.45-97. Ver também BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. Trad. Carmem C. Varrialle e outros. 8. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1995. p. 401.

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

¹¹³BONAVIDES, P. **Teoria do Estado**. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 302.

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 como administração estão vinculados 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

De acordo com esse pensamento, o Estado de direito sujeita-se 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.

¹¹⁴BOBBIO, N.; PONTARA, G.; VECA, S. *Crisis* ..., 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*".

¹¹⁵BOBBIO, *Estado* ..., p. 73.

¹¹⁶KELSEN, *Teoria pura*..., 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 vinculados 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**" (Grifou-se).

¹¹⁷REALE, op. cit., p. 245.

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 BONAVIDES, em sua segunda edição da *Constituição aberta*, que as constituições do século XVIII e XIX

[...] legitimavam-se com os direitos individuais, a separação de poderes e as garantias de organização liberal da sociedade. Hoje, segunda metade do século XX, as Constituições conservam a mesma importância de ontem, ao contrário daquilo que o superficialismo de alguns publicistas tem freqüentemente 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

Acrescentar-se-ia que *hoje, início do século XXI*, as constituições continuam a conservar sua importância e com uma particularidade a mais, com o cuidado ante aos direitos do homem, ante à dignidade da pessoa humana.

Por outra via, também é oportuno ressaltar com 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

¹¹⁸SUNDFELD, op. cit., p. 37-38. Ver ainda em CLÈVE, C. M. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 27, sobre o significado *atual* da **separação dos poderes**, ou **separação de funções**, visto o poder político ser uno e indivisível.

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

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

Essa concretização leva a que se encontre um pluralismo, sendo identificados conceitos como "*Rechtsstaat*, *Rule of law*, *État légal*, 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 se estrutura como uma comunidade global personalizada, dotada de personalidade

¹²⁰CANOTILHO, *Direito* ..., p. 89.

¹²¹CANOTILHO, *Direito* ..., p. 89. Ver também MORAIS, J. L. B. de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 67-69, no qual descreve a apresentação do Estado de direito.

¹²²CANOTILHO, *Direito* ..., p. 229-239. **Pactos internacionais**, como, por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Pessoais, Cívís e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; **Declarações internacionais**, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem; **Convenções de direitos internacionais**, como, por exemplo, a Convenção Européia dos Direitos do Homem.

¹²³CANOTILHO, *Direito* ..., p. 239.

¹²⁴NOVAIS, J. R. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 1987. p. 16.

jurídica suprema.¹²⁵ E o Estado que interessa a ciência do Direito administrativo é o Estado pleno, que abranja as normas jurídicas.¹²⁶

É o que 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 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

¹²⁵LINARES, op. cit., p. 119-201. Essa **comunidade global ou suprema** já mostrava formas típicas em fins da Idade Média, começo da Idade Moderna. Tradução livre de: *"La comunidad-Estado es la comunidade soberana con poderes que emanan del orden jurídico y otros factores sociológicos y psicológico-sociales (...). En el género 'comunidad' suprema, o grupo global máximo, distinguimos los reinos e imperios antiguos, la polis griega, la civitas romana, los feudos y ciudades medievales y el Estado nacional o Estado, a secas, que comprende también el contemporáneo"*.

¹²⁶LINARES, op. cit., p. 199-201. Tradução livre de: Estado – que interessa a ciência do direito administrativo – *"no es el Estado como puro orden jurídico personificado, sino el Estado pleno, es decir el Estado en cuanto conducta en enterferencia intersubjetiva o compartida, conceptuada por normas jurídicas"*. Assim, a imputação personalizante é entendida como *"la referencia o remisión centralizadora que se hace, mediante normas jurídicas, de acciones de sujetos humanos reales, a un punto común ideal, que se asienta en un 'hecho fundamental' de creación del sujeto"*.

¹²⁷Apud LINARES, op. cit., p. 132.

¹²⁸LINARES, op. cit., p. 199-201 e 130-131. Tradução livre de: **Estado em sentido formal** *"es la totalidad del ordenamiento jurídico imputado a un certo ideal, es decir sin existencia temporal y especial, com un tipo de imputación que no cabe sino denominar 'personalizante', pues no se trata de la imputación normativa de deber ser, que en la norma jurídica imputa, a un 'hecho antecedente', outro hecho consecuente, próprio de la lógica normativa jurídica"*. E **Estado em sentido material** *"es sólo la parte del orden jurídico que integra el 'aparato estatal', concebido personificadamente. A él corresponde un concepto material de órgano"*.

¹²⁹LINARES, op. cit., p. 136. Tradução livre de: O atual Estado de direito, *"no es mas el liberal-burgués o individualista, sino el neoliberal o de bienestar o directamente el Estado socialista democrático"*.

das funções do Estado, a legalidade, e boa-fé.¹³⁰ E de compromisso baseado em garantias formais e materiais.¹³¹

PÜTTNER 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 antiintervencionistas.

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 LEAL:

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

¹³¹LUÑO, A. E. P. **Derechos humanos**: Estado de derecho y constitucion. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 220-221. "*Rechtsstaat*, expressão de origem alemã, considerava o 'Estado de Direito' não como uma nova fórmula política mas sim como uma forma peculiar de Estado (*Staatsgattung*)". Tradução livre de: "*El Estado de Derecho nació, por tanto, como una fórmula de compromiso que implicaba aunar diversas garantías formales, proclamadas por una Constitución que consagrava la división de poderes y el principio de legalidad, con una serie de garantías materiales, ya que el primado de la ley reposava en su carácter de expresión de la voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos*".

¹³²PÜTTNER, G. Lo Stato de Diritto informale. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, n. 1, p. 36, 1992. Apud BACELLAR FILHO, **Princípios** ..., p. 122.

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

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

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 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

Por tudo que foi abordado dentro do Estado de direito, como um Estado para os cidadãos, sujeito às normas e aos princípios, amparado na Constituição, respeitando direitos, e hoje assentado como regra geral na maioria dos ordenamentos, cumpre agora referir o Estado liberal, com todas as suas nuances.

1.2.2 Estado Liberal

Da ideia de Estado de direito, tem-se, num primeiro momento, a ideia de Estado liberal que passa pelo conceito de Estado moderno, situado entre os séculos XII e XVIII. O Estado liberal teve sua emergência com as revoluções burguesas, com a preocupação de dispor da mais ampla liberdade para exercer suas atividades, sem sofrer qualquer tipo de ameaça por outro poder, o fez com que fossem garantidos alguns direitos pessoais ao cidadão.

¹³⁵LEAL, Teoria ..., p. 149.

¹³⁶MORAIS, Do direito ..., p. 69. Ver quadro comparativo do Estado de Direito. p. 77. Ver também BONAVIDES, Teoria ..., p. 365-367.

A tendência liberal encontra-se em visível oposição à tendência totalitária, cujo liberalismo moderno¹³⁷ é considerado um produto do Iluminismo, no qual o indivíduo era o centro.

A Revolução Francesa, em 1789,¹³⁸ aboliu qualquer forma de intermediação entre o Estado e o indivíduo, "suprimindo os quadros sociais que compunham o feudalismo. O liberalismo econômico que, por extensão, veio a caracterizar o Estado até fins do século XIX, e daí a denominação, um tanto arbitrária, de Estado liberal, constituiu um eufemismo enganador, em cuja sombra se processou rapidamente a hipertrofia do Estado moderno".¹³⁹

Destaque-se, por relevante, que foi a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que as legislações passaram a salvaguardar certos direitos públicos individuais, e com a separação de poderes de Montesquieu, foi possível uma maior "liberdade do mundo moderno e o advento dos sistemas democrático-liberais".¹⁴⁰

As constituições, por um lado, aumentaram os direitos individuais e passaram os indivíduos, por outro lado, também a depender mais do Estado, que para atender às demandas, criou novos serviços e mais e mais códigos e regulamentações.

