



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAMILA MILENE SOARES DANTAS MAGALHÃES

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS
LEGISLATIVOS INCONSTITUCIONAIS

Salvador
2013

CAMILA MILENE SOARES DANTAS MAGALHÃES

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS
LEGISLATIVOS INCONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO**CAMILA MILENE SOARES DANTAS MAGALHÃES****RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS
LEGISLATIVOS INCONSTITUCIONAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

RESUMO

Diante dos influxos sociais e com base em uma perspectiva contemporânea, verifica-se que a afirmação da responsabilidade civil do Estado Legislador se constitui em relevante instrumento de defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos em face do poder arbitrário estatal. O objetivo central do presente estudo consiste em delimitar os contornos do instituto da responsabilidade do Estado por atos legislativos inconstitucionais, mediante a abordagem dos pressupostos, espécies e das etapas percorridas no processo evolutivo, com o fito de conferir uma sistematização ao tema proposto. Além disso, se busca proporcionar um exame crítico acerca do assunto, consubstanciado através da exposição das controvérsias que envolvem a problemática e da demonstração das eventuais incongruências em relação aos argumentos invocados em defesa da irresponsabilidade estatal. Por fim, o trabalho em foco pretende realçar a importância da vinculação do legislador aos preceitos constitucionais, tendo em vista que o desrespeito à Lei Fundamental importa na configuração de um ato ilícito sujeito a responsabilização.

Palavras-chave: responsabilidade do Estado; atos legislativos; inconstitucionalidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	12
2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: NOÇÕES GERAIS	12
2.1.1 Elementos	13
2.1.1.1 Conduta	13
2.1.1.2 Dano	17
2.1.1.3 Nexo de causalidade	19
2.1.1.3.1 <i>Teoria da equivalência dos antecedentes</i>	20
2.1.1.3.2 <i>Teoria da causalidade adequada</i>	21
2.1.1.3.3 <i>Teoria da causalidade direta e imediata</i>	22
2.1.2 Excludentes de responsabilidade civil	23
2.1.3 Responsabilidade contratual x responsabilidade extracontratual	24
2.1.4 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva	25
2.2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO	26
2.2.1 Evolução histórica da responsabilidade estatal	26
2.2.1.1 Fase da Irresponsabilidade	27
2.2.1.2 Fase civilista ou da responsabilidade subjetiva	28
2.2.1.3 Fase Publicista ou objetiva	29
2.2.2 Evolução constitucional e legislativa da responsabilidade do Estado no direito brasileiro	31
2.2.3 Atos estatais sujeitos à responsabilização	32
3 FUNÇÃO DE LEGISLAR E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	35
3.1 PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS	38
3.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	40
3.2.1 Modelos de controle de constitucionalidade	42
3.2.2 Fenômeno da inconstitucionalidade	45
3.2.3 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade	49
3.2.3.1 Efeitos objetivos	49
3.2.3.2 Efeitos temporais	50
3.2.3.3 Efeitos subjetivos	52

4 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO LEGISLADOR	56
4.1 OBSTÁCULOS À IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO DESEMPENHO DA FUNÇÃO LEGIFERANTE	57
4.1.1 A compreensão da lei como expressão da soberania estatal	58
4.1.2 A lei como ato dotado de generalidade, abstração, impessoalidade e capacidade de inovar na ordem jurídica	60
4.1.3 A representatividade política do Poder Legislativo e a imunidade material	63
4.2 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS INCONSTITUCIONAIS	66
4.2.1 Fundamentos para a afirmação da responsabilidade do Estado em decorrência da edição de leis inconstitucionais	66
4.2.2 Elementos: conduta, dano e nexos causal	70
4.2.3 Controle concentrado x Controle Difuso	71
4.2.4 A responsabilidade civil estatal e a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade	74
5 CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	83

1 INTRODUÇÃO

O Poder Legislativo encontra-se calcado na idéia de representatividade política e no princípio constitucional da separação dos poderes, de modo a constituir premissa fundamental na concretização do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, compete ao referido órgão constitucional exercer precipuamente a função de guardião da vontade soberana e autêntica do povo, manifestada através da elaboração de atos normativos gerais, abstratos, impessoais e que inovam no ordenamento jurídico de uma dada sociedade, sem prejuízo do desempenho de outras funções constitucionalmente estabelecidas, que são denominadas atípicas.

Ocorre que, hodiernamente, o que se verifica é que o regime democrático brasileiro enfrenta um cenário de crise no sistema representativo, em virtude do desprestígio decorrente de uma desenfreada produção legislativa, cujo objetivo reside apenas em oferecer uma pronta resposta às pressões governamentais momentâneas.

Nesta perspectiva, no processo de elaboração das leis, às vezes, são sobrepostos indisfarçados objetivos políticos em detrimento do real interesse da população, relegando a finalidade da atividade legislativa a segundo plano.

Decerto, a edição de leis em estrita conformidade com a Lei Fundamental por si só não acarreta danos indenizáveis aos administrados, ao revés, corresponde ao verdadeiro dever jurídico a ser cumprido pelo legislador.

No entanto, este poder-dever estatal não pode ser realizado de forma imoderada e ilimitada, tendo em vista que a nova conjuntura pressupõe a vinculação de todos os poderes integrantes da estrutura orgânica do Estado à Constituição.

Portanto, é evidente que a produção de atos normativos incompatíveis com os parâmetros constitucionais revela uma conduta ilegítima do legislador, uma vez que o órgão legislativo é um poder constituído e se encontra plenamente adstrito aos preceitos constitucionais.

Dessa forma, se o parlamentar excede os limites impostos pela Carta Magna no desempenho da sua atividade funcional há a configuração de um ato ilícito imputável diretamente ao ente estatal, suscetível de ensejar a responsabilização da respectiva pessoa jurídica pelos danos emergentes da prática da ilicitude.

Neste diapasão, consigne-se que a Constituição Federal de 1988 assentou a tese de responsabilidade objetiva do Estado, com fundamento na teoria do risco administrativo, pelos comportamentos praticados pelos agentes públicos, nessa qualidade, quando danosos a terceiros.

Diante deste contexto e de uma abordagem contemporânea, conclui-se que a consagração da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos inconstitucionais constitui-se em imprescindível mecanismo de defesa dos direitos fundamentais do indivíduo face ao poder público, pois implica limitações ao poder arbitrário estatal.

Por outro lado, representa também um controle social em busca da eficiência e moderação no exercício do múnus público, além de apresentar um cunho educativo ao desmotivar socialmente a ação lesiva, notadamente em relação ao exercício da função de legislar.

Por conseguinte, os danos oriundos da atividade legiferante não podem ficar à margem de indenização, tendo em vista a preocupação prioritária com o ressarcimento da vítima, para que esta não fique desprotegida e seja possível a restauração do equilíbrio social que foi rompido pela ocorrência do evento lesivo.

Não obstante, não se olvide que é preciso sopesar o arbítrio estatal e o risco de excessivo controle sobre a atuação do Poder Legislativo, para que não seja inviabilizada a independência e harmonia entre os poderes internos do Estado.

Ademais, cumpre destacar que tal instituto de responsabilização estatal inspira-se no sentimento de justiça, com base no princípio da isonomia, posto ser irrazoável que os ônus sejam suportados por apenas parte da sociedade.

Com isso, a importância do tema proposto é inegável, porque diante da complexidade das relações sociais e da atuação estatal cada vez mais intervencionista, ocasionada pela mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado de Direito, o ente público se tornou um dos potenciais causadores de danos injustos à população.

Nesse sentido, dada a relevância da cláusula geral da responsabilidade civil estatal na concretização dos princípios gerais do direito, constata-se a essencialidade em delimitar os contornos e definição do alcance do seu conteúdo normativo.

Isto porque o grau de indeterminação da norma exige uma função interpretativa capaz de reconhecer a cada momento histórico as inovações do direito legislado e as aspirações sociais,

em compatibilidade com as premissas constitucionais, para resguardar as pessoas dos danos sofridos.

Enfim, independentemente de um juízo de valor sobre a pertinência ou não da responsabilização do Estado legislador, há a necessidade fática de afastar a insegurança jurídica gerada pelas alterações normativas que desrespeitam as premissas constitucionais e provocam interferências na esfera individual dos administrados.

Neste contexto, o presente estudo pretende conferir um substrato teórico ao tema proposto e uma análise crítica do assunto, com vistas a que a matéria venha a ser amplamente discutida pela sociedade, diante de sua importância na construção de uma ordem socialmente menos injusta, mesmo porque ainda se verifica um tratamento jurídico incipiente desta problemática.

Para melhor compreensão do trabalho, buscar-se-á no primeiro capítulo sistematizar brevemente os aspectos da teoria geral, englobando desde a delimitação do conceito, características, pressupostos, até as espécies do gênero responsabilidade civil.

Além disso, proceder-se-á também a uma abordagem pormenorizada das peculiaridades no âmbito da responsabilidade do Estado, em consonância com as regras do Direito público, inclusive com a exposição das várias etapas percorridas no processo evolutivo, quais sejam: a fase da irresponsabilidade estatal, perpassando pela fase civilista até alcançar a fase da responsabilidade objetiva pautada no risco administrativo.

No segundo capítulo serão apreciados os aspectos que envolvem a função de legislar e as implicações lógicas decorrentes da consagração da teoria da separação dos poderes na concepção do Estado de Direito, perpassando pela evolução do conceito de lei.

Ademais, se analisará as características do controle de constitucionalidade no Brasil e o fenômeno da inconstitucionalidade, com o fito de se permitir cogitar a possibilidade de aplicabilidade do instituto da responsabilização do Estado Legislador.

No terceiro capítulo, mostrar-se-á os principais argumentos contrários à aceitação da responsabilidade estatal por atos legislativos, de modo a evidenciar a existência de controvérsias doutrinárias acerca do assunto e possibilitar a construção de um pensamento crítico. Além disso, ainda serão apreciados os fundamentos favoráveis ao reconhecimento da obrigação de indenizar imputável ao Estado Legislador.

Por fim, este trabalho propõe uma análise crítica das principais questões controvertidas que envolvem a discussão, bem assim objetiva oportunizar um vislumbre sistemático do instituto

da responsabilidade extracontratual do Estado por atos legislativos declarados inconstitucionais, razão pela qual se utilizou para o aprofundamento do estudo uma abordagem teórica aliada à exposição das soluções oferecidas pela jurisprudência pátria às dificuldades inerentes à temática.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Para que se possa compreender as peculiaridades da responsabilidade civil estatal, submetida a regras específicas do direito público, e sua forma de aplicação no sistema jurídico vigente, objetivando a concretização dos princípios gerais do Direito, é necessário sistematizar brevemente os contornos da teoria geral do instituto, delimitando-se, a priori, o conceito, as características, pressupostos, e espécies do gênero responsabilidade civil.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: NOÇÕES GERAIS

A etimologia do termo responsabilidade advém do vocábulo latino *respondere*, que compreende a noção de “responder a algo”.

Assim, responsabilidade, em sentido amplo, exprime a idéia de uma consequência decorrente do descumprimento de um dever jurídico, independente da ramificação do direito ao qual se refere.

Malgrado a responsabilidade seja uma fonte obrigacional, não há que a confundir com a obrigação primária estipulada pelo sistema normativo, como explica Sérgio Cavalieri Filho¹, pois a primeira é resultante do inadimplemento da segunda.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho² sustenta a existência de dois tipos de dever jurídico: um denominado de originário ou primário, consubstanciado em uma conduta positiva ou negativa imposta pela ordem jurídica, cuja violação gera outro dever jurídico, o sucessivo ou secundário, consistente este último no dever de recompor o prejuízo causado pelo inadimplemento da obrigação.

Na acepção jurídica do termo, então, conceitua-se como a obrigatoriedade de reparação de danos em virtude de lesões causadas a outrem, sejam de cunho moral ou patrimonial.

Tal concepção fundamenta-se diretamente no brocardo *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, cuja tradução significa “viver honestamente, não lesar a outrem, e dar a

¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, p. 2

² *Ibidem*, p. 2.

cada um o que é seu”, conforme assevera Rui Stoco³.

2.1.1 Elementos

Inicialmente, registre-se que há divergência doutrinária acerca da definição dos pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil, sobretudo no que toca à questão da existência de culpa na conduta antijurídica.

Embora subsista controvérsia a este respeito, filiamo-nos à vertente defendida por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁴, no qual se sustenta que a responsabilidade é composta por três elementos essenciais: conduta, nexo de causalidade e dano.

Em contraposição a esta corrente, a título exemplificativo, convém ressaltar o entendimento de Rui Stoco⁵, segundo o qual a culpabilidade constitui requisito fundamental para a configuração do dever de reparação.

Em que pese posicionamentos em contrário, há de se analisar, cuidadosamente, cada um dos pressupostos essenciais supracitados.

2.1.1.1 Conduta

A conduta diz respeito ao comportamento humano volitivo contrário ao Direito, determinado pelo elemento anímico subjetivo, podendo manifestar-se através de uma ação (conduta positiva ou comissiva) ou omissão (conduta negativa ou omissiva).

A conduta positiva é verificada quando o sujeito pratica determinado ato e viola o dever geral de abstenção que lhe era exigido. Enquanto que a conduta negativa diz respeito à violação do dever jurídico de agir imposto ao indivíduo, uma vez que o mesmo se omite e nada faz para impedir a ocorrência do dano sofrido pelo lesado.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, a conduta consiste no “[...] ato humano, comissivo ou

³ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 8 ed., revista, atualizada e ampliada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 135.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66-67.

⁵ STOCO, Rui. *Op cit.*, 2011, p. 155.

omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”⁶.

É importante ressaltar que a conduta é um ato voluntário, porque constituída pela vontade, no entanto não se confunde com a intenção em produzir o evento danoso, visto que esta discussão é relativa à verificação da culpa ou dolo.

Por outro lado, consigne-se que a culpa em sentido amplo não integra a essência da responsabilidade civil. Pois, consoante preleciona Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁷, a culpabilidade *lato sensu* constitui meramente elemento subjetivo acidental que qualifica a conduta, e não pressuposto básico da responsabilidade civil, por não possuir cunho de generalidade, eis que exigida apenas para a configuração da responsabilidade subjetiva, consagrada no artigo 186⁸ cumulado com o artigo 927⁹, ambos do Código Civil de 2002.