¹³⁷ZIPPELLIUS, op. cit., p. 137-140. **Liberalismo moderno:** "Durante o século XVIII a teoria filosófica da autonomia moral do indivíduo, a exigência política de direitos e garantias fundamentais do cidadão e a teoria da economia nacional (...) convergiram na tendência para limitar a actuação do Estado (...). O Estado não deve colocar-se acima da fé religiosa dos seus cidadãos. O responsável pela sua alma é cada um destes. Foi durante as guerras religiosas dos séculos XVI e XVII que se generalizou o postulado de que há barreiras inultrapassáveis à acção do Estado, a par com a exigência de obedecer mais aos ditames de Deus que às ordens dos homens. As liberdades de crença e de consciência tornaram-se pontos de cristalização a partir dos quais nasceram os direitos e garantias fundamentais". Em oposição: Do velho Estado-policia absolutista totalitário, que tem a "concentração do poder político, da direcção da economia e das directivas religiosas ou ideológicas, nas mãos do Estado – para o Estado totalitário moderno "que entra por todos os domínios na vida", invadindo o campo econômico, o mercado de trabalho, profissões, vida social, família, opiniões e costumes do povo".

¹³⁸SCANTIMBURGO, J. de. **História do liberalismo no Brasil**. São Paulo: LTr, 1996. p. 25. "Nenhum movimento apelou mais do que a Revolução Francesa para a liberdade, como seu fundamento e, no entanto, nenhum outro tanto atentou contra a liberdade quanto esse".

¹³⁹AZAMBUJA, op. cit., p. 145-148.

¹⁴⁰PAUPÉRIO, op. cit., p. 100.

Convém ressaltar que o Estado moderno, que surge originariamente sob forma do Estado absolutista, legitimado pelo poder soberano, monárquico e secularizado, representou um Estado de transição, pois sua estrutura prepara uma evolução posterior para o Estado liberal, de cunho capitalista, constitucional e representativo, ou seja, a classe burguesa emergiu socialmente, e com isso o individualismo, separação dos poderes, atuação mínima legislativa nos direitos individuais, passando a imperar a lei do mercado, e o Estado teve uma atuação mínima, ocasionando uma falta de respeito à dignidade humana.¹⁴¹

SORMAN destaca que no Direito francês, o "método liberal não consiste, portanto, em programar e reprogramar a sociedade, mas em codificar direitos fundamentais a partir dos quais os indivíduos reagirão e desenvolverão suas iniciativas. Esses grandes princípios do liberalismo são poucos e, na realidade, os essenciais são apenas dois: a *segurança econômica* e a *liberdade de escolha*".¹⁴² E acrescenta: todo o resto virá naturalmente.

Isso demonstra que o princípio da igualdade tinha um valor "mais ideal, programático ou diretivo, de princípio 'não-justificável' e, portanto, sem eficácia para limitar a atuação do Estado, quando este fizesse o arbítrio penetrar no conteúdo da lei, discriminando com injustiça ou tratando desigualmente os iguais e igualmente os desiguais".¹⁴³

Nesse contexto, BONAVIDES sustenta ainda que no Estado liberal a igualdade é concebida como direito fundamental, parte dos direitos naturais e da ideia de justiça. Desta forma, a *tese liberal*, que era uma justificativa do poder do Estado, da sociedade presa aos

¹⁴¹WOLKMER, *Elementos* ..., p. 25.

¹⁴²SORMAN, G. *O Estado mínimo: L'État minimum*. Trad. Alexandre Damian Guasti. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1988. p. 97.

¹⁴³BONAVIDES, P. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 152-155. "A igualdade civil moderna nasceu com a Revolução Francesa e a filosofia político-jurídica que a antecedeu. Dois pensadores se tornaram clássicos no exame da implantação do princípio da igualdade: Rousseau, que teorizou a igualdade civil e Marx que lhe conferiu a dimensão material ou econômica", p. 150.

contratos, valorizando fins individuais, não deixou de fazer da igualdade e da liberdade¹⁴⁴ dois conceitos-limite, que restringiam o ordenamento do Estado.¹⁴⁵

A nossa Constituição do Império, de 1824, deve ser entendida à luz das ideias liberais da época. Veja-se a referência em BASTOS:

O liberalismo tem por ponto central colocar o homem, individualmente considerado, como alicerce de todo o sistema social. Os homens inicialmente vivem em estado de natureza no qual são livres (Rousseau). Para maior conveniência sua, pactuam um contrato social que traslada algumas das suas faculdades para tornar possível a formação do poder. Daí dois corolários fundamentais: em primeiro lugar, todo o poder emana do povo. E, em segundo lugar, o Estado só deve exercer aquelas funções que os órgãos, individual ou coletivamente, não conseguem resolver. A ação do Estado é, portanto, excepcional e restrita, enquanto a da sociedade é ampla e ilimitada.¹⁴⁶

A tarefa do Estado, portanto, *não é dirigir os súditos para este ou aquele fim, mas unicamente vigiá-los para impedir que, na busca dos seus próprios fins, cheguem a conflitos*. E, usando uma metáfora aduzida por BOBBIO, seria possível comparar o Estado liberal não a um protetor, mas a um "guarda de trânsito" com a tarefa não de indicar aos motorista a direção a ser seguida, mas de ordenar a

¹⁴⁴BONAVIDES, **A constituição aberta** (ed. 1996), p. 212-213. Importante notar que, nessa segunda edição, dedica **um capítulo à liberdade**, estabelecendo uma conexão da liberdade com o Homem, do Estado com o meio social, e frisa: "Foi Montesquieu sábio nesse tocante ao dizer que 'a liberdade é o direito de fazer tudo que as leis permitem'. Com essas palavras, ele vinculou indissociavelmente a liberdade ao Direito (...). Vinculada com a **democracia**, a liberdade é, assim, a grande couraça protetora da Sociedade para o exercício dos direitos que garantem a **dignidade da pessoa humana** (...). (Ou) liberdades, como Roosevelt o fez e enunciou num célebre discurso. Derramava-se já o sangue da Segunda Grande Guerra Mundial, e o mundo das quatro liberdades fora proclamado como uma esperança de paz e cooperação entre os povos.

¹⁴⁵BONAVIDES, **A Constituição aberta** (ed. 1993), p. 152-155.

¹⁴⁶BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 98.

circulação de forma que cada um possa alcançar, *da melhor maneira e de modo compatível com o igual direito dos outros, seu objetivo*.¹⁴⁷

Frise-se que, no Brasil, a teoria liberal se dá nos últimos dez anos da monarquia, que precedem a Proclamação da República, em 1889, até a promulgação da Constituição em fevereiro de 1891,

nessa fase, o Estado brasileiro, independente em 1822, fundado na herança do sistema administrativo e político português, vai tentar definir-se como instituição política moderna. Trata-se de uma importante transição, em que os atores sociais são ultrapassados pelos acontecimentos, e os discursos começam a ter uma difusão na sociedade jamais alcançada anteriormente. É o nascimento da ideologia e da política moderna no Brasil.¹⁴⁸

No Estado liberal, se está "abraçado à liberdade, com culto à personalidade como valoração tutelar", e no Estado social, se está "preso à igualdade, com o culto democrático da dignidade humana",¹⁴⁹ como será visto.

1.2.3 Estado Social

Há que se fazer aqui uma conexão com o Estado liberal para se entender o Estado social, pois há uma convenção entre os direitos fundamentais, que são herança do liberalismo, com os novos direitos de participação, que são denominados *direitos sociais*.