A legislação não estabeleceu a definição e nem a distinção entre culpa *stricto sensu* e dolo, que são as formas pelas quais a culpa *lato sensu* se apresenta. Em razão disso, ambos podem materializar o ato ilícito, bem como a responsabilização será equivalente para o infrator, independente da qualificação da conduta.

Ademais, evidencia-se que nas duas hipóteses há a previsibilidade. Não obstante, a culpa em sentido estrito ocorre quando o agente atua com a inobservância do dever objetivo de cuidado, sem a devida diligência, atenção ou cautela, alcançando um resultado danoso não pretendido.

Cumprido salientar que o padrão socialmente adequado utilizado para avaliar o juízo de reprovabilidade da conduta do ofensor é o homem médio, denominado por Anderson Schreiber¹⁰ de parâmetro abstrato de comportamento.

Nesta senda, leciona o referido autor¹¹:

Sob tal designação, a culpa passou a ser entendida como “erro de conduta”,

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 25 ed., Volume 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56.

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66-67.

⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 35.

¹¹ *Ibidem*, p. 35.

apreciado não em concreto, com base nas condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação com um modelo geral de comportamento.

Anderson Schreiber¹² assevera, ainda, que a técnica de verificação em abstrato da culpabilidade é insuficiente, porque há um certo subjetivismo do julgador ao definir o padrão de comportamento a ser adotado pelo homem médio, desprezando a pluralidade de fatores culturais que envolvem a situação fática.

Dessa forma, o citado doutrinador defende a aplicação da idéia de fragmentação do modelo de conduta, de modo a se proceder, além da aferição *in abstracto*, a uma análise das circunstâncias específicas e concretas, de acordo com a formação socioeconômica do agente, estabelecendo-se diversos parâmetros de comportamento diligente¹³.

Nessa ordem, constata-se que o método de aferição da culpabilidade pauta-se no exercício de comparação com a conduta esperada do homem prudente. Assim, comprovado que o autor do dano não empregou a diligência social média, incorrendo em imprudência, negligência ou imperícia, caracteriza-se a conduta culposa.

Muito embora o art. 186 do Código Civil de 2002 não tenha explicitamente feito menção à imperícia, doutrinariamente entende-se que esta consiste em hipótese de conduta culposa, de maneira que a culpa *stricto sensu* se subdivide em três modalidades: imperícia, negligência e imprudência.

A imprudência revela a falta de cautela na conduta positiva praticada pelo agente. O mesmo descaso se verifica na negligência, mas esta é referente a uma conduta negativa do sujeito, eis que deveria fazer algo e não o fez. Ou seja, nas duas situações o indivíduo age fora do comportamento esperado ou adequado, no entanto na imprudência há uma conduta comissiva, um *facere*, e na negligência há uma conduta omissiva, *non facere quod debeat*.

Já a imperícia significa a ausência de habilidade no desempenho de uma atividade técnica ou utilização inadequada de determinado conhecimento, podendo derivar tanto de uma ação quanto de uma omissão.

Em suma, a culpa em sentido estrito trata de um erro inescusável, posto que exigível comportamento distinto. Por conseguinte, o erro desculpável não qualifica a atuação como

¹² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 39-41.

¹³ *Ibidem*, p. 41-42.

culposa, na precisa lição de Rui Stoco¹⁴.

De outro turno, o dolo comporta a intenção e vontade direcionada à obtenção do prejuízo. Como aponta Carlos Roberto Gonçalves¹⁵ “dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico”.

Em síntese, na culpa *stricto sensu* há a ausência da intenção de prejudicar, ao revés do dolo em que o sujeito age intencionalmente ou assume o risco de produzir o resultado lesivo.

Em vista dos argumentos apresentados anteriormente, adentrando no específico âmbito estatal, é certo que o Estado é uma entidade personalizada detentora de direitos e obrigações, constituindo-se em pessoa jurídica de direito público interno.

Entretanto, para atingir os fins institucionais, o ente público se utiliza de uma distribuição de atribuições entre seus agentes, pessoas físicas, que atuam representando a vontade estatal. Portanto, a responsabilização estatal ocorre de forma indireta, em virtude de provir de atos de terceiros.

Diante disso, o poder público, tanto no âmbito do Legislativo, quanto do Executivo ou do Judiciário, é responsável pelos danos originados de ações ou omissões dos seus agentes no desempenho funcional, abarcando atos lícitos ou ilícitos. Todavia, a ausência de qualquer ato que possa ser imputável a um agente público, atuando nesta qualidade, implica a inexistência da obrigação de indenizar.

Celso Antônio Bandeira de Melo¹⁶ discrimina as hipóteses que podem servir como fatos geradores do dever de ressarcimento pelo poder público, quais sejam: conduta positiva, em que o dano é causado diretamente pela atividade estatal; conduta negativa, consubstanciada na falta de serviço, oriundo do não funcionamento, funcionamento tardio ou execução de modo insuficiente para evitar a lesão (nessa situação o comportamento de outrem que gera o dano, porém porque houve a inércia do Estado para impedir o evento); por fim, casos em que inexistente atuação lesiva da entidade de maneira imediata, mas o risco da atividade propicia mediatamente a produção do prejuízo.

Por outro lado, importa destacar que a responsabilidade do Estado, em regra, baseia-se na

¹⁴ A propósito, confira-se o que afirma Rui Stoco: “Cuidando-se de erro escusável e plenamente justificável pelas circunstâncias, não há falar em culpa *stricto sensu*”. (STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed., revista, atualizada e ampliada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 154).

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 66.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011, São Paulo: Ed. Malheiros, 2012, p. 1026-1027.

doutrina objetiva, prescindindo de demonstração da culpa para sua configuração, conforme será exposto adiante.

Não obstante, em relação à conduta omissiva do poder público, a jurisprudência vem firmando o posicionamento de que é aplicável a teoria subjetiva, hipótese em que se afigura relevante a comprovação da culpabilidade do infrator.

Da mesma forma ocorre nas ações regressivas do Estado em face do causador direto do dano, visto que existem duas relações jurídicas diversas: a primeira do particular em face do Estado e a segunda do Estado perante o respectivo preposto.

Nesses casos, em que o agente público é chamado a ressarcir o erário pelos ônus advindos de condenação em decorrência de seus atos executados, constata-se que o sujeito passivo responde subjetivamente, sendo indispensável provar a existência de conduta culposa ou dolosa.

2.1.1.2 Dano

O segundo pressuposto da responsabilidade civil é o dano, cuja efetiva comprovação é requisito indispensável para o pleito indenizatório.

Este elemento consiste no prejuízo resultante da conduta lesiva a um direito ou bem jurídico, podendo ser de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, isto é, há a dicotomia entre dano material e dano moral.

O dano material é aquele apreciável economicamente, podendo ser classificado como dano emergente ou lucro cessante.

O dano emergente representa efeitos diretos e imediatos, tendo em vista que há uma efetiva redução no patrimônio sofrido pela vítima, como bem ponderou Sérgio Cavalieri Filho¹⁷.

Já o lucro cessante compreende os ganhos frustrados pelo evento danoso que o lesado receberia em condições de normalidade. Aguiar Dias¹⁸ reforça esta idéia ao pontificar que os lucros cessantes envolvem efeitos futuros, no qual impedem ou reduzem o patrimônio que seria adquirido pelo sujeito.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, p. 74.

¹⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed., revisada, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 977.

De outra parte, o dano moral é extrapatrimonial, não passível de apreciação pecuniária. Baseia-se no sofrimento presumido da vítima decorrente da violação de sua esfera jurídica e se relaciona com a ofensa a direitos da personalidade.

É importante registrar o uníssono entendimento doutrinário no sentido de que o mero aborrecimento ou indignação, que não ultrapassa a esfera de simples dissabor do cotidiano, é insuficiente para ensejar a pretensão ressarcitória por dano moral¹⁹.

É de se ponderar, ainda, que Maria Celina Bodin de Moraes²⁰ elenca alguns aspectos que evidenciam as substanciais diferenças entre o dano moral e o dano material, quais sejam: a identificação, os critérios de reparação e a forma de liquidação.

O critério de identificação refere-se à questão do ônus probatório do dano moral. Isso porque o dano moral é verificado *in re ipsa*, de maneira que basta a comprovação da violação ao direito personalíssimo. Isto é, não é necessária a demonstração do sofrimento da pessoa, eis que já presumido pelo próprio fato, o que o difere do dano patrimonial, para o qual é preciso a efetiva prova do prejuízo suportado.

Outro aspecto a ser analisado é quanto aos critérios de reparação. A indenização por dano material é medida em razão da sua extensão, a teor da previsão do art. 944, CC/02²¹, sendo irrelevante a intensidade da culpa do ofensor na sua estipulação, salvo na situação de culpa concorrente.

Contudo, o dano moral envolve a análise da reprovação da atuação, da repercussão social do fato, além das condições econômicas dos envolvidos, para fins de fixação do *quantum debeatur*.

Ademais, o dano material pode ser reparado integralmente, através da restituição do estado anterior à lesão, ou ser convertido em perdas e danos. Entretanto, o dano moral não pode ser considerado nos mesmos moldes das obrigações patrimoniais, haja vista a impossibilidade de retornar ao *status quo ante*. Assim, não há que se falar em indenização do dano moral, mas

¹⁹ Nesse sentido, entre outros, Sérgio Cavaliere Filho: "Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não entende, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizá-los pelos mais triviais aborrecimentos." (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A, 2008, p. 83-84).

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma perspectiva civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 158.

²¹ Art. 944, CC. A indenização mede-se pela extensão do dano. [...]

sim em compensação financeira do ofendido objetivando amenizar o abalo psicológico por ele experimentado.

Por fim, quanto ao critério de liquidação, é cediço que o dano moral também se distingue do dano patrimonial por ser quantificado mediante arbitramento judicial, de acordo com o princípio da razoabilidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello²² acrescenta que nem todo dano produzido pelo poder público é indenizável, pois é preciso atender a determinados requisitos.

Esclarece o supracitado doutrinador²³ que o Estado responde tanto por danos morais quanto patrimoniais, no entanto é necessário que o gravame afronte um direito ou bem jurídico tutelado da vítima, bem como é exigida a certeza da lesão.

Evidencia, também, que nos atos estatais praticados legitimamente, além do dano ser certo e de representar a violação a um direito, é preciso observar os critérios de especialidade e anormalidade²⁴.

Sob este aspecto, ainda de acordo com os ensinamentos do mencionado autor, dano especial seria o ônus suportado por apenas um administrado ou alguns deles, de modo a não possuir o cunho genérico por não incidir indistintamente sobre toda a sociedade. E o dano anormal seria aquele que extrapola os pequenos gravames impostos à comunidade em geral e imprescindíveis para o convívio social²⁵.

2.1.1.3 Nexo de causalidade

O terceiro elemento básico da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, que significa a relação de causa e efeito entre o comportamento humano praticado e o dano produzido.

Este pressuposto é de fundamental importância no estudo da responsabilidade civil porque, ainda que exista a conduta do agente público e o prejuízo concreto do indivíduo, somente surge a obrigação de ressarcimento se entre eles há um vínculo direto, cumprindo ao ofendido prová-lo no decorrer da demanda indenizatória.

²² MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011, São Paulo: Ed. Malheiros, 2012, p. 1036.

²³ *Ibidem*, p. 1037-1038.

²⁴ *Ibidem*. p. 1039.

²⁵ *Ibidem*. p. 1039.

Gisela Sampaio da Cruz²⁶ pondera que o nexo causal exerce uma dupla função, pois permite a identificação do ofensor e a verificação da extensão do dano para fins de indenização.

Ocorre que a multiplicidade de causalidades que envolvem o fato lesivo torna complexa a delimitação do nexo causal, dificultando a tarefa de determinar a causa direta do evento lesivo e o respectivo responsável.

Por esta razão, diversas teorias surgiram ao longo do tempo na tentativa de explicar o nexo causal, dentre as quais se destacam: a teoria da equivalência dos antecedentes, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta e imediata.

Impende salientar que Rui Stoco²⁷ acrescentou ainda uma quarta teoria no que diz respeito ao âmbito de responsabilidade do Estado, qual seja a teoria da causalidade por omissão. Por esta vertente, a causa direta do dano decorre da omissão atribuída aos agentes públicos ou da ineficiência na prestação do serviço público.

2.1.1.3.1 Teoria da equivalência dos antecedentes

A teoria da equivalência dos antecedentes, também chamada de *conditio sine qua non*, foi pensada originariamente por Von Buri, como relata Caio Mário da Silva Pereira²⁸, e foi a vertente acolhida pelo Código Penal Brasileiro de 1940, nos termos do art. 13²⁹.

Para essa teoria as condições e as causas do evento danoso são consideradas a mesma coisa, não há uma diferenciação entre estes aspectos. Nas palavras de Gisela Sampaio da Cruz, “tanto as causas como as condições assumem, indistintamente, funções de concausas³⁰”.

Destarte, dentre os antecedentes do dano, todas as condições concorrentes à produção do resultado são equivalentes, possuindo o mesmo valor, independente da eficácia respectiva. Ou seja, mesmo as condições indiretas e remotas podem ser consideradas causa do resultado.

²⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22.

²⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 8 ed., revista, atualizada e ampliada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 179.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 13.

²⁹ Art. 13, CP - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

³⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39.

Neste diapasão, Rui Stoco³¹ adverte que é necessário proceder ao juízo de eliminação hipotética. Desse modo, supondo eliminar uma das condições antecedentes se o dano permanecer esta não será considerada a causa do evento, pois mesmo sem a sua ocorrência o resultado se confirmaria. Logo, será a causa aquela condição que, suprimida mentalmente do fato, conduz ao desaparecimento da lesão.

Essa corrente doutrinária é bastante criticada porque permite uma regressão *ad infinitum* na cadeia causal permitindo a responsabilização de qualquer agente que desta participou, como sustenta Sérgio Cavalieri Filho³².

2.1.1.3.2 Teoria da causalidade adequada

A origem dessa teoria remonta ao século XIX, mais precisamente ao ano de 1871, tendo sido primeiramente idealizada por Ludwing Von Bar e, posteriormente, aperfeiçoada por Von Kries em 1888, conforme informa Rui Stoco³³.

A teoria da causalidade adequada estabelece uma distinção entre causa e condição. Assim, nem toda condição concorrente para a obtenção do resultado será considerada causa do evento lesivo, apenas aquela necessária e adequada concretamente.

Essa corrente se aproxima da teoria da equivalência dos antecedentes na medida em que se deve proceder ao mesmo processo de eliminação hipotética. No entanto, se distingue da primeira porque apenas erige como causa do evento aquela que seja determinante para alcançar o resultado, em consonância com o que comumente ocorre na vida, sendo as demais circunstâncias dispensadas por serem inidôneas para tal fim.

Sob este aspecto, eis o que sustenta Caio Mário da Silva Pereira³⁴:

[...]Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, “no curso normal das coisas”, provoca um dano dessa natureza. [...]

³¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 8 ed., revista, atualizada e ampliada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 176.

³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010, p. 49.

³³ STOCO, Rui. *Op. cit.*, 2011, p. 177.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 79.

De fato, os adeptos desta teoria defendem a avaliação do nexo causal a partir do cotejo do ato praticado pelo ofensor segundo um juízo de probabilidade fundado na idéia do estado de normalidade das coisas.

Nesse particular, somente será causa aquela condição que se revelar apta a produzir o resultado diante da presença de fatores ordinários, que habitualmente acontecem no cotidiano. Por sua vez, se derivar de situações anormais não será considerada como causa apropriada a produzir o evento, constando como mera condição.

Não obstante os esforços dos seus defensores, a doutrina da causalidade adequada também restou bastante criticada em virtude da sua imprecisão na determinação do nexo causal, sob o argumento de que a utilização do juízo de probabilidade acerca do estado de normalidade traduz incerteza quanto à concreta causa do evento danoso.

2.1.1.3.3 Teoria da causalidade direta e imediata

Essa tese é mais objetiva em relação às teorias anteriores e surgiu visando solucionar a imprecisão das demais, haja vista que restringiu a imputabilidade da responsabilidade aos agentes provocadores dos acontecimentos vinculados diretamente ao dano.

De acordo com a teoria da causalidade direta e imediata, denominada de teoria da interrupção do nexo causal, a causa da produção do resultado danoso será a que se vincula diretamente ao prejuízo obtido, sendo irrelevantes as outras condições antecedentes, pois quanto a estas houve rompimento do nexo causal.

Sérgio Cavalieri Filho³⁵ esclarece que não significa a causa mais próxima cronologicamente, mas a que seja determinante.

Anderson Schreiber³⁶ aduz que, na sua concepção original essa tese estabelecia que os danos remotos ou indiretos seriam irressarcíveis, o que gerou problemas práticos. Assim, houve a flexibilização desta doutrina que culminou com o desenvolvimento de uma subteoria chamada de necessidade causal, segundo a qual excepcionalmente o dano indireto e remoto será indenizável, desde que inexista interferência de concausa sucessiva.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010, p. 52.

³⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 58.

Em conformidade com a linha de intelecção do Supremo Tribunal Federal, entende-se que o Código Civil ao tratar da responsabilidade contratual adotou a teoria da causalidade direta e imediata, a teor do art. 403³⁷ do mencionado diploma legal. Apesar deste dispositivo limitar expressamente o dever de reparação aos efeitos diretos e imediatos da inexecução contratual, o entendimento é de aplicação analógica também à responsabilidade extracontratual.

2.1.2 Excludentes de responsabilidade civil

Demais disso, há algumas causas que rompem o nexo causal e isenta o agente lesivo da imputação da responsabilidade, haja vista que a sua atuação não representa a causa do dano, e por isso são denominadas de excludentes da responsabilidade civil. As principais excludentes são: caso fortuito e força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

A legislação brasileira não diferenciou caso fortuito e força maior, disciplinados no art. 393, parágrafo único, do Código Civil de 2002³⁸.

Há divergência doutrinária acerca da definição. Dirley da Cunha Júnior³⁹ afirma que ambos se caracterizam pela imprevisibilidade, mas o caso fortuito refere-se a eventos naturais e a força maior deriva de acontecimentos humanos.

Com posicionamento diametralmente oposto, Maria Sylvia Zanella de Pietro⁴⁰ defende que o caso fortuito decorre de ato humano ou falha administrativa, enquanto que a força maior estaria relacionada com os fatos da natureza e quanto a esta não excluiria a obrigação de indenizar estatal.

Em suma, o caso fortuito caracteriza-se como o fato imprevisível, enquanto que na força maior o fato é inevitável, isto é, ainda que haja previsibilidade o agente nada pode fazer para evitar o seu acontecimento.

³⁷ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

³⁸ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

³⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed., revista, ampliada e atualizada. Ed. Jus Podivm, 2011, p. 345.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed., atualizada até a EC n° 62/09. São Paulo: Atlas, 2010.

A culpa exclusiva da vítima estabelece que o dano decorre de ato do próprio ofendido, assim por ser a causa única do resultado rompe a relação de causalidade com o ofensor. Contudo, a culpa da vítima também poderá ser concorrente, conforme disposto no art. 945, CC⁴¹. Nesse caso, o autor do fato não se eximirá do dever de ressarcimento, no entanto terá sua responsabilidade atenuada pela participação do ofendido.

O fato de terceiro encontra amparo no art. 930 do Código Civil⁴². Ocorre quando a conduta do terceiro faz da conduta do intermediário um instrumento para a produção do dano.

Dessa maneira o agente direto é apenas aparentemente responsável, no entanto ele figura somente como mero instrumento para o evento danoso, conforme define Carlos Roberto Gonçalves⁴³.

Quanto ao fato de terceiro, o nexo de causalidade é excluído em relação ao autor direto do dano. Todavia, esta excludente do nexo causal não o isenta da obrigação de indenizar, mas assegura o direito de regresso contra o terceiro que foi o verdadeiro responsável pelo prejuízo.

Observe-se resumidamente a precisa lição de Rui Stoco⁴⁴, quanto à esfera da responsabilidade pública:

Quando a causa do dano tenha origem no caso fortuito, na força maior, ou decorra de culpa exclusiva da vítima, o serviço público deixa de figurar como causa eficiente do resultado, convertendo-se em mera circunstância de fato, na consideração de que, neste caso, o vínculo de causa e efeito só poderá ser identificado nas forças controláveis da natureza ou na conduta temerária da própria vítima.

Portanto, conforme os ensinamentos do referido autor, denota-se que a ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima exime o ente público de responder pelos danos decorrentes.

2.1.3 Responsabilidade contratual x Responsabilidade extracontratual

Cabe destacar que o gênero responsabilidade civil abarca diversas espécies, podendo ser classificada como: contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva.

⁴¹ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

⁴² Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. [...]

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.849.

⁴⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 8 ed., revista, atualizada e ampliada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1144.

Cumpra observar que, em que pese a crítica dos adeptos da teoria unitária contra a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual, a doutrina, baseada na teoria dualista ou clássica, costuma dividir a responsabilidade civil nas duas espécies supramencionadas, a depender da natureza do dever jurídico violado.

A responsabilidade contratual pressupõe uma relação jurídica anterior entre as partes, pois deriva do descumprimento de um dever jurídico previsto no contrato, ou seja, por provir de um acordo de vontades configura o inadimplemento. Nesse caso, a culpa é presumida.

Por sua vez, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana não pressupõe um vínculo preexistente oriundo de negócios jurídicos, sendo decorrente tão somente de uma obrigação imposta pela própria lei ou ofensa ao dever geral de não lesar a ninguém, tradução do princípio do *neminem laedere*, conforme assinala Carlos Roberto Gonçalves⁴⁵, enquadrando-se aqui a responsabilização do Estado legislador.

2.1.4 Responsabilidade subjetiva e Responsabilidade objetiva

A responsabilidade civil pode ainda ser classificada como subjetiva ou objetiva, a depender da relevância da culpabilidade para a sua configuração.

A teoria subjetiva institui a culpa como pressuposto essencial da responsabilidade, sem a qual inexistente a obrigação de indenizar. Portanto, é imprescindível comprovar que a conduta do infrator foi dolosa ou que o mesmo agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

De outra parte, segundo a teoria objetiva, para caracterizar a responsabilidade é suficiente somente a comprovação da conduta, do dano e do nexo causal, prescindindo a demonstração da culpa. Dessa forma, apenas elide a obrigação de reparação a verificação de alguma excludente.

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu, em regra, a responsabilidade subjetiva, ao definir o ato ilícito em sentido estrito, a teor do artigo 186 cumulado com o artigo 927, ambos do Código Civil de 2002, como referido alhures.

Contudo, o Código Civil de 2002 estabeleceu também a cláusula geral da responsabilidade objetiva no art. 927, parágrafo único⁴⁶, comportando duas hipóteses: a responsabilidade

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.61.

⁴⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

objetiva em razão da atividade de risco e a responsabilidade *ex lege* ou por determinação legal.

Nessa direção, atualmente, o sistema jurídico brasileiro adota, em regra, a denominada teoria objetiva para caracterizar a responsabilidade civil do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, consoante preceitua o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988⁴⁷, praticamente reproduzido pelo art. 43 do CC/02⁴⁸.

Excepcionalmente, no que concerne aos danos oriundos de atos omissivos do poder público, admite-se a aplicação da doutrina subjetiva, com amparo na teoria da falta do serviço.

Nessa ordem, então, convém sistematizar que a responsabilidade estatal por atos legislativos classifica-se como: extracontratual, por não decorrer de um negócio jurídico; indireta, pois o ente público responde por atos praticados pelos seus agentes no desempenho da função institucional; e objetiva, por força de imposição legal, eis que independe da comprovação da culpa do ofensor.

2.2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O estudo da responsabilidade civil do Estado exige a observância de algumas considerações específicas necessárias ao entendimento da matéria, em virtude da influência das normas de direito público, que serão delineadas adiante.

2.2.1 Evolução histórica da responsabilidade estatal

A responsabilidade estatal passou por diversas transformações históricas percorrendo várias

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁴⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁴⁸ Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

etapas de um processo evolutivo. Procurar-se-á aqui, sinteticamente, apresentar as fases percorridas, desde a fase de uma teoria da irresponsabilidade estatal, perpassando pela fase civilista até alcançar a fase atual da teoria de responsabilização objetiva calcada no risco administrativo.

2.2.1.1 Fase da irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade do Estado alcançou seu apogeu durante o período do regime absolutista. Nessa época o monarca possuía amplos poderes e sua autoridade era absoluta, incontestável. Isso ocorria porque vigorava a concepção de inspiração divina, de que o poder emanava diretamente de Deus.

Destarte, o Estado não respondia pelos danos causados aos indivíduos por atos de seus agentes, isso por conta da regra da infalibilidade real, que está consubstanciada no princípio de que o rei não pode errar (the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire), conforme preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁹.

Esta doutrina pautava-se no princípio da soberania, de tal modo que prevalecia a idéia de que o Estado assumia uma posição superior hierarquicamente em relação ao súdito, razão pela qual sustentar a hipótese de responsabilizá-lo seria o mesmo que igualar os patamares existentes entre eles, o que era inconcebível.

Ademais, não se admitia que o Estado, enquanto criador do Direito, pudesse violar as normas elaboradas por si próprio, bem assim entendia-se que a atuação dos seus funcionários não era tida como representação da vontade estatal, eis que agiam em nome próprio, de forma que não poderia o Estado responder pela atuação de terceiros.

A propósito, vale transcrever os ensinamentos de Júlio César dos Santos Esteves⁵⁰: “sem vinculação às leis cuja elaboração lhe era atribuída, o soberano absolutista sobrepunha-se em nome do Estado, a qualquer outro poder, do que decorria a inexistência de responsabilidade”.

De fato, ao lesado remanescia, apenas, ingressar com ação ressarcitória em face do causador direto do dano, o funcionário público, mas nunca contra o ente estatal.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed., atualizada até a EC n° 62/09. São Paulo: Atlas, 2010, p. 644.

⁵⁰ ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003, p. 43-44.

Esta tese da irresponsabilidade ainda subsistiu após o declínio do Estado absoluto mantendo a aplicabilidade de seus postulados mesmo depois da eclosão da revolução francesa.

O Estado Liberal, baseado na idéia de individualismo econômico, de primazia da liberdade individual e da não intervenção estatal na economia, contribuiu para a perpetuação da tese da irresponsabilidade. Tinha como sustentáculo, nesse momento, o princípio da separação dos poderes, sob o argumento de que o reconhecimento da responsabilidade do ente político pelo órgão jurisdicional representaria uma quebra da independência entre os poderes estatais, conforme aponta Caio Mário da Silva Pereira⁵¹.

Consigne-se que esta corrente doutrinária foi totalmente superada, tendo sido substituída em 1947, na Inglaterra, por meio do Crown Proceeding Act, e em 1946, nos Estados Unidos, pelo Federal Tort Claim Act, como assinalado por Hely Lopes Meirelles⁵².

2.2.1.2 Fase civilista ou da responsabilidade subjetiva

Durante o século XX, após a superação da fase da irresponsabilidade estatal, admitiu-se a tese da responsabilidade subjetiva. Sendo assim, o Estado respondia pelos atos danosos a terceiros quando praticados pelos seus prepostos, porém era imprescindível a demonstração do elemento culpa.

A referida vertente apoiava-se nos princípios do direito civil, por isso ficou conhecida como fase civilista, além de que tal substrato teórico serviu de base para o Código Civil de 1916.

No primeiro momento surgiu a teoria dos atos de império e dos atos de gestão. Esta teoria estabelecia a distinção entre os atos exercidos pela Administração Pública, de modo que apenas quanto aos atos de gestão poderia haver a responsabilização civil.

Hely Lopes Meirelles⁵³ explica que os atos de império são unilaterais e coercitivos, no qual o poder público pratica impondo a sua supremacia em detrimento do administrado. Ou seja, tais atos são oriundos do exercício da soberania estatal, permanecendo quanto a estes a regra da irresponsabilidade, com regência pelas normas de direito público.

De outro turno, quanto aos atos de gestão, a administração os pratica em situação de igualdade

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 128.

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 656.

⁵³ *Ibidem*, p. 168-169.

com o particular, de modo que deve aplicar as mesmas regras do direito privado atinentes àqueles.

A propósito, cabe destacar os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁴, que esclarece:

Numa primeira fase, distinguiam-se, para fins de responsabilidade, os **atos de império** e os **atos de gestão**. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios da autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.

No entanto, esta teoria não se sustentou em virtude da dificuldade em identificar os mencionados atos, haja vista a tênue linha de distinção, o que muitas das vezes impossibilitava o ressarcimento da vítima.

Posteriormente, abandonou-se a dicotomia entre os atos de império e atos de gestão, progredindo para o desenvolvimento da teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva.