Fundado na ordem *econômica, política e jurídica*. A primeira, garantia a livre iniciativa, a livre concorrência e a propriedade

¹⁴⁷WEISSHEIMER, M. A. Será o Estado um guarda de trânsito? *Zero Hora*, Porto Alegre, 29 jul. 2000. Caderno de Cultura, n. 2, p. 7.

¹⁴⁸SEVERO DA ROCHA, L. **A democracia em Rui Barbosa**: o projeto político liberal-racional. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 2. Nesse sentido, ver também SCANTIMBURGO, op. cit., p. 351-365. Traça o autor o desenvolvimento do Estado liberal no Brasil desde 1824.

¹⁴⁹BONAVIDES, A **Constituição aberta** (ed. 1993), p. 147. Nesse sentido, ver também BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, **Dicionário ...**, p. 429-430.

privada; a segunda, protegia as liberdades individuais e a separação dos poderes, e a terceira, o apego à lei.

Todavia, como LUÑO aborda, o individualismo, o apoliticismo e a neutralidade do Estado liberal de Direito não satisfaziam mais as exigências de liberdade e igualdade reais da sociedade,¹⁵⁰ daí tanta dificuldade para passar do Estado liberal ao social.

Com o Estado social, segundo DERGINT, implanta-se o intervencionismo do Estado, oposto que está ao absentéismo estatal, que fora trazido pelo liberalismo.

As massas exigem que o Estado as liberte da fome, da miséria e da insegurança. O recrudescimento de suas reivindicações faz desaparecerem as fronteiras entre os problemas políticos e econômicos, sendo inevitáveis as recíprocas implicações. Com o fortalecimento das correntes intervencionistas nas assembleias, o Parlamento torna-se terreno onde as massas procuram conquistar as benesses recusadas pela economia.¹⁵¹

Um aspecto interessante a ser observado é justamente a diferença básica existente entre a concepção clássica que se tem do Estado liberal e a que se tem do Estado social. Enquanto no liberalismo trata-se de colocar barreiras ao Estado, sem fixar obrigações positivas, no Estado social, mantêm-se as barreiras, incorporando também finalidades e afazeres.

Como a atividade econômica era regulada pelo próprio mercado, sem controle estatal, a sociedade tornou-se desigual, ou seja, uma minoria deteve o poder, e a maioria ficou desassistida. Necessário se fez repensar o Estado, agora pelo lado social. Essa época também foi marcada por conflitos, e o que se reivindicava eram garantias de uma vida mais digna.

¹⁵⁰LUÑO, op. cit., p. 223-224.

¹⁵¹DERGINT, A. do A. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 14-15. Tradução livre de: *"El individualismo, así como el apoliticismo y neutralidad del Estado liberal de Derecho, no podía satisfacer la exigencia de libertad e igualdad reales de los sectores social y economicamente más deprimidos"*.

Diante disso, o Estado social surge quando passa a interferir nos campos econômico, social e jurídico, pois ao lado dos direitos individuais, elencam-se também os direitos econômicos e sociais, com a garantia do desenvolvimento e a justiça social. O Estado não é mais pensado restritamente em relação à tutela dos direitos fundamentais, mas para cumprir a função social.

Importante destacar que o Estado social recebe vários outros títulos-nomes, tais como: Estado contemporâneo, Estado intervencionista, Estado tecnocrático, Estado-providência, ou assistencial, *welfare state* ou Estado do bem-estar social.¹⁵²

O Estado social surge definitivamente na segunda década do século XX, sobretudo após as Constituições do México em 1917, e de Weimar, em 1919, "cuidando de incorporar novas preocupações como o desenvolvimento da sociedade e a valorização dos indivíduos, passando o Estado a intervir, a se tornar um agente de desenvolvimento e de justiça social, com isso surgem os direitos sociais, podendo o indivíduo exigir o cumprimento de prestações positivas do Estado".¹⁵³

É inegável, no dizer de CLÈVE, que o final da 2.^a Grande Guerra possibilitou um reencontro do Estado social com o Estado de Direito, ou seja:

Tratou-se de somar os novos papéis do Estado e aqueles postulados (provenientes ainda do liberalismo), já incluídos entre as conquistas civilizatórias: a sujeição do Estado ao Direito; o respeito aos direitos individuais, e a contenção do poder, especialmente, por meio da técnica da separação, agora com renovada roupagem. Portanto, falar de separação de poderes no Estado Social, só guarda sentido quando nos referimos àquele Estado de prestações constitucionalmente regulado e de tal modo

¹⁵²WOLKMER, **Elementos** ..., p. 26. Nesse sentido, ver também BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, **Dicionário** ..., p. 416.

¹⁵³SUNDFELD, op. cit., p.54-56.

regulado a ponto de se definir como Estado de Direito de orientação social.¹⁵⁴

O Estado social caracteriza-se pelo compromisso formal de atender aos anseios da sociedade e, em decorrência, pelo alto grau de intervenção econômico-social; o homem passa a ser visto em uma concepção social, o que muda o perfil do Estado.

O Ente, então, passa a incluir, no âmbito de sua política de ação, decisões respeitantes às finalidades sociais e econômicas, dentro de um programa previamente planejado,¹⁵⁵ no qual o cidadão, qualquer que seja sua situação social, possui o direito à proteção, havendo uma espécie de "garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado como afiançador da qualidade de vida do indivíduo".¹⁵⁶

Contudo, pode-se afirmar com BONAVIDES que, desde o advento do Estado social, há uma tendência por parte da Administração em se inserir tanto na esfera econômica quanto na esfera jurídica da sociedade, pois o indivíduo perdeu um pouco do seu espaço com a *massificação da sociedade*, e passou o homem a depender mais e mais do Estado. E, quando mais se precisa do Estado de direito, "como tábua de salvação das liberdades humanas,

¹⁵⁴CLÈVE, op. cit., p 38-39. Segundo o autor, foi o **sufrágio universal** "que acabou por conciliar as ideias de liberalismo e democracia, fermentando a emergência do Estado Social, o qual, afinal, é o único que se dispõe a responder às demandas de um eleitorado que não se contenta mais com a ação pública minimalista".

¹⁵⁵ZIPPELLIUS, op. cit., p. 375/382. "A passagem do Estado liberal ao Estado social moderno foi caracterizado por o Estado ter incluído no âmbito da sua actuação política, em medida crescente, aquelas decisões respeitantes às finalidades sociais e econômicas e à sua efectivação planejada. Os principais elementos componentes deste alargamento das funções públicas foram a promoção do bem comum e da justiça social".

¹⁵⁶MORAIS, J. L. B. de. O círculo de fogo: Estado democrático de Direito e neoliberalismo no Brasil: algumas interrogações. **Revista Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 2, p. 90, dez. 1994. Ver também MORAIS, **Do direito social ...**, p. 93. Isso demonstra, que o Estado de bem-estar social - *Welfare State*, "adotado pelos Estados Democráticos de Direito, denota refúgio político para evitar o colapso do modelo liberal. A política de bem-estar social é mais pelos reclamos da sociedade do que iniciativa estatal".

mais parece que ele se distancia no horizonte ideológico do século XX".¹⁵⁷ Quer dizer:

A politização da Sociedade, que ainda agora prossegue, desfez, porém, a ilusão de conservar essa fronteira: Estado e Sociedade hoje se encaixam numa reciprocidade inextricável. O Estado social, que exprime a Sociedade politizada e devassada pelo intervencionismo estatal, aloja um surpreendente *paradoxo*: *é o Estado onde se governa cada vez menos e se administra cada vez mais.* (Grifou-se)¹⁵⁸

Nesse contexto, observa-se a importância fundamental do Direito constitucional identificado com o Estado de direito e o Direito administrativo, em face da realidade do Estado social.¹⁵⁹

Para BADURA, abordado por BACELLAR FILHO, o Estado social é um Estado administrativo; em seu comentário:

O princípio do Estado de direito incide diretamente no campo administrativo, visto a questão central da política e do Estado de direito, notadamente no Estado social, é o ideal de uma Administração Pública que saiba desempenhar o seu papel constitucionalmente estabelecido, de modo eficiente e autônomo, sem descuidar da fidelidade ao vínculo que lhe prende ao princípio

¹⁵⁷BONAVIDES, **Constituição aberta** (ed. 1996), p. 200. Ver também BONAVIDES, **Constituição aberta** (ed. 1993), p. 162. O **princípio da igualdade** no Estado Social se contém "na sua significação como direito e como técnica". Como direito "ele se vincula à concepção liberal e lhe dá prosseguimento, pois restringe e limita a atuação do Estado". Como técnica "é altamente estimulativo e fomentador da atuação do Estado; insere-se no espaço social da chamada Constituição aberta, estando positivamente para a intervenção do Estado assim como negativamente a separação dos Poderes esteve para o abstencionismo estatal".