Nesse sentido, o Estado passou a ser responsável por qualquer dano causado ao particular, desde que o funcionário público incorresse em conduta dolosa ou caracterizada pela imprudência, negligência ou imperícia.

Essa tese tinha como fundamento a demonstração da culpabilidade individual do agente, aplicando-se a disciplina referente às hipóteses de mandato e representação.

2.2.1.3 Fase publicista ou objetiva

Com efeito, registre-se que a complexidade das relações humanas e a intensificação do desenvolvimento social ocasionou a multiplicação dos danos passíveis de ressarcimento, mormente no que diz respeito aos potenciais riscos da atividade estatal.

Diante desse contexto e da consagração do Estado de Direito, restou evidenciada a insuficiência da teoria subjetiva da responsabilidade civil para solucionar inúmeros casos de reparação e acalmar os anseios da coletividade, de maneira a impor a necessidade de mudança

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed., atualizada até a EC n° 62/09. São Paulo: Atlas, 2010, p. 644.

de paradigma.

Ocorre que a prova da culpa do indivíduo causador do dano revelava-se em diversas situações de difícil ou até mesmo impossível demonstração, de maneira que a vítima remanesca irressarcida.

Dessa forma, os contornos do instituto da responsabilidade civil passaram a ser moldados com a finalidade de evitar as dificuldades oriundas da prova diabólica da culpa do funcionário público, objetivando assegurar ao lesado o direito a alguma proteção, com inspiração no princípio da solidariedade social.

Assim teve origem o estágio evolutivo das teorias publicistas acerca da responsabilidade do Estado, mediante a elaboração da teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa e da teoria do risco administrativo ou da responsabilidade objetiva.

O marco primordial dessa fase publicista foi o julgamento pelo Tribunal de Conflitos do caso da menina Agnès Blanco, em 1873, que havia sido atingida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo na cidade de Bordeaux.

O pai da criança ajuizou ação indenizatória em face do Estado francês, no qual o Tribunal de Conflitos determinou, ante o conflito de atribuições entre a jurisdição comum e a administrativa, que a competência para processar e julgar a causa era do Tribunal administrativo por se tratar de dano gerado pelo funcionamento do serviço público. Na oportunidade, a jurisprudência francesa estabeleceu que a responsabilidade estatal não poderia ser regida pelos princípios do direito privado.

A partir deste momento histórico surgiu a teoria da culpa do serviço, culpa administrativa ou teoria do acidente administrativo. Essa corrente se consagrou através da doutrina de Paul Duez, como informa José dos Santos Carvalho Filho⁵⁵, e segundo os seus adeptos seria desnecessária a identificação do agente público causador do resultado lesivo, bem como a demonstração da culpa pessoal deste.

Instaura-se a idéia de culpa anônima ou falta do serviço, posto que o serviço público foi desempenhado abaixo dos padrões socialmente exigíveis gerando a produção do evento danoso.

A falta do serviço, portanto, se caracteriza quando inexistir a prestação do serviço público, consistente numa conduta omissiva, quando houver o funcionamento inadequado ou quando o

⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed., revista, ampliada e atualizada até 31/12/2009. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010, p. 596.

serviço for prestado atrasado.

Nessas hipóteses caberá ao ofendido o ônus de provar a falha administrativa na prestação do serviço público para ensejar a responsabilização do Estado por danos causados a terceiros.

Por fim, tendo em vista o princípio da socialização dos riscos e da repartição igualitária dos encargos, assentou-se a teoria da responsabilidade objetiva estatal, com fundamento no risco administrativo.

É de se ponderar que a teoria do risco administrativo sustenta a idéia de que por ter o ente estatal maiores poderes deverá este arcar com os riscos decorrentes de suas múltiplas atividades.

Dessa forma, as pessoas jurídicas de direito público, bem como as de direito privado prestadoras de serviços públicos, respondem pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, independente de culpa, desde que observados alguns requisitos, quais sejam: a ocorrência do dano, ação ou omissão atribuída ao Poder Público e a existência de nexo de causalidade entre o dano e a conduta estatal.

De acordo com esta visão é suficiente para ensejar a obrigação de indenizar ao ente público a comprovação do fato lesivo decorrente de sua conduta, prescindindo da demonstração da culpabilidade do seu preposto.

Essa teoria veio para solucionar os problemas de dificuldade na identificação do autor direto da lesão e da comprovação da culpa individual do mesmo, que na maioria das vezes obstava a reparação do dano, assim garantindo uma maior segurança à vítima na efetivação do seu direito.

Todavia, não se confunde com a teoria do risco integral, posto que o Estado pode eximir-se da imputação de responsabilidade se demonstrar a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

2.2.2 Evolução constitucional e legislativa da responsabilidade do Estado no direito brasileiro

A Constituição de 1934 estabeleceu a responsabilidade solidária entre o poder público e o

funcionário causador do resultado lesivo, nos termos do art. 171⁵⁶, dispositivo reproduzido posteriormente na Constituição de 1937, no artigo 158⁵⁷.

Todavia, o marco de adoção da teoria da responsabilidade objetiva estatal na ordem jurídica brasileira foi a Constituição de 1946, consoante a previsão do art. 194⁵⁸, apesar de restrita a imputação somente às pessoas jurídicas de direito público. Por conseguinte, a Constituição de 1967 manteve o preceito em seu art. 105⁵⁹, bem como ocorreu na Emenda n° 1, de 1969, em seu art. 107⁶⁰.

Convém ressaltar que o Código Civil de 1916 estabeleceu no Brasil, em seu artigo 15⁶¹, a teoria subjetiva do Estado. Entretanto, a imprecisão na redação do supracitado dispositivo legal gerou controvérsias na interpretação e aplicação da norma, razão pela qual parcela doutrinária admitia a adoção da teoria objetiva, conforme asseverou Hely Lopes Meirelles⁶².

Por fim, a Constituição Federal de 1988 conservou a responsabilidade objetiva do Estado, mas estendeu o regramento também para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, não abarcadas anteriormente, de maneira que é aplicável a estas o mesmo regime jurídico das pessoas jurídicas de direito público, muito embora o Código Civil de 2002 não faça tal referência no art. 43.

2.2.3 Atos estatais sujeitos à responsabilização

⁵⁶ Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

⁵⁷ Art 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seu cargos.

⁵⁸ Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

⁵⁹ Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

⁶⁰ Art. 107. Às pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

⁶¹ Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 659.

Cumpra observar que a Constituição Federal estabeleceu como cláusula pétrea o princípio da separação de poderes, na forma do art. 60, § 4º, inciso III da CF/88⁶³, com vistas a criar um sistema de freios e contrapesos, de modo que o poder estatal encontra-se organizado e dividido em três esferas: Executivo, Legislativo e Judiciário.

É cediço que o poder público é responsável objetivamente pelos atos praticados pelos seus prepostos, atuando nessa condição, quando danosos a terceiros. Dessa forma, vislumbra-se imperioso sopesar quais das funções estatais acarretariam a imputação da responsabilidade civil.

Edmir Netto de Araújo⁶⁴ esclarece que todos os poderes integrantes da estrutura orgânica do Estado se submetem ao ordenamento jurídico vigente e, apesar da divisão de tarefas estatais, o poder é uno, sendo unitário também o caráter da responsabilidade do Estado, aplicando-se igualmente as mesmas regras, independente da função desempenhada.

Ademais, a Carta Magna, a teor do quanto disposto no art. 37, § 6º, não estabeleceu qualquer restrição a determinada função estatal, estendendo a aplicabilidade dos seus preceitos a qualquer dano decorrente de atuação de agente público.

Com efeito, a Lei Fundamental fixou expressamente a extensão da cláusula geral de responsabilidade estatal ao fazer referência à expressão agentes públicos. Isso porque o conceito de agente público é extremamente amplo e engloba todas as pessoas que exercem função e manifestam vontade em nome do Poder Público, conforme explica Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁵.

Registre-se que a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 delimitou o sentido da referida expressão, nos termos do art. 2º⁶⁶, abrangendo funções gratuitas, remuneradas, temporárias, bem assim reputou irrelevante a forma de investidura no cargo público, podendo ser por nomeação, designação, contratação ou qualquer outro modo de ingresso.

⁶³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:[...]§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes; [...]

⁶⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 877.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 243.

⁶⁶ Art. 2º. Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

O vocábulo agente público é gênero do qual são espécies: os agentes políticos, agentes particulares colaboradores e os servidores públicos.

Portanto, é nítido que agente público é o gênero que abrange a espécie dos agentes políticos, não remanescendo qualquer dúvida de que os parlamentares também se encaixam nesta categoria, logo não há como se evadir da imputação da responsabilidade civil ao Estado legislador.

Em suma: a amplitude da referida expressão conduz ao entendimento de que a pessoa jurídica de direito público é responsável pelo exercício das atividades dos membros de todos os poderes constituídos, posto que todos se qualificam como agentes públicos (seja o magistrado, o legislador ou o servidor público), sendo irrelevante a distinção entre o Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Ressalte-se que a Lei Fundamental explicitamente admitiu a responsabilidade estatal por erro judiciário em relação ao condenado ou ao sujeito que permanecer preso além do prazo fixado na sentença condenatória, consoante previsão do art. 5º, LXXV⁶⁷.

Note-se que a responsabilidade do Estado por atos judiciais reserva algumas peculiaridades por ter caráter excepcional, da mesma forma que ocorre quanto aos atos legislativos.

No entanto, seria um retrocesso falar em irresponsabilidade em detrimento do desempenho de qualquer das funções estatais, de modo que os danos oriundos da atuação do poder público não podem ficar à margem de indenização, tendo em vista a preocupação prioritária com o ressarcimento da vítima, para que esta não permaneça desprotegida.

⁶⁷ Art. 5º [...] LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

3 FUNÇÃO DE LEGISLAR E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Antes de adentrar no objeto central do presente estudo é de todo útil uma breve exposição sobre a teoria da separação dos Poderes e divisão das tarefas estatais, abordando com ênfase especial a atividade legiferante.

Em que pese as críticas à doutrina da separação dos poderes, originariamente desenvolvida por Aristóteles, idealizada por John Locke e consolidada por Montesquieu na sua obra intitulada “O espírito das leis”, o princípio da separação de poderes firmou-se como um postulado do constitucionalismo moderno, como forma de limitar o poder e visando a proteção dos direitos fundamentais⁶⁸.

Essa teoria pauta-se na ideia de independência e harmonia entre os poderes estatais, buscando evitar o arbítrio e obter o equilíbrio entre eles, mediante a descentralização funcional e a garantia do sistema de freios e contrapesos, conforme explica Miguel Reale⁶⁹.

É importante ressaltar que essa independência característica não é em sua integralidade, haja vista o controle recíproco desempenhado pelos demais poderes componentes da estrutura orgânica do Estado.

Assim, significa que, diante da repartição de atribuições constitucionalmente estabelecidas, não há que se falar em subordinação ou mesmo interferência de um órgão no exercício da função típica do outro, muito embora seja admissível a atividade fiscalizatória.

Confira-se, a propósito, a lição de Miguel Reale⁷⁰:

A independência exige que a conformação constitucional de cada órgão que exerça uma função típica não viabilize qualquer espécie de vinculação ou subordinação a outro poder, impedindo que possa lhe tomar o desempenho da atribuição, ou compelir a forma de seu exercício.

Assim é que a Constituição Federal de 1988 conferiu à teoria da tripartição dos poderes o status de princípio constitucional, afirmando a coexistência do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, conforme delineado expressamente no artigo 2º CF/88⁷¹, pelo que constitui premissa fundamental na concretização do Estado Democrático de Direito.

⁶⁸ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57-61.

⁶⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 61.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 60.

⁷¹ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Neste contexto, os poderes estatais desempenham funções típicas, desenvolvidas precipuamente, mas também outras funções fixadas pela Lei Fundamental, que são denominadas pela doutrina de atípicas.

Dessa forma, o Poder Judiciário detém como função típica a jurisdicional, de resolução dos conflitos sociais, não obstante desempenhe também a função atípica fiscalizatória, no qual se destaca o controle de constitucionalidade, bem como a administrativa e legislativa, notadamente quanto à elaboração dos regimentos internos dos tribunais.

O Poder Executivo, por sua vez, possui por função típica a administrativa, de execução das políticas públicas e cumprimento das imposições legais, porém pode realizar a fiscalização dos outros órgãos, além de ter competência para legislar em caráter excepcional, cujo exemplo mais notável diz respeito à edição das medidas provisórias, na forma do art. 62 da CF/88⁷².

Já o Poder Legislativo encontra-se calcado na ideia de representatividade política e desempenha tipicamente a função de legislar, mediante a elaboração de normas primárias necessárias à regulação da vida em determinada sociedade.

Sob este enfoque, o processo legislativo compreende as espécies normativas primárias que estão elencadas no art. 59 da CF/88⁷³, englobando: as emendas constitucionais; leis complementares; leis ordinárias; medidas provisórias; decretos legislativos e resoluções.

O mencionado poder estatal detém, ainda, a competência para realizar o controle externo do Poder Executivo, consubstanciado na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, com fulcro no art. 70 da CF/88⁷⁴.

Além disso, o Poder Legislativo exerce atipicamente atividade de ordem administrativa, quanto à sua organização interna, e jurisdicional, cite-se nesse caso, a título meramente

⁷² Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) [...]

⁷³ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções. [...]

⁷⁴ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

exemplificativo, a atribuição do Senado Federal para processamento e julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República nas hipóteses de crime de responsabilidade, a teor do disposto no art. 52, inciso I da CF/88⁷⁵.

É importante salientar que o Poder Legislativo exerce primordialmente a condição de guardião da vontade soberana e autêntica do povo, mediante a confecção de normas jurídicas caracterizadas pela imperatividade, generalidade, abstração, impessoalidade e, conforme assevera Miguel Reale⁷⁶, que são aptas a inovar no ordenamento jurídico, através da criação de direitos e imposição de deveres. O conjunto destes atributos remete ao conceito de lei em sentido material.

Segundo Norberto Bobbio⁷⁷, o conceito de generalidade diz respeito à universalidade das normas em relação aos destinatários da mesma, pois são direcionadas para toda a coletividade indistintamente, enquanto que a abstração refere-se a normas que disciplinam uma classe de ações, em oposição àquelas que regulam singularmente uma situação concreta.

Entretanto, este conceito de lei não pode ser considerado em termos absolutos, como na visão clássica, pois, por exemplo, houve uma mitigação das características da generalidade e abstração com a existência das chamadas leis de efeitos concretos, que disciplinam situação individual e concreta.

As leis de efeitos concretos se enquadram no conceito de lei formal, cujo critério definidor consiste no órgão competente para elaboração da norma. Ou seja, se o ato normativo é proveniente do Poder Legislativo, ainda que desprovido da natureza geral e abstrata, será considerado lei em sentido formal.

Ademais, os atos normativos provenientes do Poder Legislativo são submetidos a procedimentos formais de elaboração e alteração, classificando-se, na lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁷⁸, como fonte formal do Direito por emanar do Estado.

⁷⁵ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)[...]

⁷⁶ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 163.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3 ed. revista. São Paulo: EDIPRO, 2005, p. 180-181.

⁷⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2008.

Outro aspecto que merece especial destaque é o de que o Estado legislador não se resume à atuação do Poder Legislativo no exercício da sua função típica, haja vista que a atividade legiferante é mais ampla e não é exclusiva do referido órgão estatal.

Sendo assim, não se olvide que o Poder Executivo também produz normas enquadradas como atos legislativos, como, por exemplo, no exercício da atribuição de elaboração das leis delegadas, medidas provisórias e decretos previstos no art. 84, VI, da CF/88⁷⁹, portanto, submete-se ao mesmo regramento concernente à responsabilidade civil do Estado.

Todavia, muito embora a função de legislar seja exercida por outros poderes integrantes da estrutura orgânica estatal, é oportuno ressaltar que o objeto do presente trabalho restringe-se à análise da responsabilidade do Estado legislador no tocante às normas oriundas da atividade predominante do Poder Legislativo, conforme será exposto em tópico específico.

3.1 PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Do princípio da separação dos poderes decorre logicamente o princípio de presunção de constitucionalidade das leis.

Neste contexto, significa que as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais derivadas, quais sejam as emendas constitucionais instituídas pelo Poder Constituinte Reformador, são dotadas de presunção relativa de constitucionalidade, pois se presume que foram editadas em conformidade com a Lei Fundamental vigente, tanto no aspecto formal quanto material.

Contudo, o referido princípio determina uma presunção *iuris tantum* de constitucionalidade das leis, admitindo-se prova em contrário, consoante observa Luís Roberto Barroso⁸⁰. Desse modo, os atos normativos produzem seus efeitos jurídicos desde logo cumpridas as formalidades do processo de elaboração, porém há a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo órgão competente.

⁷⁹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:[...]

VI - dispor, mediante decreto, sobre:(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;(Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 177.

Esta presunção relativa de constitucionalidade dos atos normativos se justifica porque é dever do Poder Legislativo, durante todo o procedimento de deliberação legislativa, bem como do Poder Executivo, no momento do exercício da iniciativa, sanção ou veto, prezar pela regularidade dos atos produzidos, com vistas a atingir os fins delineados na ordem constitucional.

Neste diapasão, confira-se a lição do Ministro Paulo Brossard⁸¹ acerca do axioma da presunção de constitucionalidade, consoante voto proferido, na qualidade de relator do processo, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2 julgada pelo Supremo Tribunal Federal:

Segundo axioma incontroverso, a lei se presume Constitucional.

A lei se presume constitucional, porque elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, isto é, por dois dos três Poderes, situados no mesmo plano que o Judiciário. Como este, eles têm o encargo de aplicar a Constituição nas respectivas áreas de competência, e, por conseguinte, de interpretá-la, dado que é a lei que marca e delimita os poderes e atribuições, de cada um dos Poderes. [...]

Esta a primeira razão por que a lei se presume constitucional e porque não se presume a sua inconstitucionalidade.

Cumprir advertir que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as normas constitucionais elaboradas pelo poder constituinte originário gozam de presunção absoluta de constitucionalidade, de maneira que não são passíveis de fiscalização pelo controle de constitucionalidade⁸².

Por conseguinte, é nítido que a edição de leis em estrita conformidade com a Carta Magna consiste no verdadeiro dever jurídico a ser cumprido pelo Estado legislador. Entretanto este poder-dever estatal não pode ser realizado de forma imoderada e ilimitada, senão nos estritos moldes da Lei Fundamental, por força da premissa de supremacia constitucional, sob pena de configurar ato ilícito por desviar da sua finalidade.

Logo, não obstante a independência e autonomia conferida constitucionalmente aos poderes estruturais internos do Estado, isso não pode legitimar o desrespeito aos fins colimados na

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2, voto Relator Min. Paulo Brossard. Tribunal Pleno. Brasília: Julgado em 06/02/1992, DJ 21/11/97. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em: 27/04/2013.

⁸² Na ADI 815, DJ de 10-5-1996, Relator Ministro Moreira Alves, restou firmado que “a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815, Relator Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Brasília: Julgado em 28/03/1996, DJ 10/05/1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+815%2E+NUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+815%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ars7zls>> Acesso em: 25/05/2013.

Constituição Federal, por se tratarem de poderes constituídos, ou seja, limitados e condicionados aos preceitos constitucionais.

Portanto, o Poder Legislativo deve agir senão nos estritos termos do texto constitucional, pois não se trata de um órgão soberano, tampouco possuidor de poderes ilimitados. Do contrário, sua atuação será ilegítima por extrapolar os limites de suas atribuições, agindo o legislador *ultra vires*.

Destarte, é forçoso concluir que a edição de lei inconstitucional representa uma conduta indevida do órgão legislativo, caracterizando um ato ilícito por acarretar o descumprimento do dever jurídico de respeitar os ditames constitucionais. Nesse sentido, eis o que sustenta José dos Santos Carvalho Filho⁸³:

Quando se assenta a premissa de que a soberania do Estado permite àqueles que representam a sociedade a edição de atos legislativos, a suposição é a de que tais atos devem guardar compatibilidade com a Constituição. Significa dizer que ao poder jurídico e político de criação de leis, o Estado, por seus agentes parlamentares, tem o dever de respeitar os parâmetros constitucionais. Por isso, assim como se pode afirmar ser lícita a edição regular de leis, pode também asseverar-se que é ilícito criar lei em descompasso com a Constituição.

Ante o exposto, tendo em vista a ilicitude do ato do agente público ao editar uma lei inconstitucional, necessária se faz uma breve análise dos aspectos do controle de constitucionalidade no Brasil, por ser o mecanismo apto a salvaguardar as normas constitucionais dos arbítrios legislativos que a contrariem, para que se possa então cogitar a possibilidade de aplicabilidade do instituto da responsabilização do Estado Legislador.

3.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é o mecanismo através do qual se verifica a conformidade das leis e atos do poder público em face da Constituição, objetivando a defesa da ordem constitucional ante os excessos de poder, cujos pressupostos de existência, nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso⁸⁴, são: a rigidez e supremacia constitucional.

O princípio da supremacia constitucional parte da noção de compreensão da Constituição como lei fundamental e superior a todas as outras normas do sistema jurídico, consistindo no

⁸³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 edição, revista, ampliada e atualizada até 31/12/2009. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010, p. 618.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-2.

fundamento de validade daquelas e possuindo força normativa vinculante sobre a atuação do poder público.

E a rigidez constitucional, nas palavras de Dirley da Cunha Júnior⁸⁵, compreende “a previsão de um processo especial e agravado, reservado para a alteração das normas constitucionais, significativamente distinto do processo comum e simples, previsto para a elaboração e alteração das leis complementares e ordinárias”.

Conforme preleciona Clèmerson Merlin Clève⁸⁶, o exercício da jurisdição constitucional, mediante o controle de constitucionalidade, requer o preenchimento de algumas premissas, quais sejam: a existência de uma Constituição formal; a compreensão desta como lei fundamental, caracterizada pela rigidez e supremacia; e a previsão de, no mínimo, um órgão competente para exercê-lo.

Dessa forma, primeiramente, há a exigência de que a Constituição seja formalizada em um instrumento escrito e solene, oriundo do poder constituinte.

Por essa razão, Clèmerson Merlin Clève⁸⁷ aponta a inaplicabilidade do controle de constitucionalidade nas denominadas Constituições costumeiras, classificadas como não escritas, tendo em vista que são formadas pelos costumes e pela jurisprudência, apesar dos costumes serem reduzidos à forma escrita com o decurso do tempo. Isso porque nesses ordenamentos vige o princípio da supremacia do Parlamento, logo este é soberano e não há limitações ao seu poder de legislar.

Por outro lado, como já sublinhado, o segundo aspecto refere-se à necessidade de que o sistema jurídico brasileiro seja estruturado de forma hierarquizada, no qual a Constituição é concebida como norma jurídica fundamental. Ou seja, o texto constitucional encontra-se no ápice da pirâmide normativa, de modo a ocupar nível hierárquico superior a todas as outras normas, para as quais funciona como fundamento máximo de validade.

Por conseguinte, os demais atos normativos produzidos somente serão válidos se compatíveis com o seu texto, eis que inferiores hierarquicamente, assim emergindo o princípio da supremacia constitucional. Consequentemente, tudo que lhe for contrário será inválido, eis que eivado de vício.

⁸⁵ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 6 Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 44.

⁸⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28-29.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 29-30.

Além disso, conforme exposto alhures, a rigidez constitucional consiste no estabelecimento de um processo de produção específico e de maior complexidade para as normas constitucionais, distinto do procedimento legislativo comum, de maneira a reforçar a superioridade da lei fundamental.

É importante registrar que as Constituições rígidas permitem a declaração tanto da inconstitucionalidade formal quanto da material, como pondera Clèmerson Merlin Clève⁸⁸.

O mencionado autor⁸⁹ ainda ressalta que há a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade em face de Constituições flexíveis, cujo caráter peculiar reside na não diferenciação do processo legislativo, previsto de forma idêntica tanto para as normas constitucionais quanto para as normas infraconstitucionais.

Não obstante, nessas hipóteses não há que se falar em vício material, posto que diante de uma incompatibilidade entre o conteúdo da Carta Magna e das leis ordinárias haveria o fenômeno da revogação e não da inconstitucionalidade. Portanto, nas Constituições flexíveis é admissível tão somente a inconstitucionalidade formal, concernente ao modo de elaboração das normas jurídicas.

Por último, o terceiro elemento diz respeito à atribuição de competência, disposta no próprio texto constitucional, aos órgãos responsáveis para a realização do controle de constitucionalidade, que podem possuir natureza política ou jurisdicional.

3.2.1 Modelos de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade comporta várias modalidades, que são classificadas de acordo com alguns critérios.

A primeira classificação leva em consideração a natureza do órgão que exerce a fiscalização de constitucionalidade, no qual se identifica a divisão em controle político e controle judicial.

O controle é político quando o desempenho da fiscalização compete a órgão não integrante da estrutura do Poder Judiciário e tal modelo remonta ao sistema francês.

⁸⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 30.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 30-31.

Já o controle judicial originou-se do modelo norte-americano, alcançando notoriedade a partir da decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso conhecido como *Marbury contra Madison*, no ano de 1803, como aponta Luís Roberto Barroso⁹⁰.

Neste contexto, o Poder Judiciário assume o papel de intérprete da lei, devendo verificar a compatibilidade das normas jurídicas em face da Lei Maior, de maneira que avulta a importância do princípio da supremacia constitucional.

O controle de constitucionalidade ainda pode ser sistematizado a depender do momento de seu exercício, seja prévio ou posterior.

Nesse caso, o controle é denominado preventivo ou *a priori* quando realizado antes da concretização da norma, ou seja, objetiva-se aqui impedir que o projeto de lei seja convertido e adentre o mundo jurídico.

Vislumbra imperioso salientar que no Brasil são admitidas duas hipóteses de controle prévio e político. A primeira delas, no âmbito do Poder Legislativo, compreende a função desempenhada pelas Comissões de Constituição e Justiça, tanto do Senado quanto da Câmara dos Deputados, na fase inicial de deliberação parlamentar, consistente na análise de constitucionalidade dos projetos de lei submetidos à discussão pelo órgão respectivo.

A segunda situação de controle prévio político de constitucionalidade é atribuído ao Poder Executivo e diz respeito ao exercício do veto jurídico em relação a determinada espécie normativa aprovada, a teor do art. 66, §1º da CF/88⁹¹.

Isto porque, segundo preleciona André Ramos Tavares⁹², o veto jurídico é o instrumento através do qual o Chefe do Executivo manifesta sua discordância com o projeto de lei que foi objeto de deliberação pelo Poder Legislativo, por entender pela sua inconstitucionalidade.

Além disso, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a legitimidade dos parlamentares para impetrar Mandado de Segurança em face da tramitação de proposta de emenda constitucional que importe em ofensa às cláusulas pétreas, haja vista

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

⁹¹ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

⁹² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013, p 1011.

que estes possuem direito a participar de um devido processo legislativo, caracterizando, assim, o controle preventivo de caráter jurisdicional.

De outro turno, o controle será repressivo, sucessivo ou *a posteriori* quando exercido após a efetivação da norma. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, o controle de caráter repressivo “é aquele realizado quando a lei já está em vigor, e destina-se a paralisar-lhe a eficácia”.⁹³

No ordenamento jurídico brasileiro, via de regra, essa modalidade de fiscalização de natureza repressiva é atribuição do Poder Judiciário. No entanto, há a previsão de controle repressivo de natureza política, efetivado pelos parlamentares, a exemplo da possibilidade de sustação pelo Congresso Nacional dos atos normativos produzidos pelo Poder Executivo, quando estes excedam o poder regulamentar ou as restrições da delegação legislativa, com fulcro no art. 49, V, da CF/88⁹⁴.

De outro modo, o controle de constitucionalidade poderá ser classificado a depender do órgão judicial que o exerce, abarcando as espécies de controle concentrado e difuso.

Dirley da Cunha Júnior⁹⁵ orienta que no sistema difuso a competência para realizar a fiscalização de constitucionalidade dos atos normativos é destinada a diversos órgãos. Portanto, cabe a qualquer juiz ou tribunal, diante do caso concreto, analisar a conformidade das normas com o preceito constitucional, afastando a aplicação da lei quando constatada a contrariedade.

Já no modelo concentrado cabe a um ou a alguns órgãos determinados a efetivação do controle de constitucionalidade e a origem desse sistema remonta à Constituição da Áustria de 1920.

O Brasil adotou um sistema misto, aliando o modelo concentrado e o difuso. Destarte, todos os juízes e tribunais em qualquer jurisdição podem desempenhar o controle difuso de constitucionalidade.

De outra sorte, o controle concentrado é realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal quando o ato normativo viola diretamente a Constituição Federal, que pode ser manifestado através de Ação Direta de Inconstitucionalidade, tanto por ação como por

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 46.