¹⁵⁸BONAVIDES, **Constituição aberta** (ed. 1996), p. 200.

¹⁵⁹BONAVIDES, **Constituição aberta** (ed. 1996), p. 200-201. O **Direito administrativo** e o **Direito constitucional** "exprimem, contemporaneamente, um quadro de tensões múltiplas entre o Estado social e o Estado de direito (...visto que) o Estado de Direito se identifica com o direito constitucional de tradição clássica: Já o Direito administrativo, ao contrário, traduz a transparente realidade do Estado social, pelo contato direto e imediato que estabelece entre o indivíduo e as prestações concretas do ordenamento estatal, indispensável à satisfação de necessidades existenciais mínimas e inarredáveis".

da legalidade. Isto porque o Estado social é, em suma, um 'Estado-Administrativo'.¹⁶⁰

Nesse sentido ainda, CASSAGNE argumenta que o Estado social de direito ou Estado de justiça visa ao interesse geral e ao bem comum, assegurado o direito a obter uma justa reparação quando for de alguma forma lesado em seu patrimônio.¹⁶¹

Com a exigência da efetivação de novos direitos, urge repensar toda uma estrutura estatal, mais pelo lado social, não deixando de lado os campos econômico e jurídico. O Estado que passou a fazer parte da vida dos cidadãos, pois passou o indivíduo-sociedade a depender cada vez mais dos serviços prestados, no fundo não consegue atender aos reclamos exigidos, de cumprir sua função social.

Agora pode-se proceder à análise do Estado democrático de direito, que se apresenta como uma idealização a ser atingida, tendo ao centro a dignidade da pessoa humana.

1.2.4 Estado Democrático de Direito

Cumprindo inicialmente fixar um ponto de partida para uma melhor compreensão dos objetivos do Estado e sua adequação às exigências atuais. Para a ideia moderna de Estado democrático, com suas raízes no século XVIII, que afirmava valores fundamentais do homem, constata-se que os sistemas políticos do século XIX e da

¹⁶⁰BADURA, P. Limiti a alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 1, p. 106, 1984. Apud BACELLAR FILHO, *Princípios...*, p. 93.

¹⁶¹CASSAGNE, op. cit., 6. ed. p. 266. Tradução livre de: "*Armonizar los derechos de los miembros de la comunidad con el interés general o bien común, de modo que cuando un particular tenga que sacrificar su derecho individual por el bien de aquélla, o por soportar una carga pública especial, sea objeto de una justa reparación, se trate de actividad legítima o de una falta de servicio que lo afecte en su patrimonio*".

primeira metade do século XX foram tentativas de realizar as expectativas do século XVIII.¹⁶²

Obviamente é de se destacar que a construção do Estado, como sendo um Estado democrático de direito, tem uma íntima ligação com o processo histórico, acompanhando o desenvolvimento *do projeto liberal*, transformado, de certa forma, em *Estado do bem-estar social*, no decorrer da primeira metade do século XX.¹⁶³

Cabe referir, neste momento, que o Estado democrático de direito, sustentado por FERREIRA FILHO, "seria aquele regido por normas jurídicas dotadas de conteúdo de justiça, que, em última análise, não corresponde à vontade arbitrária do legislador manifestada em lei e caracterizada pela generalidade e impessoalidade".¹⁶⁴ Ainda que este conceito jusnaturalista seja insuficiente para Estado.

O Estado democrático nasceu das lutas contra o absolutismo "sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana. Daí a grande influência dos jusnaturalistas, como Locke e Rousseau, embora esses não tivessem chegado a propor a adoção de governos democráticos".¹⁶⁵

Percebe-se que em ROUSSEAU o *Contrato social* destina-se "a indicar as linhas de construção desse novo Estado ideal. Esse Estado é o *Estado democrático*, quer dizer, o Estado em que a soberania pertence ao próprio povo, em que o cidadão concorre com a sua vontade para a formação das leis que o regem".¹⁶⁶

Para LOCKE, a "afirmação da existência de direitos humanos inalienáveis e fundamentais deu origem a célebres declarações dos direitos do homem da América e da França, as quais muito

¹⁶²DALLARI, op. cit., p. 144-145.

¹⁶³MORAIS, *O círculo* ..., p. 88.

¹⁶⁴FERREIRA FILHO. M. G. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 21.

¹⁶⁵DALLARI, *Elementos de teoria* ..., p. 146-149.

¹⁶⁶PALLIERI, op. cit., v. 1, p. 46.

contribuíram para projectar uma nova luz sobre as relações entre o Estado e o indivíduo".¹⁶⁷

No debate sobre a crise da Democracia, BOBBIO analisa o Estado democrático como o conjunto das instituições que possibilitam a solução dos conflitos sem recorrer à força física, mas à força persuasiva, ou seja, a persuasão substitui a força na solução de conflitos,¹⁶⁸ até porque o Estado, "detentor do poder de exercer legitimamente o uso da força, encontra-se falido e incapaz de administrar o cotidiano da sociedade civil".¹⁶⁹

LEAL considera que a sociedade democrática tem, além do dever de garantir os direitos individuais e coletivos, principalmente o dever de promovê-los:

É necessário, portanto, instituir e reconhecer, na consciência e prática dos poderes oficiais e informais da sociedade, a luta jurídico-política pela defesa da cidadania brasileira, utilizando como ferramenta de defesa e ataque os valores e princípios universais inscritos nos direitos fundamentais consagrados no Ocidente e objetivados nos princípios políticos insertos na Carta constitucional de 1988, se é que se quer e busca a instituição de um efetivo e popular Estado Democrático de Direito.¹⁷⁰

Nesse sentido, como objetivo ou finalidade do Estado democrático de direito para a realização de uma "democracia plena",

¹⁶⁷PALLIERI, op. cit., v. 1, p. 63.

¹⁶⁸BOBBIO;PONTARA;VECA, op. cit., p. 12. Tradução livre de: *"El conjunto de las instituciones que hacen posible la solución de los conflictos sin recurrir a la fuerza constituyen, además de estado de derecho, el estado democrático, lo que equivale a decir el estado en el que está vigente la regla fundamental que en cada conflicto el vencedor no es ya quien tiene fuerza física sino más fuerza persuasiva, o sea, aquel que con la fuerza de persuasión"*.

¹⁶⁹LEAL, **Teoria do Estado** ..., p. 183.

¹⁷⁰LEAL, **Teoria do Estado** ... p. 185.

pode-se dizer que está fracionada em dois verbetes: *Estado social e democracia participativa*.¹⁷¹

Dessa forma, as forças políticas¹⁷² atuantes, no final do século XIX e no início do século XX, iniciaram o que se chamou de democratização do Estado, transformando o Estado de direito, cujo cidadão era submisso à lei formal, fosse ela boa ou má, em Estado democrático, no qual o cidadão se submete à vontade popular, e a perseguir certos fins e valores.