⁹⁴ Art. 49, CF/88. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...]

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; [...]

⁹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 6 ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 114.

omissão, de Ação Direta de Constitucionalidade, mediante a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou da ação direta interventiva.

Outrossim, o art. 125, §2º da CF/88⁹⁶, de acordo com o princípio da simetria, atribuiu aos Estados a possibilidade de realizar o controle concentrado, quando da propositura de representação de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, desde que o ato normativo, lei estadual ou municipal viole a Constituição Estadual.

Por fim, quanto à forma ou modo de realização, o controle de constitucionalidade pode ser por via incidental ou por via principal.

No controle por via principal o objeto é a própria lei em tese, o próprio Direito objetivo que é impugnado, independente de causar prejuízos a alguém. Não há uma relação jurídica material decorrente da incidência do ato normativo ao caso concreto. Por isso se diz que o controle é principal, *principaliter tantum*, tendo em vista que objetiva a própria declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo.

O controle por via incidental, por sua vez, possui como objeto a relação de direito material envolvida na situação concreta submetida à apreciação do Poder Judiciário. Dessa forma, é *incidenter tantum* ou incidental, pois o que se visa obter é o bem da vida pretendido envolvido no litígio, de modo que a declaração de inconstitucionalidade da lei é apenas uma prejudicial, que funcionará como fundamento para solução do conflito.

No Brasil o sistema difuso é exercido de forma incidental, bem como o sistema concentrado de modo abstrato, apesar de que tais classificações não se confundem.

3.2.2 Fenômeno da inconstitucionalidade

A pretensão do presente estudo é proceder a uma abordagem da responsabilidade civil do Estado Legislador pela edição de atos normativos inconstitucionais, razão pela qual mister se faz a análise do fenômeno da inconstitucionalidade.

Com efeito, como visto alhures, em princípio, as normas infraconstitucionais e as normas

⁹⁶ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. [...] § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

constitucionais derivadas gozam de presunção relativa de constitucionalidade, pois se pressupõe que o ato normativo tenha sido submetido ao devido trâmite legislativo prescrito na lei fundamental para sua formação, do qual decorreu sua aprovação.

Contudo, é possível que do cotejo dos referidos atos normativos com a Carta Magna se constate a incompatibilidade vertical, seja em decorrência da criação por autoridade incompetente, inobservância do procedimento de elaboração ou por conflitar substancialmente com as normas constitucionais, de modo que o ato normativo restará eivado do vício da inconstitucionalidade.

Luís Roberto Barroso⁹⁷ observa que o fenômeno da inconstitucionalidade atinge o plano de validade do ato normativo. Destarte, a lei existe, pois adentrou o mundo jurídico pelo preenchimento dos elementos constitutivos do ato, porém resta inquinada de vício de validade insanável, não passível de convalidação, que no ordenamento jurídico brasileiro conduz à sanção de nulidade da norma.

No tocante à noção de inconstitucionalidade, cumpre salientar que o referido fenômeno somente atinge leis posteriores à Constituição em vigência.

Por derradeiro, sobrevindo nova ordem constitucional, as normas infraconstitucionais preexistentes, editadas sob a égide de Lei Fundamental anterior, ainda que incompatíveis com o novo regime jurídico implantado, não poderão ser declaradas inconstitucionais, pois neste caso se opera a revogação, consoante aponta Luís Roberto Barroso⁹⁸.

Assim é que, na superveniência de nova Carta Magna, de um lado subsistirão válidas e eficazes as leis compatíveis materialmente com os novos preceitos constitucionais, operando-se a recepção, e de outro as que se revelarem desconformes serão revogadas, com eficácia prospectiva, produzindo efeitos “*ex nunc*”.

A inconstitucionalidade de uma lei pode se apresentar de duas formas: por vício formal ou por vício material.

Segundo preleciona Clèmerson Merlin Clève⁹⁹, o vício formal diz respeito ao processo de elaboração da norma e divide-se em duas subespécies, quais sejam: a inconstitucionalidade orgânica e a inconstitucionalidade formal propriamente dita.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 15.

⁹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 39.

Nessa ordem, segundo o referido autor, a inconstitucionalidade orgânica ocorre quando determinada norma é produzida em desconformidade com as regras de competência, enquanto que a inconstitucionalidade formal propriamente dita diz respeito à inobservância do procedimento legislativo previamente instituído na Carta Magna.

De outra parte, o vício material se refere à incompatibilidade entre o conteúdo da norma e os preceitos constitucionais, sejam regras ou princípios, haja vista que todas as normas constitucionais são dotadas de normatividade.

Nada impede que em uma mesma lei se verifique a presença dos dois tipos de vícios, formal e material, além de que a declaração de inconstitucionalidade acarretará o mesmo efeito, independente da classificação, pois tornará o ato normativo inválido, salvo na situação de lei preexistente à nova ordem constitucional.

Sob este aspecto, importa destacar que Gustavo Cunha Prazeres sustenta a existência de um tratamento jurídico diferenciado para o vício formal e material na hipótese de responsabilidade do poder público.¹⁰⁰ Alega o referido autor que no caso de verificação da inconstitucionalidade formal não incidiria a responsabilidade estatal, com fundamento na teoria da causa virtual.

Não obstante, conquanto aponte uma coerente linha de entendimento, entende-se que a teoria não apresenta soluções para o caso de cumulação de vícios de inconstitucionalidade em uma mesma lei (formal e material), em que a declaração de invalidade tenha se limitado a apreciar o vício formal, julgando por prejudicado o vício material.

O fenômeno da inconstitucionalidade pode se manifestar de forma total ou parcial, direta ou indireta, superveniente ou originária e por uma conduta comissiva ou omissiva do poder público incompatível com a Constituição.

A toda evidência, um ato praticado em desacordo com as normas constitucionais por agente público de qualquer dos poderes que compõem a estrutura orgânica do Estado é passível de controle.

No entanto, a despeito das peculiaridades que envolvem o tema da inconstitucionalidade no âmbito dos três poderes estatais, para o objeto do presente estudo interessa tão somente a abordagem do controle de constitucionalidade acerca da atuação positiva do Poder Legislativo

¹⁰⁰ PRAZERES, Gustavo Cunha. **Responsabilidade Civil do Estado por atos legislativos**. 2009. 121-122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2009.

no desempenho de sua função típica, isto é, quando a lei ou dispositivo inconstitucional já foi elaborado.

A inconstitucionalidade por ação se verifica quando o parlamentar edita norma conflitante com a Lei fundamental do ente estatal, enquanto que a inconstitucionalidade por omissão decorre de uma abstenção do Poder Legislativo no exercício da atividade legiferante.

Neste contexto da conduta omissiva, José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰¹ assevera que a mera obrigação genérica de legislar não enseja a omissão legislativa, porque é preciso que a Carta Magna exija uma ação específica do órgão legislativo, em relação a determinada matéria, para a consecução de seus fins.

Deveras, a inércia do legislador não necessariamente resultará na inconstitucionalidade por omissão, apenas quando o parlamentar descumprir o comportamento positivo que o próprio texto constitucional lhe atribuiu ao impor a edição de certo ato normativo. Portanto, deve-se considerar a dicotomia entre a margem de liberdade que detém o legislador no desempenho da atividade legiferante e o dever constitucional inescusável de elaborar norma específica.

A inconstitucionalidade total configurar-se-á quando o vício for capaz de invalidar a lei em sua integralidade e a parcial ocorrerá quando incidir somente sobre parte do diploma legal.

Sob o aspecto da conduta omissiva do legislador, a inconstitucionalidade revelar-se-á total quando inexistir o ato normativo necessário à concretização do comando constitucional, e parcial quando, malgrado a regulação legal, esta não se mostra suficiente para atender o conteúdo impositivo da Carta Magna.

Ademais, a inconstitucionalidade será direta se a contrariedade com a Lei fundamental foi imediata ou não-reflexa e indireta se a ofensa invocada for reflexa, visto que o conflito se constata inicialmente em face da lei infraconstitucional, violando a norma constitucional apenas de forma mediata.

Por fim, classificar-se-á como originária quando a desconformidade com a Constituição se reportar à origem da lei e será superveniente se o conflito advier da irrupção de uma nova ordem constitucional ou porque sobreveio uma emenda, entretanto cumpre registrar que o STF não reconhece a possibilidade de inconstitucionalidade superveniente no direito brasileiro.

¹⁰¹ CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1033.

3.2.3 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Como assinalado em tópico anterior, é cediço que as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais derivadas são consideradas presumivelmente constitucionais e legítimas quando da sua edição, de modo que estas subsistem plenamente válidas e produzem seus efeitos desde a entrada no mundo jurídico.

No entanto, esta presunção relativa poderá ser elidida pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do ato estatal dotado de caráter normativo, momento em que o Tribunal competente atua como legislador negativo e estabelece a paralisação dos efeitos da norma. Sendo assim, proceder-se-á ao exame do plano da eficácia.

Luís Roberto Barroso¹⁰² classifica os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em: objetivos, subjetivos e temporais. Estes serão aprofundados nos tópicos subseqüentes.

3.2.3.1 Efeitos objetivos

Quanto ao plano da eficácia objetiva, o direito brasileiro aderiu ao dogma de nulidade das leis conflitantes com a Constituição, defendida por Marshall como fundamento para o julgamento do caso *Marbury v. Madyson*, não acolhendo a tese de anulabilidade, cujo maior expoente foi Hans Kelsen.

Para Kelsen, o ato seria anulável e a decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de um diploma legal teria caráter constitutivo negativo, operando efeitos prospectivos ou “*ex nunc*”. Destarte, a lei inconstitucional seria aplicada e todas as situações jurídicas formadas sob a sua égide seriam mantidas válidas até o pronunciamento do órgão competente.

Entretanto, como consignado, o Brasil não acolheu a doutrina kelseniana, porém adotou a teoria de nulidade *ipso iure* dos atos normativos inconstitucionais, que foi chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, em 12 de setembro de 1989, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.

No referido julgado, o Excelso Pretório afirmou a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a natureza declaratória da decisão que a proclama, consoante se

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro** : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195.

depreende da leitura do trecho extraído do voto do então Ministro Paulo Brossard¹⁰³, na condição de relator do processo, abaixo transcrito:

Não é só. Segundo doutrina consagrada, é ex-tunc o efeito da declaração de inconstitucionalidade. Por que ela é congênita à lei, ela pré-existe à declaração judicial. O julgado não muda a lei, fazendo-a nula quando era válida, apenas declara o vício pre-existente.

Portanto, denota-se que a inconstitucionalidade é um vício congênito e insanável, impassível de convalidação, que implica na nulidade do ato normativo. Ou seja, o ato nulo de pleno direito é considerado como se nunca tivesse existido, devendo a decisão retroagir para que seja possível recompor o “*status quo ante*”, razão pela qual se impõe o desfazimento de todas as relações jurídicas constituídas sob o amparo da lei viciada.

Além disso, a decisão que reconhece a invalidade da norma possui caráter declaratório e não constitutivo, tendo em vista que não é o julgador que torna o ato inconstitucional, ao revés, este apenas cinge-se a proclamar a existência de um vício antecedente.

Isto se justifica porque uma norma inferior hierarquicamente que conflita com a Constituição não pode reger situações da vida de forma regular, pois representaria uma violação ao basilar princípio da supremacia constitucional e uma contradição ao próprio sistema.

Ressalte-se que, ainda no aspecto objetivo, a lei ao entrar em vigor revoga as normas anteriores que disciplinam idêntica matéria, que pode ocorrer expressa, implicitamente ou naquilo que lhe for incompatível.

Não obstante, ao considerar inválido o ato normativo revogador, a decisão torna a legislação preexistente novamente aplicável, exceto se houver manifestação contrária do Tribunal nesse sentido, motivo pelo qual a doutrina afirma que a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos repristinatórios.

3.2.3.2 Efeitos temporais

Como delineado alhures, em síntese, em ambos os modelos de controle de constitucionalidade, seja por via incidental ou concentrada, predomina a regra de retroatividade da decisão que reputa a incompatibilidade da norma em face da Lei Fundamental. Isto é, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos “*ex tunc*”,

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2, voto Relator Min. Paulo Brossard. Tribunal Pleno. Brasília: Julgado em 06/02/1992, DJ 21/11/97. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>> Acesso em: 27/04/2013.

fulminando a lei desde a sua origem.

De fato, a Carta Magna não conferiu ao STF o poder de moderar a eficácia temporal da decisão que reconhece a inconstitucionalidade normativa. Ao contrário, Luís Roberto Barroso¹⁰⁴ aponta que a Assembléia Constituinte de 1988 rejeitou a referida proposta, da mesma forma como ocorreu quando da revisão constitucional procedida em 1994.

Sucedede que, no plano fático, se verificou uma multiplicidade de situações em que a aplicação da tese de nulidade absoluta não se revelava adequada à resolução dos conflitos sociais, haja vista a irreversibilidade das relações pretéritas consolidadas com base no ato normativo inconstitucional, cuja desconstituição conduziria ao caos social ou mesmo causaria graves prejuízos ao ordenamento pátrio.

Nesse contexto, o STF assentou sua jurisprudência no sentido de, excepcionalmente, admitir a flexibilização da teoria de nulidade *ipso iure* das normas inconstitucionais.

Desse modo, passou-se a permitir a modulação dos efeitos temporais da declaração proferida no controle de constitucionalidade, com o fito de atribuir à decisão efeitos prospectivos ou *pro futuro*, em detrimento da preservação de valores constitucionais como a boa-fé, justiça, segurança jurídica e interesse da coletividade e ante a impossibilidade de retorno ao estado anterior das coisas.

Por conseguinte, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, responsável por regular o processamento da ADC e da ADI, positivou expressamente a orientação firmada pelo STF, fixando a possibilidade de afastamento da incidência da eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade em casos específicos.

Dessa forma, nos termos do art. 27¹⁰⁵ do citado diploma legislativo, é facultado ao STF determinar efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* à decisão, a partir do trânsito em julgado desta ou outro momento a ser fixado pelo Tribunal, visando resguardar o princípio da segurança jurídica e o interesse social, desde que obedecido o quórum qualificado de 2/3 dos respectivos membros.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

¹⁰⁵ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No mesmo sentido, o art. 11¹⁰⁶ da Lei n° 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, reproduziu o conteúdo do art. 27 da Lei n° 9.868/99, de maneira a endossar a tendência jurisprudencial de atenuação do dogma de nulidade *ipso iure* das normas incompatíveis com a Constituição.

Assim, em virtude do conflito entre o princípio de nulidade e outros valores constitucionalmente relevantes, no exercício de ponderação axiológica, o STF poderá atribuir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade da norma. Assim, assegura a validade de todos os atos praticados até então sob a égide da lei invalidada, não sendo necessário o restabelecimento do *status quo ante*.

Embora não haja previsão legal expressa a versar sobre a limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no modelo difuso, o entendimento é pela aplicabilidade desta técnica também na via incidental.

Neste diapasão, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes¹⁰⁷ afirmam que a teoria de atenuação da eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade se coaduna com o sistema difuso, visto que a não aplicação do princípio de nulidade possui base constitucional, não se fundamentando em razões de conveniência.

Pelo exposto, conclui-se que a técnica de modulação dos efeitos temporais da decisão é admitida no direito brasileiro em sede de qualquer dos sistemas de controle de constitucionalidade, seja abstrato ou concreto.

3.2.3.3 Efeitos subjetivos

No que concerne aos efeitos subjetivos da decisão que proclama a inconstitucionalidade da norma, é necessário observar as diferenças entre o modelo de fiscalização normativa abstrata e o modelo difuso.

Insta salientar que no direito brasileiro prevalece a regra de que a coisa julgada atinge apenas as partes litigantes no processo, não interferindo na esfera jurídica de terceiros estranhos à

¹⁰⁶ Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁰⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 559-564.

demanda, salvo exceções legais, conforme expressa dicção do art. 472 do Código de Processo Civil¹⁰⁸.

O controle difuso segue a regra processual geral, estabelecida no art. 472 do CPC, pois pressupõe um processo subjetivo submetido à apreciação do Poder Judiciário, no qual a inconstitucionalidade é decidida prévia e incidentalmente, como prejudicial à solução do conflito de interesses.

Dessa forma, decretada a invalidade de uma norma o juiz afasta a sua aplicação na situação concreta, vinculando apenas as partes envolvidas na relação de direito material objeto da demanda judicial, não atingindo terceiros, o que se denomina de efeitos *inter partes*.

No entanto, cumpre destacar que no controle difuso o Senado Federal pode realizar a abstrativização da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de uma norma, desde que proferida pelo STF, para determinar a extensão dos efeitos daquela, tornando-a oponível *erga omnes*.

Sob este aspecto, a Corte Suprema brasileira pode desempenhar o controle de constitucionalidade, incidentalmente, quando da apreciação de ações de sua competência originária ou de sua competência recursal, nesta última hipótese mediante o julgamento de recurso extraordinário.

Nesse sentido, pode existir a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Pleno do STF, na concretização do sistema difuso, com observância do quórum de maioria absoluta.

Contudo, após o trânsito em julgado desta referida decisão, deverá ser comunicado ao Senado Federal para que este órgão delibere acerca da suspensão da execução do ato normativo que padece do vício da inconstitucionalidade, atribuindo caráter geral ou eficácia contra todos, com fulcro no art. 52, X, da CF/88¹⁰⁹.

Convém salientar que se trata de uma faculdade atribuída ao Senado Federal, logo a decisão do Excelso Pretório favorável ao reconhecimento da inconstitucionalidade normativa não vincula os parlamentares.

Desse modo, não há a obrigação dos senadores em determinar a suspensão da eficácia da lei

¹⁰⁸ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

¹⁰⁹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

decretada inválida, configurando um ato meramente discricionário, a depender de um juízo de conveniência e oportunidade, conforme preleciona Luís Roberto Barroso¹¹⁰.

De outro turno, diverso do modelo incidental, no controle concentrado de constitucionalidade há a impugnação da própria lei em tese, por se tratar de um processo objetivo, visto que não se verifica uma demanda concreta composta por uma relação jurídica processual.

Diante disso, na precisa lição de Luís Roberto Barroso¹¹¹, a fiscalização normativa abstrata enquadra-se na exceção legal, consistindo em hipótese de legitimação extraordinária. Ou seja, os legitimados ativos para propor as ações específicas do sistema concentrado atuam em nome próprio, mas na defesa de direitos alheios, assumindo a qualidade de substituto processual, razão pela qual a decisão opera efeitos contra toda a coletividade.

Por derradeiro, a declaração de inconstitucionalidade no mencionado modelo, seja proferida em sede de ADI, ADO, ADC, inclusive no que toca à interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, produz eficácia “*erga omnes*” e vinculante, na forma do art. 28, parágrafo único, da lei n° 9.868/99¹¹².

Destarte, também no que toca à ADPF a decisão final é dotada de oponibilidade “*erga omnes*” e força vinculante em relação aos demais órgãos do poder público, como se depreende da leitura do art. 10, § 3° da Lei n° 9.882/99¹¹³.

Tal regramento recebeu guarida constitucional a partir da Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, em relação às ações diretas de inconstitucionalidade e às ações declaratórias de constitucionalidade, no qual expressamente restou estabelecido a eficácia para todos e a extensão da vinculação aos órgãos judiciais e da administração pública, em qualquer das suas esferas, nos termos do art. 102, § 2° da CF/88¹¹⁴.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 197.

¹¹² Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

¹¹³ Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. [...] § 3° A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

¹¹⁴ Art. 102, § 2°. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004)

Registre-se que o efeito vinculante impõe aos órgãos constitucionais a obrigação de observar a decisão proferida, devendo adequar suas condutas, de modo a negar aplicabilidade ao ato normativo viciado, mesmo que não tenham participado do processo objetivo.

Com efeito, a vinculação normativa de que se trata não atinge o Poder Legislativo, excluído da redação do dispositivo legal e da previsão constitucional, portanto, pode o legislador reeditar nova norma contemplando conteúdo igual ou equivalente ao teor constante da lei que teve sua nulidade decretada.

Por fim, convém ressaltar que nos processos subjetivos a força vinculante das decisões judiciais se restringe à parte dispositiva do julgado, não abarcando a fundamentação, consoante dispõe o art. 469 do CPC¹¹⁵.

Todavia, no caso dos processos objetivos, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, o STF vem consagrando a doutrina da transcendência dos motivos determinantes ao reconhecer efeitos transcendentais dos fundamentos em que se fundam a decisão, de maneira que a eficácia vinculante abrange não somente o dispositivo do *decisum*, mas também a *ratio decidendi*.

¹¹⁵ Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

4 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO LEGISLADOR

Com efeito, a teoria da responsabilidade civil estatal percorreu um longo processo evolutivo, conquistando progressivamente aceitação no mundo jurídico, de modo que se verifica uma contínua e gradativa expansão do seu alcance normativo e um crescente número de casos em que há a efetiva imputação do dever de reparação aos entes públicos, conforme preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁶.

Em relação aos atos praticados pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário, atualmente é pacífico no direito brasileiro o entendimento acerca da possibilidade de responsabilização do Estado por prejuízos causados aos administrados em decorrência das referidas atuações, como consectário da concepção do Estado de Direito.

Neste contexto cronológico, após já ter se consolidado a responsabilidade do poder público em face do exercício da função executiva ou jurisdicional, o recente avanço da doutrina consistiu no reconhecimento da obrigação de indenizar do Estado em razão de danos injustos ocasionados aos particulares pela atividade legislativa¹¹⁷, embora permaneça principiante a sistematização da matéria.

Todavia, nem sempre prevaleceu tal entendimento, uma vez que diversos argumentos foram e ainda são sustentados pelos adeptos da teoria da irresponsabilidade estatal com vistas a obstaculizar a aceitação da responsabilidade do Estado Legislador.

Diante do exposto acima, há que se analisar os fundamentos que alicerçam a doutrina da irresponsabilidade do Estado legislador, ressaltando as suas incongruências com a nova ordem democrática constitucional, com o fito de conferir um substrato teórico ao tema proposto.

¹¹⁶ “Daí que a história da responsabilidade do Poder Público por danos reflete uma contínua evolução e adaptação a estas peculiaridades do Estado. Progride, continuamente, para uma extensão e alargamento dos casos de responsabilidade e da maneira de engajá-la. Amplia-se sempre, em linha constante e crescente, de maneira a agasalhar cada vez mais intensamente os interesses privados.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011, São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 1014).

¹¹⁷ Como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello: “No que respeita às funções públicas suscetíveis de gerarem compromisso estatal por danos, seu marco superiormente avançado é a responsabilidade por atos legislativos – o que já sucede, em alguns casos, nos tempos hodiernos.” (*Ibidem*, p. 1014).

4.1 OBSTÁCULOS À IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO DESEMPENHO DA FUNÇÃO LEGIFERANTE

O posicionamento doutrinário é controverso no que diz respeito à afirmação da responsabilidade estatal por danos eventualmente oriundos do desempenho da função legiferante. Isto porque, a despeito da recente evolução do instituto, há, ainda hoje, quem defenda a teoria da irresponsabilidade do Estado legislador.

Neste diapasão, registre-se o entendimento esposado por Hely Lopes Meirelles¹¹⁸ no sentido de negar o reconhecimento da responsabilidade do Estado por atos legislativos, inclusive no que toca às normas incompatíveis com a Constituição, sob a justificativa de que os parlamentares que elaboram as leis são eleitos pela própria sociedade, razão pela qual se revela indemonstrável a culpa do ente estatal.

É importante registrar que os defensores da referida doutrina sustentam diversos argumentos para amparar a tese consistente em refutar a incidência da obrigação de reparar ao poder público em decorrência de prejuízos causados por lei.

Neste contexto, os principais fundamentos invocados pela mencionada vertente doutrinária, consubstanciados em óbices à admissão da responsabilidade estatal no âmbito do Poder Legislativo, são:

1. a noção da lei enquanto expressão da soberania do Estado, considerada ilimitada e absoluta;
2. a inexistência de violação ao princípio de repartição igualitária dos ônus e encargos sociais em virtude dos atributos de generalidade, abstração, impessoalidade e inovação na ordem jurídica, caracterizadores do ato normativo;

¹¹⁸ “O ato legislativo típico que é a lei, dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque, como norma abstrata e geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da Soberania do Estado, que, internamente, se expressa no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional. Como a reparação civil do Poder Público visa a restabelecer o equilíbrio rompido com o dano causado individualmente a um ou alguns membros da comunidade, não há falar em indenização da coletividade. Só excepcionalmente poderá uma lei inconstitucional atingir o particular *uti singuli*, causando-lhe um dano injusto e reparável. Se tal ocorrer, necessária se torna a demonstração cabal da culpa do Estado, através da atuação de agentes políticos, mas isto se nos afigura indemonstrável no regime democrático, em que o próprio povo escolhe seus representantes para o Legislativo. Onde, portanto, o fundamento para a responsabilização da Fazenda Pública se é a própria coletividade que investe os elaboradores da lei na função legislativa e nenhuma ação disciplinar têm os demais Poderes sobre os agentes políticos? Não encontramos, assim, fundamento jurídico para a responsabilização civil da Fazenda Pública por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39 ed., atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 734).

3. a representatividade política do Poder Legislativo, cuja investidura ocorre mediante eleição direta pelo povo.

Assim, há de se analisar, cuidadosamente e de forma crítica, cada um dos argumentos essenciais supracitados.

4.1.1 A compreensão da lei como expressão da soberania estatal

O primeiro argumento utilizado para sustentar a tese do Estado legislador irresponsável diz respeito à compreensão da função legislativa como manifestação da soberania estatal.

Segundo os ensinamentos de Valério Mazzuoli¹¹⁹, a soberania revela-se em duas vertentes: no plano interno significa o poder que dispõe o Estado de se autodeterminar e impor suas decisões dentro de seu território, enquanto que no plano externo consiste na capacidade de manter e participar das relações internacionais.

Deveras, consoante delineado no capítulo anterior, o Poder Legislativo exerce precipuamente a função de elaborar normas jurídicas primárias necessárias à regulação da vida em determinada comunidade, assumindo a qualidade de guardião da vontade soberana e autêntica do povo, concretizando a noção de autodeterminação estatal.

Entretanto, convém destacar, nas palavras de Edmir Netto de Araújo, que a soberania não se trata de um “atributo de qualquer dos “Poderes” em si, mas do Estado como um todo”¹²⁰, assim quaisquer das funções estatais não são mais consideradas como parcela da soberania estatal.

Isto se justifica porque, como assinala Manoel Jorge e Silva Neto¹²¹, “o poder é uno e, por conseguinte, indivisível”. Destarte, a atual concepção da teoria da separação de poderes estabelece apenas uma divisão funcional entre órgãos diferentes, com o objetivo de viabilizar a garantia do sistema de freios e contrapesos, não havendo precedência de nenhum poder estatal em detrimento do outro.

¹¹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 505-506.

¹²⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 869.

¹²¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 341.

Nessa perspectiva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²² pondera que se o argumento da soberania fosse admitido como válido o Estado também não poderia responder pelos atos administrativos, cuja aceitação é unânime pela doutrina e jurisprudência, afinal o mencionado atributo é idêntico para todos os poderes estatais.

Por outro lado, ainda que a atividade legiferante seja concebida como expressão de parcela da soberania estatal, este atributo não pode ser considerado em termos absolutos, a ser exercido de forma incondicionada e ilimitada, pois os parlamentares devem respeitar as restrições impostas pela norma constitucional, sob pena de ofensa ao regime democrático.

Neste diapasão, insta salientar a observação de Edmir Netto de Araújo¹²³, segundo o qual a função de legislar engloba um conteúdo político, porém não de forma exclusiva. Isto é, o legislador possui certa liberdade e discricionariedade na edição de normas jurídicas, contudo se sujeita à ordem constitucional vigente.

Ora, poderia se pensar remotamente na aplicabilidade da teoria da plena irresponsabilidade estatal por atos legislativos, fundada neste argumento da lei como expressão do poder soberano ilimitado, na época em que predominava o positivismo jurídico. Isto porque o legislador detinha ampla margem de liberdade na elaboração dos atos normativos, se sujeitando tão somente às disposições que regulamentavam o trâmite legislativo, visto que as normas constitucionais não eram dotadas de força normativa imediata¹²⁴.

No mesmo sentido, Miguel Calmon Dantas¹²⁵ orienta que durante o período do constitucionalismo moderno “a representação do Poder Legislativo diante do Executivo e do Judiciário permite a compreensão de que o legislador era exterior ao próprio Estado, enquanto expressão da nação soberana, que a ele deveria estrita sujeição”.