Ressalte-se, com CANOTILHO e MOREIRA, o aspecto do Estado de direito democrático fundamentalmente um – Estado democrático constitucional –, pelo fato de não haver democracia efetiva, "fora da Carta Magna ou vontade prevalecente contrária aos dispositivos constitucionais".¹⁷³

Observe-se todavia, que a Constituição de um país, não é a única fonte, é sim, a fonte normativa.

A Constituição brasileira de 1988, destarte, instaura um (novo) Estado e acolhe os princípios do Estado de direito e do Estado social, para gerar o Estado democrático de direito, que representa uma unidade.

VERONESE, quando assume a defesa da Constituição, que chamou de *Jovem Cidadã*, ressalta que as constituições não resolvem por si próprias os problemas e as mazelas existentes no País. É antes de tudo, "um guia, um norte", que pode "apontar caminhos".

¹⁷¹PEÑA MORAES, G. B. **Dos Direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria: parte geral. São Paulo: LTr, 1997. p. 113.

¹⁷²CANOTILHO, **Direito constitucional ...**, p. 233. Refere-se à **força político-normativa**, que necessita: "(1) de um conjunto de instituições políticas básicas; (2) de um conjunto de condições econômicas, sociais e culturais favoráveis a estas instituições; (3) e de um conjunto de esquemas político-constitucional (forma de governo, controle judicial, sistema eleitoral, sistema partidário). Só assim, e mais uma vez, o Direito constitucional será um direito 'vivo' e não apenas uma 'law in the books'".

¹⁷³CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Constituição da República portuguesa**. 3.ed. anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 64.

Embora mais "discursada que vivenciada, a democracia, é, ainda, o melhor rumo a ser seguido".¹⁷⁴

Professa o mesmo autor que a

fê no Brasil e na democracia, cuja consolidação passa pela efetividade da atual Constituição, mormente no que tange aos direitos sociais e políticos. Afinal, podem impedir o ser humano de concretizar diversos anseios, inclusive frustrar o gozo de seus direitos, mas não se pode é impedi-lo de ter esperanças, de sonhar e, acreditando no sonho, de lutar pela construção de uma sociedade mais justa.¹⁷⁵

SEVERO DA ROCHA, ao abordar a questão da democracia na obra de Rui Barbosa, destaca que a "democracia torna-se um valor transcendente e uma atividade pragmática, que se redefine perante os acontecimentos políticos".¹⁷⁶ Uma forma política integral que abrange o aspecto cultural, econômico e social da sociedade.

A democracia é um conceito em constante evolução, que recebe diferentes qualificativos, dependendo do contexto em que se insere – democracia racional, federativa ou conservadora. Todavia cabe lembrar que mesmo que esse conceito liberal reste insuficiente nos dias atuais, é preciso "ultrapassar a democracia de Rui Barbosa, mas jamais ao preço da negação da lei e da liberdade".¹⁷⁷

O Brasil possui, atualmente, a Constituição mais avançada de toda sua história; é a mais democrática, a que mais incorporou as conquistas sociais. É, portanto, a soma e o entrelaçamento de

¹⁷⁴VERONESE, op. cit., p. 162-168.

¹⁷⁵VERONESE, op. cit., p. 172.

¹⁷⁶SEVERO DA ROCHA, *A democracia em Rui Barbosa* ..., p. 159.

¹⁷⁷SEVERO DA ROCHA, *A democracia em Rui Barbosa* ..., p. 159-163. "A 'democracia racional' – é uma espécie de dialética entre a liberdade e a razão, na qual o respeito à lei, aos direitos e aos deveres seria a mediação de responsabilidade necessária; 'democracia federativa' ou 'democracia jurdicista' – "seria a criação de um poder Judiciário independente, que deveria ser o guardião da lei"; e 'democracia conservadora' – "dos segmentos sociais que amavam simultaneamente a lei e o desenvolvimento econômico".

"constitucionalismo, *res publica*, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade, direitos (individuais, políticos e sociais), desenvolvimento e justiça social".¹⁷⁸

A República brasileira é um Estado social e democrático de direito, cujos contornos básicos estão elencados no preâmbulo e nas normas dos artigos 1.º ao 4.º da Constituição de 1988, com ênfase aos princípios e direitos fundamentais.¹⁷⁹

No mesmo sentido, o artigo 2.º da Constituição Portuguesa de 1976, cujo "'Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é democrático'. Há, assim, uma *democracia de Estado de direito e um Estado de direito de democracia*".¹⁸⁰ O que representa uma espécie de legitimação do poder.

Segundo ALEXY, os direitos fundamentais são direitos do homem transformados em direito positivo e esses "direitos do homem insistem em sua institucionalização. Assim, existe não somente um direito do homem à vida, senão também um direito do homem a isto: que exista um Estado que concretize tais direitos. A institucionalização inclui necessariamente justicialização".¹⁸¹

¹⁷⁸SUNDFELD, op. cit., p. 54-56.

¹⁷⁹SARLET, I. W. **A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 93-94.

¹⁸⁰CANOTILHO, **Direito constitucional** ..., p. 226.

¹⁸¹ALEXY, R. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 17, p. 274, 1999.

Ver também ALEXY, R. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p. 203-214, 1999. Apresenta o autor os **três problemas dos direitos do homem: epistemológicos** (se podem ser conhecidos ou fundamentados); *substanciais* (ser reconhecidos); *institucionais* (institucionalizados). Apresentando também um conceito de direitos do homem (universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos) e, por fim, os direitos fundamentais, frente a quatro extremos: (de escalão hierárquico supremo, a força de concretização suprema, os objetos sumamente importantes e interpretação).

Também as Constituições da Alemanha, da Itália e da Espanha, dentre outras, optam pelo princípio democrático em sua ordem constitucional.¹⁸²

Nesse particular, a atual Constituição brasileira representa o que se pode chamar de "fruto da participação de todos os segmentos da sociedade", pois inicia com o ser humano, cuja dignidade serviu de fundamento para o Estado democrático de direito, ainda que estereotipada como "Constituição Cidadã".¹⁸³¹⁸⁴

Em meio a essa proliferação de ideias, GENRO, quando aborda a questão de um novo Estado para uma nova cidadania, aduz a importância de um Estado público regulador:

A cidadania será menos formal e mais material, através de novas formas de organização do Estado democrático, nas quais sua nova ordem jurídica geral não seja instrumento predominante de reprodução das desigualdades – fato socio-econômico que afirma seu caráter privatista. Nestas condições o Estado superaria sua característica originária e tornar-se-ia instrumento de regulação, que orientaria as relações entre os sujeitos para superar

¹⁸²LUÑO, op. cit., p. 205-207. Ver também PEÑA MORAES, op. cit., p. 96-97. (Constituição alemã art. 28 = Estado de Direito Republicano Democrático e Social; Constituição búlgara, preâmbulo = Estado Democrático de Direito e Social; Constituição cabo-verdiana art. 2.º, Constituição portuguesa art. 2.º e Constituição santomense art. 6.º = Estado de Direito Democrático; Constituição colombiana art. 1.º = Estado Social de Direito; e Constituição espanhola art. 1.º = Estado Social e Democrático de Direito).

Ver também HUTTON, W. **O Estado que temos hoje**. Brasília: Gráfica e Editora Positiva - Instituto Teotônio Vilela, 1998. p. 1-30. Descreve o autor a **Inglaterra de ontem e hoje**, com uma visão bem pessimista, do Estado inglês, que não possui as regras democráticas claras, "uma constituição não-escrita, organizada em torno do princípio de que a lei é tudo o que tem o consentimento do monarca no Parlamento (...) A Inglaterra da década de 90 não tem mais o sentido de direção, e o povo inglês está dividido. O país precisa revitalizar sua economia, modernizar suas instituições, re-escrever o contrato entre os membros da sua sociedade e recuperar sua auto-estima. Precisa fazer o que o governo conservador prometia em 1979".

¹⁸³BACELLAR FILHO, **Princípios constitucionais** ..., p. 21.

¹⁸⁴NOBRE JUNIOR, E. P. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, p. 239, jan./mar. 2000.

desigualdades, ou seja, um Estado público regulador, controlado pela maioria dos seus destinatários: os próprios cidadãos.¹⁸⁵

Como referido, se os elementos formais do Estado de direito encontram-se dispostos em regras constitucionais esparsas e se o *caput* do art. 1.º da Constituição constitui-se em Estado democrático de direito, há que ser observada essa adição do conteúdo "democrático" ao Estado de direito,¹⁸⁶ o que leva à verificação e ao reconhecimento de duas ordens de referência distintas.

MOREIRA NETO, nesse sentido, elucida a definição do Estado como democrático e de direito: a ético-política ou democrática e a ético-jurídica. À primeira corresponde o conceito de legitimidade e à segunda, o conceito de legalidade,¹⁸⁷ promovendo a legitimidade e a "estabilização do poder em torno de valores consensualmente aceites", e a legalidade, fazendo-o pelas normas impostas de maneira coativa.¹⁸⁸

O Estado democrático de direito não é apenas a união formal dos conceitos de Estado democrático e Estado de direito, mas é a criação de um conceito novo, que leva em conta os elementos que o constituem, e a transformação do *status quo*.¹⁸⁹

Todavia, algumas situações históricas tornaram possível um novo conceito de Estado democrático de direito que surge em face do Estado de Direito e Estado do Bem-Estar Social:

¹⁸⁵GENRO, T. Novo Estado para nova cidadania. **Revista de Direito**, Santa Cruz do Sul, n.9/10, p. 111, jan./dez. 1998.

¹⁸⁶BACELLAR FILHO, **Princípios constitucionais** ..., p. 125-126.

¹⁸⁷MOREIRA NETO, D. de F. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 2-3.

¹⁸⁸BACELLAR FILHO, **Princípios constitucionais** ..., p. 126.

¹⁸⁹SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 119-120. "E aí se encontra a extrema importância do art. 1.º da Constituição de 1988, não como uma promessa de vir a organizar este Estado, porque a Constituição, neste momento já o está proclamando e fundando".

Ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como que a sua qualificação pela questão da igualdade. Assim, o conteúdo deste se aprimora e se complexifica posto que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*. Produz-se, aqui, um pressuposto teleológico, cujo sentido deve ser incorporado aos mecanismos próprios ao Estado do Bem-Estar.¹⁹⁰

DALLARI, com oportunidade, revela uma ideia atual de Estado democrático, como um ideal possível de ser atingido,

desde que seus valores e sua organização sejam concebidos adequadamente. Para atingi-lo, é imprescindível que sejam atendidos os seguintes pressupostos: *Eliminação da rigidez formal*. A ideia de Estado Democrático é essencialmente contrária à exigência de uma forma preestabelecida. [...] *Supremacia da vontade do povo*. Um dos elementos substanciais da democracia é a prevalência da vontade do povo sobre a de qualquer indivíduo ou grupo. [...] *A preservação da liberdade*. A possibilidade de escolha seria insuficiente, se não fosse orientada para os valores fundamentais da pessoa humana, revelados e definidos através dos séculos. [...] *A preservação da igualdade*. Também a igualdade já se pôs como um valor fundamental da pessoa humana, ligado à igualdade substancial de todos os homens. [...] Aí estão os pressupostos fundamentais do Estado Democrático possível. Dotando-se o Estado de uma organização flexível, que assegure a permanente supremacia da vontade popular, buscando-se a preservação da igualdade de possibilidades, com liberdade, a democracia deixa de ser um ideal utópico para se converter na expressão concreta de uma ordem social justa.¹⁹¹

Nesse sentido, lança FÉDER uma pergunta: "Será admissível, na democracia almejada pela sociedade dos dias presentes, que o governo tenha poder para praticar um ato, qualquer que seja ele, que segundo o corpo social não deva?" E responde: "Sendo a

¹⁹⁰MORAIS, *O círculo de fogo* ..., p. 90.

¹⁹¹DALLARI, *Elementos de teoria* ..., p. 300-303.

resposta negativa, eis a ausência de poder no Estado. Sendo a resposta positiva, eis o Estado arbitrário".¹⁹² É dizer: O Estado, para servir, não precisa de poderes, e as funções, essas a sociedade delegará ao Estado.

Em outra seara, é importante ressaltar, ainda, que, na responsabilidade civil extracontratual do Estado, a objetividade descende diretamente da evolução do próprio Estado de direito, pois associada está à proteção frente a um Estado deficiente na imposição de seu poder. Muito embora, essa evolução democrática "–rumo à essencialização de suas funções –, tenda a ser mitigado o sentido da referida objetividade, esta deverá continuar existindo em face da assimetria das relações que o Poder Público, dotado de '*ius imperium*', entretece com os administrados".¹⁹³

Cabe referir, ainda, importante indagação feita por FERNADÉZ, ante o Estado que adentra o século XXI, coincidindo com o começo de uma nova era histórica. Qual Estado? Que Estado? E para quê?¹⁹⁴ Embora o autor não ofereça as respostas, cabe ter essas questões bem presentes e constantes.

Com tudo o que foi dito, tem-se que o Estado democrático de direito revela a necessidade da efetivação do que reza o artigo 1.º e seguintes da Constituição Federal de 1988. A partir do momento que se concretizar esse postulado, ter-se-á um verdadeiro Estado – democrático – e de direito. E uma das formas para tornar efetivas tais acepções, é o dever que possui o Estado de responder pelos danos causados, o dever de oferecer uma resposta.

¹⁹²FÉDER, op. cit., p. 215-216.

¹⁹³FREITAS, S. H. Z. Responsabilidade patrimonial do Estado por ato administrativo. In: MOTTA, Carlos Pinto (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 120-121.

¹⁹⁴FERNÁNDEZ, T. R. La administración del Estado a lo largo del siglo XX. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 109, p. 14, ene./mar. 2001. "*Cuánto Estado, qué Estado y para qué*".

1.3 A atuação do Estado e o dever de oferecer uma resposta

A partir da origem do Estado, de sua definição e da abordagem do Estado de direito, tem-se, agora, uma perspectiva de ligar essa parte introdutória à atuação do Estado e o dever de oferecer uma resposta quando seus agentes causarem danos a terceiros.

Uma conquista lenta, mas decisiva do Estado de direito foi a responsabilização do Estado, como instrumento de legalidade, capaz de assegurar "a conformidade aos direitos dos actos estaduais: a indenização por sacrifícios, autoritariamente impostos",¹⁹⁵ além da realização da justiça material.

As transformações pelas quais passou e passa o Estado atualmente, no que tange à responsabilidade civil extracontratual do Estado, se processam como bem delineou FORSTHOFF, "*unter dem Schweigen des Gesetzes*", ou seja, "no silêncio da lei",¹⁹⁶ em razão do alargamento das próprias funções do Estado. O que provocou mudanças significativas entre o Poder Público e os indivíduos, pois as condições sociais e políticas inéditas reclamaram e ainda reclamam por soluções que se ajustem às novas circunstâncias, às novas necessidades, é dizer que houve uma alteração no paradigma¹⁹⁷ até então preponderante.

¹⁹⁵CANOTILHO, J.J. G. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 13.

¹⁹⁶Apud FREITAS, S. H. Z., op. cit., p. 118.

¹⁹⁷Segundo KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992. Defende a tese de que a ciência se transforma paradigmaticamente e não há uma simples evolução do conhecimento científico. No prefácio, aduz: "**Considero 'paradigmas'** as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência" (p. 13). E, no Posfácio – 1969, menciona que " (...) na maior parte do livro o termo 'paradigma' é usado em dois sentidos diferentes. De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc (...), partilhados pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal" (p. 218). Ver também nesse sentido MORAES, M. C. **O paradigma educacional emergente**. 6. ed. Campinas: Papirus, 1997. p. 31-32.

O desenvolvimento da matéria feita por KLOSS¹⁹⁸ é de fundamental importância para compreender-se a diferenciação da teoria clássica de responsabilidade civil relacionado com a obrigação do Estado em reparar os danos, quando causados a terceiros, em razão da obrigação de o Estado responder pelo dano causado, que não possuía, como atualmente, sua base no dano, mas na conduta do agente causador do dano e somente se houvesse violado um dever.

E mais, propõe o mesmo autor – baseado na distribuição de justiça de Aristóteles, de dar a cada um o que é seu, igualdade entre coisas, bens e cargas, repartidos entre todos –, a responsabilidade como sinônimo da obrigação de responder.¹⁹⁹

E conclui que não se pode aplicar mais ao Estado os aspectos civilísticos, pois o Estado possui uma missão, uma estrutura, um atuar diferente do privado, regido inclusive por leis e normas próprias, o que exige também que lhe seja dado um enfoque diferente no que tange a sua responsabilidade.²⁰⁰

FERRAND, contribui aduzindo que o que deve ser analisado é a situação da vítima e não a conduta do autor do dano, provando o nexo causal entre o dano e a atividade estatal.²⁰¹

Todavia, o importante na responsabilidade do Estado, hoje, é, efetivamente, o dano e não a conduta do agente.

Como alude DIAS, os exemplos, com os quais se convivem no cotidiano, seja de sacrifício do patrimônio, seja dos interesses dos particulares são, quase sempre, o que se pode chamar de "legítimas expressões da falta do Estado ao seu dever de assegurar a paz

¹⁹⁸KLOSS, E. S. **La responsabilidad de la administración de la justicia**. [S.l.: s. n., 197-]. p. 33.

¹⁹⁹KLOSS, op. cit., p. 36-37.

²⁰⁰KLOSS, op. cit., p. 44. Tradução livre de: *"El Estado no es una persona jurídica sujeto de derecho como las regidas por el derecho privado: su misión es muy diferente, su estructura bien distinta, su actuar diverso; se rige, en fin, por leyes o normas propias, específicas a él lo que conduce obviamente a plantear también su responsabilidad a través de un enfoque diferente"*.

²⁰¹FERRAND, M. R. **Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional**. 2. ed. act. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1991. p. 14-15.

social".²⁰² O que significa que o Estado, mesmo possuindo esse dever, não corresponde às expectativas.

Nesse sentido, FREITAS, tratando da democratização do direito do Estado como fator influenciador da responsabilidade, assevera que mesmo o Estado "diante do processo contínuo e interminável da democratização, diminui-se perante o cidadão comum, reduzindo suas diferenças. Isso significa, para o Estado, uma diminuição de sua carga de responsabilidade objetiva que, muito pelo contrário, continua em ascensão".²⁰³

Na esteira dessa tendência, BACELLAR FILHO bem defende essa ideia, "por ser o Estado sujeito de direitos e obrigações, este é plenamente responsável, na exata concepção jurídica da palavra, o que implica o Dever-Poder de reparação em caso de dano, desde que configurado o nexó lógico entre o prejuízo e a atuação do ente estatal".²⁰⁴

Verifica-se que a Responsabilidade civil extracontratual do Estado é decorrência do próprio regime jurídico administrativo, que depreende a "impossibilidade de sua atuação divorciada dos cânones deste, em especial dos princípios que orientam e submetem a ação do Estado, em atenção ao fato de que o poder emana do povo e em

²⁰²DIAS, J. de A. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v.2, p. 579.

²⁰³FREITAS, S. H. Z., op. cit., p. 366-367. "Questiona-se então: Como isso pode ocorrer? É fácil, o Estado tenta melhorar, organizar-se, dividindo sua responsabilidade objetiva com empresas privadas, detentoras, agora, de atividades antes exclusivas da Administração Pública, passando também a responder objetivamente por lesões a terceiros. A grosso modo de interpretar, o Estado terceiriza atividades públicas, mas não deixa de responder solidariamente por atos lesivos das empresas privadas na prestação dos serviços públicos. Conclui-se que o Estado passaria a ser um ente controlador/fiscalizador das prestações públicas da iniciativa privada. E é, o que de certa forma vem acontecendo quando das privatizações. De uma forma ou de outra, o melhor caminho é a conscientização geral, em busca de um fim comum, que contribuirá, cada vez mais, para uma melhor prestação do serviço público, seja de quem provenha".

²⁰⁴BACELLAR FILHO, R. F. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, n. 6, p. 15, 2000.

proveito dele deve ser exercido, sem arbitrariedades ou desigualdades na repartição dos direitos e encargos sociais".²⁰⁵

Com isso surge uma nova acepção de Estado democrático de direito que permitiu, por assim dizer, *prima facie*, uma democracia mais plena, dentro do binômio poder-dever estatal. Nas lições de FRIEDE,

somente nas últimas décadas, todavia, parte da doutrina acabou por despertar para o fato incontestado de que mesmo na plenitude do chamado Estado Democrático de Direito, com todas as suas caracterizações, e em sua concepção anteriormente descrita, a democracia poderia ainda não se efetivar plenamente, considerando, sobretudo, que no regime democrático também se exige, por parte do Estado, além de todos os elementos já mencionados, insuperável *ação comissiva* dentro do contexto do binômio *poder-dever* que condiciona a atuação estatal no âmbito maior da promoção concreta do *império da lei* (e), conseqüentemente, da *ordem jurídica* derivada.²⁰⁶

LANDI, POTENZA e ITALIA referem bem esse *dever* de ressarcimento do dano, visto que a responsabilidade da Administração Pública é resolvida pelo dever de ressarcimento do prejuízo. Dito de outra forma, na obrigação de corresponder ao sujeito lesado o equivalente econômico pelo dano sofrido, estimado em moeda. Os danos pelos quais é aceito o ressarcimento são os patrimoniais.²⁰⁷

KELSEN na sua clássica obra *Teoria Pura do Direito* já fazia referência aos deveres do Estado, contrapondo-os aos direitos e

²⁰⁵BACELLAR FILHO, R. F. Responsabilidade civil ..., p. 17.

²⁰⁶FRIEDE, R. **Lições objetivas de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 23-24. Da mesma forma: FRIEDE, R. Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 184.

²⁰⁷LANDI, G; POTENZA, G; ITALIA, V. **Manuale di Diritto amministrativo**. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 308. Tradução livre de: "*La responsabilità della pubblica amministrazione si risolve nel dovere di risarcimento del danno, cioè nell'obbligo di corrispondere al soggetto leso l'equivalente economico - stimato in moneta - del danno sofferto. I danni dei quali è ammesso in via generale il risarcimento son quelli patrimoniali*".

liberdades fundamentais dos indivíduos. Assim, o dever do Estado de respeitar – igualdade e liberdade – é uma exigência ético-política da garantia constitucional, atribuindo-se ao Estado "um dever e a conduta que representa o seu cumprimento sem que também se lhe atribua a violação do dever" ou responsabilidade jurídica.²⁰⁸

Pela própria natureza e funções que lhe são concedidas, o Estado, por sua atuação, está na iminência sempre constante de causar dano ao patrimônio de outrem. Por conta dessa constatação surge, para ele (Estado), o dever jurídico de oferecer uma resposta. E é essa abordagem da atuação do Estado e o dever de oferecer uma resposta, que serve de elo com a responsabilização.

Referências

ALEXY, R. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 17, p. 274. 1999.

_____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p. 203-214, 1999.

ALTHUSSER, L. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. 7. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985. p. 16-62.

ARGÜELLO, K. S. C. **O Ícaro da modernidade**: direito e política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997. p. 84-90.

AZAMBUJA, D. **Teoria geral do Estado**. 41. ed. São Paulo: Globo, 2001.

²⁰⁸KELSEN, **Teoria pura ...**, p. 334-341. "O Estado pessoa jurídica pode, de acordo com o uso lingüístico dominante, praticar um ilícito, não cumprindo uma obrigação de prestar que lhe é imposta pela ordem jurídica estadual e, portanto, violando esse seu **dever de prestação**; mas a execução forçada do patrimônio do Estado, que a ordem jurídica estadual liga a este ilícito do Estado como sanção, não é interpretada como sendo dirigida contra a pessoa do Estado. Quer dizer que o Estado responde pelo ilícito que lhe é atribuído, não com a sua pessoa, mas apenas com o seu patrimônio; enquanto que o órgão que se conduz contrariamente ao dever responde com a sua pessoa por este ilícito do Estado".

BACELLAR FILHO, R. F. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, n. 6, p. 15, 2000.

_____. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BADURA, P. Limiti a alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, n. 1, p. 106, 1984.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. t.I, 4. ed. Buenos Aires: [s. n.], 1947. v. 1.

BOBBIO, N. **Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. (Trad. Marco Aurélio Nogueira). 10 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

_____. **A era dos direitos**. (Trad. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. Trad. Carmem C. Varrialle e outros. 8. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1995.

BOBBIO, N.; PONTARA, G.; VECA, S. **Crisis de la democracia**. Barcelona: Ariel, 1985.

BONAVIDES, P. **Teoria do Estado**. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

BRUNINI, W. Z. **Da responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 198.

CANOTILHO, J.J. G. **Direito Constitucional**. 3. ed. reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

- _____. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos.** Coimbra: Livraria Almedina, 1974.
- CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Constituição da República portuguesa.** 3.ed. anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CARNOY, M. **Estado e teoria política.** (Trad. pela equipe de Tradutores do Instituto de Letras da PUC-Campinas). 10 ed. São Paulo: Papyrus, 2004. p. 93-104.
- CASSAGNE, J. C. **Derecho administrativo.** 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [1995].
- CAVALCANTI, A. **Responsabilidade civil do Estado.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. v.1, p. 69-98.
- CLÈVE, C. M. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988.**
- CRETILLA JR., J. **Comentários à Constituição de 1988.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 4, p. 2.287 (Arts. 23-37).
- COUTO E SILVA, A do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista de Direito Público,** São Paulo, n. 84, p. 46, out./dez. 1987.
- DALLARI, D. A. **Elementos de teoria geral do Estado.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. **O futuro do Estado.** São Paulo: Editora Moderna, 1980.
- DERGINT, A. do A. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- DIAS, J. de A. **Da responsabilidade civil.** 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v.2.
- DROMI, J. R. **Instituciones de Derecho Administrativo.** Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1973.

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

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

EHRlich, E. **Fundamentos da sociologia do Direito**. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Ed. da UnB, 1986.

FAURO, Raimundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Globo, 1997. v. 1.

FÉDER, J. **Estado sem poder**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERNÁNDEZ, T. R. La administración del Estado a lo largo del siglo XX. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 109, p. 14, ene./mar. 2001.

FERRAND, M. R. **Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional**. 2. ed. act. Montevideo: Fundación de cultura universitária, 1991.

FERREIRA FILHO, M. G. **Estado de direito e constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREITAS, S. H. Z. Responsabilidade patrimonial do Estado por ato administrativo. In: MOTTA, Carlos Pinto (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 120-121.

GENRO, T. Novo Estado para nova cidadania. **Revista de Direito**, Santa Cruz do Sul, n.9/10, p. 111, jan./dez. 1998.

GIGENA, J. I. A. **Responsabilidad del Estado**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1973.

GROPPALI, A. **Dottrina dello stato**. Milão: Giuffré, 1937.

HAURIOU, Maurice. **La teoría de la institución y de la fundación**. Buenos Aires: [s. n.], 1968.

HUTTON, W. **O Estado que temos hoje**. Brasília: Gráfica e Editora Positiva. Instituto Teotônio Vilela, 1998.

JELLINEK, G. **Allgemeine Staatslehre**. 2. ed. Trad. de Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970. Tradução de Teoría general del Estado.

JOUVENEL, B. de. **As origens do Estado moderno**: uma história das idéias políticas no século XIX. Trad. Mamede de S. Freitas. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

KELSEN, H. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Trad. de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do Direito**. (Trad. João Baptista Machado). 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KLOSS, E. S. **La responsabilidad de la administración de la justicia**. [S.l.: s. n., 197-].

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992

LEAL, R. G. **Teoria do Estado**: cidadania e poder político na modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Encantos e desencantos em Hobbes e Locke: a constituição antropofágica do espaço público. **Revista do Direito Santa Cruz do Sul**, 1996.

LEGAZ Y LACAMBRA, L. **Introducción a la ciência del Derecho**. Barcelona: [s. n.], 1942.

LIMA, R. C. **Conceito de pessoa jurídica**. [S.l.: s.n., 1910?]. Separata d' Estudos. [s/editora], [s/d].

LINARES, J. F. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1986.

LUÑO, A. E. P. **Derechos humanos**: Estado de derecho y constitucion. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MEDAUAR, O. **Direito administrativo moderno**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, O. B. de. **Princípios gerais de Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 2.

MEYRELLES, B. P. dos S. **Da validade dos atos administrativos e regulamentares**. Lisboa: [s. n.], 1921. v. 1.

MIAILLE, M. **Introdução crítica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1994.

MORAIS, J. L. B. de. Ainda Hobbes! **Revista Jurídica**, Frederico Westphalen-RS, ano 1, n.1, p. 61, set. 1999.

_____. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. O círculo de fogo: Estado democrático de Direito e neoliberalismo no Brasil: algumas interrogações. **Revista Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 2, p. 90, dez. 1994.

MORAES, M. C. **O paradigma educacional emergente**. 6. ed. Campinas: Papirus, 1997.

MOREIRA NETO, D. de F. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

NOBRE JUNIOR, E. P. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, p. 239, jan./mar. 2000.

NOVAIS, J. R. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 1987.

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

PAUPÉRIO, A. M. **Teoria geral do Estado**: direito político. 8. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

PEÑA MORAES, G. B. **Dos Direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria: parte geral. São Paulo: LTr, 1997.

REALE, M. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

- ROMANO, S. **Princípios de direito constitucional geral**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- SARLET, I. W. **A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SEVERO DA ROCHA, L. **A democracia em Rui Barbosa: o projeto político liberal-racional**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.
- SCANTIMBURGO, J. de. **História do liberalismo no Brasil**. São Paulo: LTr, 1996.
- SORMAN, G. **O Estado mínimo: L'État minimum**. Trad. Alexandre Damian Guasti. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1988.
- SORMAN, G. **O Estado mínimo: L'État minimum**. Trad. Alexandre Damian Guasti. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1988.
- SUNDFELD, C. A. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992.
- VERONESE, O. **Constituição reformar para que(m)?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- WEFFORT, F. C. **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau**. 6. ed. São Paulo: Ática, 1995.
- WEISSHEIMER, M. A. Será o Estado um guarda de trânsito? **Zero Hora**, Porto Alegre, 29 jul. 2000. Caderno de Cultura, n. 2.
- WOLKMER, A. C. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: S. Fabris, 1990.
- ZIPPELLIUS, R. **Teoria geral do Estado**. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho; Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.