¹²² “Com relação à soberania, o argumento seria o mesmo para os demais Poderes; a soberania é do Estado e significa a inexistência de outro poder acima dele; ela é uma, aparecendo nítida nas relações externas com outros Estados. Os três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – não são soberanos, porque devem obediência à lei, em especial à Constituição. Se fosse aceitável o argumento da soberania, o Estado também não poderia responder por atos praticados pelo Poder Executivo, em relação aos quais não se contesta a responsabilidade.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 723-724).

¹²³ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 874.

¹²⁴ “Em suma, no positivismo exegético, o legislador praticamente não encontra óbices ao desempenho de sua atividade, erigindo-se, concretamente, como o mais importante órgão dentro da estrutura estatal. Diante da ausência de parâmetros e paradigmas maiores, a nortear o processo legiferante, deixa-se margem para que a sua validade decorra da mera adequação a um procedimento formal, que independe do conteúdo esposado pela legislação.” (PRAZERES, Gustavo Cunha. **Responsabilidade Civil do Estado por atos legislativos**. 2009. 29-30 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2009.)

¹²⁵ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132..

Não obstante, tal posicionamento é inconcebível com a concepção de Estado de Direito e de neoconstitucionalismo, pois a nova conjuntura pressupõe a vinculação de todos os poderes integrantes da estrutura orgânica do Estado aos preceitos constitucionais, não sendo facultado ao legislador se recusar a obedecer aos parâmetros estabelecidos na Carta Magna. A propósito, confira-se a precisa lição de José Joaquim Gomes Canotilho¹²⁶:

O estado de direito é um **estado constitucional**. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e as actos dos poderes públicos medida e forma.

Portanto, conclui-se que não se trata o Poder Legislativo de um órgão soberano, muito embora detenha autonomia e independência para o exercício de suas atribuições. Ao revés, trata-se de um poder constituído, limitado e condicionado às finalidades instituídas pela Constituição. Consequentemente, se o agente político exceder aos limites impostos pela Lei Fundamental sua atuação será ilícita, *ultra vires*.

Diante disso, é evidente que o reconhecimento da responsabilidade do poder público em face de atos legislativos não afronta o conceito de soberania, sendo insubsistente o argumento da noção da lei enquanto expressão do poder soberano estatal absoluto para eximir o Estado da obrigação de ressarcir a vítima por eventuais danos.

Ademais, não se vislumbra qualquer fundamento apto a estabelecer um tratamento jurídico diverso ao Poder Legislativo, afinal, tendo em vista que o poder estatal é unitário, deve ser aplicado àquele órgão o mesmo regramento atinente à responsabilidade do Estado em virtude de atos praticados pelos demais poderes internos que compõem a estrutura orgânica do ente público.

4.1.2 A lei como ato dotado de generalidade, abstração, impessoalidade e capacidade de inovar na ordem jurídica

O segundo argumento erigido para a defesa da irresponsabilidade estatal por atos legislativos assenta-se na premissa de inviabilidade de configuração do nexo causal entre a conduta do agente político e os danos decorrentes das normas por ele editadas, com base no entendimento

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 245-246.

de que a lei não é apta a gerar prejuízos individuais, porquanto se caracteriza pela generalidade, abstração e impessoalidade.

Como delineado anteriormente, a lei concebida em sentido material reveste-se do atributo da abstração por prescrever hipoteticamente padrões de comportamento, não disciplinando situações concretas. Além disso, outras características do ato normativo remetem à noção de generalidade e impessoalidade, razão pela qual a norma deve ser direcionada a todos os membros da coletividade igualmente, de forma genérica, não podendo afetar a esfera jurídica de destinatários individualizados.

Ocorre que os defensores da doutrina da irresponsabilidade aduzem que a lei abstratamente considerada não causaria danos concretos, visto que estes somente surgem após o processo de subsunção da norma ao fato da vida. Dessa forma, a responsabilidade deveria ser atribuída ao órgão que executou o ato normativo e não aquele que o editou, eximindo o Estado legislador da obrigação de indenizar.

Sérgio Cavaliéri Filho¹²⁷ endossa a supracitada linha doutrinária, observando que os prejuízos porventura gerados aos particulares decorreriam da aplicação do comando legal mediante ato proveniente do Poder Executivo ou Judiciário, derivando apenas indiretamente da lei em tese, de modo a inviabilizar a imputação do dever de reparação ao poder público em razão do exercício da função de legislar.

Paralelamente a esta objeção, utiliza-se ainda o fundamento da natureza geral do ato normativo para justificar a irreparabilidade dos prejuízos advindos da incidência do imperativo legal, tendo em vista que os sacrifícios impostos pela lei são repartidos igualmente entre toda a sociedade, almejando a consecução do interesse público, de maneira que não haveria ofensa ao princípio da isonomia¹²⁸.

Com efeito, é evidente a falibilidade da argumentação alegada pelos adeptos da teoria do Estado legislador irresponsável.

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010, p 265.

¹²⁸ Nesse sentido, eis o que assinala Júlio César dos Santos Esteves: “A vantagem extraída da norma que genericamente impõe sacrifícios, inspirada em legítima persecução do interesse público, estaria compensada pelos ônus igualmente generalizados, e assim concebidos como normais e não excessivos. Não se vislumbra, assim, dever de ressarcimento, já, nessa hipótese, integralmente preservado o princípio constitucional da igualdade.” (ESTEVEES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003, p. 238).

Primeiramente, porque este conceito material de lei não é absoluto, pois atualmente se verifica uma relativização dos atributos da generalidade e abstração com a existência das denominadas leis formais ou leis de efeitos concretos. Tais normas são desprovidas do caráter geral e abstrato, entretanto, malgrado regulem situação específica e determinada, emanam do Poder Legislativo, de acordo com a devida observância do respectivo processo de elaboração, motivo pelo qual se enquadram no conceito de lei meramente formal.

Ademais, constata-se que em uma multiplicidade de casos a lei compulsoriamente se impõe, produzindo eficácia imediatamente. Ou seja, a concretização do comando legal se opera independente de intermediação de quaisquer outros atos provenientes dos demais poderes internos estatais. Portanto, nessas hipóteses inexistente a prática de ato administrativo ou judicial para a aplicação da norma jurídica, de modo que sobrevindo dano injusto e anormal aos administrados este será oriundo diretamente do ato legislativo.

Por outro lado, insta salientar que a Administração Pública se submete ao princípio da legalidade estrita, isto é, ao administrador apenas é permitido fazer o que a lei prescreve.

Destarte, consoante assinala Gustavo da Cunha Prazeres¹²⁹, havendo efetivação do ato normativo por intermédio da atuação dos demais poderes estatais, “a imputação só poderia recair sobre a instância responsável pela concretização da lei se, entreaberta a escolha entre pelo menos duas formas de aplicação da lei, uma legítima e outra ilegítima, tiver optado pela última”. Consequentemente, inexistindo possibilidade de opção de interpretação ao aplicador da lei, a responsabilidade seria diretamente atribuída ao órgão competente para a edição da norma jurídica.

Outrossim, atrelado a todos estes fatores, há alguns autores que ainda sustentam a particularidade da lei consistente na aptidão para inovar no ordenamento jurídico como óbice ao reconhecimento da obrigação de indenizar do ente público. Tal fundamentação se ampara na ideia de que a legislação ao entrar em vigor derroga o regramento preexistente, por conseguinte o legislador não estaria adstrito ao direito antecedente.

A tudo isto, acresça-se o argumento de que a admissão da responsabilidade estatal por atos legislativos acarretaria engessamento da função legislativa, porque representaria uma supressão da liberdade atribuída ao legislador na conformação do Direito positivo.

¹²⁹ PRAZERES, Gustavo Cunha. **Responsabilidade Civil do Estado por atos legislativos**. 2009. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2009.

Ora, é nítida a incoerência deste entendimento, afinal, conquanto seja conferida certa margem de discricionariedade ao agente político, o mesmo não pode atuar ao seu mero alvedrio, pois no desempenho da função de legislar deve sempre ater-se aos limites constitucionais. Aliás, posicionamento diverso ocasionaria a subversão da ordem democrática, sobrepondo a lei à Constituição.

4.1.3 A representatividade política do Poder Legislativo e a imunidade material

O último argumento em que se funda a tese da irresponsabilidade civil estatal em face da atividade legiferante reside na representatividade política do Poder Legislativo, cuja investidura se processa mediante eleição direta pelo próprio povo para o exercício de mandato eletivo.

Tal preceito baseia-se na teoria da representação para explicar as relações do Estado com os agentes públicos. Nessa ordem, se o representante excede aos poderes que lhe foram atribuídos, a pessoa jurídica não seria responsável pela conduta ilegítima, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³⁰.

Decerto, o que se pretende é atribuir a culpa pela prática dos atos dos parlamentares aos próprios eleitores, pelo simples fato de serem estes os responsáveis pela escolha dos agentes públicos causadores do dano, de maneira a elidir o dever do Estado de reparar os prejuízos causados a terceiros.

Nesse sentido, esclarece Maria Emília Mendes Alcântara, citada por Júlio César dos Santos Esteves, que “a lesão causada por ato legislativo tem por autor o próprio lesado, enquanto membro da sociedade, que elege seus representantes para o Parlamento, não ensejando, por conseguinte, a responsabilidade do Estado pelos danos dele derivados”¹³¹.

Ocorre que, com a evolução do direito administrativo, a teoria da representação foi substituída pela ideia de imputabilidade, através da consagração da teoria do órgão, desenvolvida na Alemanha por Otto Gierke, conforme anota Marisa Helena D’Arbo Alves de Freitas¹³².

Essa corrente doutrinária, por sua vez, pressupõe que a vontade estatal é manifestada por

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 578.

¹³¹ APUD ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003, pg 96 -97.

¹³² FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. O Estado legislador responsável. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: nº 128, out/dez 1995, p. 285-295.

intermédio dos seus órgãos, cujas atribuições são efetivadas pelos agentes públicos que os integram.

Dessa forma, os comportamentos praticados pelos seus prepostos são imputáveis diretamente à pessoa jurídica a qual se vinculam, haja vista que a vontade declarada por aqueles corresponde ao verdadeiro desígnio do Estado, conforme precisa explicação de Celso Antônio Bandeira de Mello¹³³.

Ante o exposto, é nítido que a referida argumentação não se revela suficientemente plausível para impedir a incidência do dever do Estado de ressarcir o indivíduo prejudicado por sua atuação legiferante, tendo em vista a evolução das teorias que discutem as relações existentes entre o ente público e os seus agentes e a superação da doutrina da representação.

Cumpre registrar ainda que alguns autores que perfilham a tese de irresponsabilidade estatal apresentam também como obstáculo à aceitação do referido instituto o fato de o agente político encontrar-se acobertado pela imunidade material quando do desempenho da função de legislar.

Com efeito, em nome da concretização do próprio Estado Democrático de Direito e do princípio da separação dos poderes, a Constituição Federal de 1988 conferiu uma série de prerrogativas funcionais ou imunidades aos parlamentares, visando protegê-los da ingerência dos demais poderes integrantes da estrutura orgânica estatal e assegurar a independência, autonomia e liberdade no desenvolvimento da função legiferante.

Então, consagrou-se o denominado estatuto dos congressistas, conceituado por José Afonso da Silva¹³⁴ como o regramento constitucional que estabelece o regime jurídico dos componentes do Congresso Nacional, no qual se compreende a inviolabilidade, imunidade material, privilégio de foro, isenção militar e limitação ao dever de testemunhar.

Ressalte-se que, diante dos propósitos do presente estudo, necessário se faz a abordagem específica em relação tão somente às imunidades materiais.

A imunidade material, preceituada no art. 53, *caput*, da Lei Maior¹³⁵, é uma prerrogativa

¹³³ O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, *diretamente*, imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo, do próprio Estado.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 140).

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. revista e atualizada até a emenda constitucional n. 68, de 21.12.2011, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 535.

¹³⁵ Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

atribuída aos parlamentares objetivando uma atuação institucional livre, no qual garante a inviolabilidade civil e penal dos congressistas por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, desde que provenientes do exercício do mandato ou em consequência deste, nesse último caso ainda que se trate de atos praticados fora da Casa Legislativa respectiva.

Estas normas são aplicáveis aos deputados federais, senadores e também aos deputados estaduais e distritais. Contudo, a norma constitucional estabeleceu uma limitação quanto aos vereadores, visto que estes apenas são invioláveis por suas manifestações oriundas do exercício funcional na circunscrição do respectivo Município, consoante dispõe o art. 29, inciso VIII da CF/88¹³⁶.

Ocorre que a legitimação da reparação indenizatória em face dos particulares lesados, tendo em vista os prejuízos emergentes de leis inconstitucionais, conflita diretamente com a imunidade material, prerrogativa que garante a inviolabilidade civil e penal ao parlamentar, pois este figura na condição de agente público causador do dano.

A imunidade material obsta que seja imputada responsabilidade ao parlamentar, tanto na instância civil quanto criminal, desde que se verifique nexo causal entre a manifestação do agente político e o desempenho do mandato.

Desse modo, na hipótese de elaboração de ato normativo incompatível com a Constituição, não poderá o administrado demandar diretamente em face do congressista para obter a reparação dos prejuízos porventura oriundos de sua conduta ilícita.

Não obstante, a inviolabilidade civil apenas elide a responsabilização dos parlamentares, não excluindo a obrigação estatal indireta de ressarcir os danos sofridos pelos particulares em decorrência da edição de norma inconstitucional, haja vista que o Estado, no âmbito de todos os poderes constitucionais, responde objetivamente pelos atos praticados pelos seus agentes públicos, nessa qualidade, quando danosos a terceiros, na forma do art. 37, § 6º da CF/88.

Diante disso, se verifica que também não há pertinência quanto ao argumento alegado, com relação à imunidade material dos parlamentares, para viabilizar a sustentação da tese da irresponsabilidade do Estado Legislador.

Entendimento contrário representaria um retrocesso jurídico, visto que a referida doutrina demonstra um resquício da noção de onipotência do parlamento e infalibilidade do monarca que vigorava no período absolutista.

¹³⁶ Art. 29. [...] VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;

4.2 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS INCONSTITUCIONAIS

Exaurida a discussão quanto à teoria da irresponsabilidade estatal e ante a constatação da impossibilidade da mesma subsistir no Estado Democrático de Direito, adentrar-se-á nas especificidades que envolvem o tema proposto em epígrafe, englobando: a abordagem dos argumentos favoráveis à afirmação da responsabilidade do Estado Legislador, o delineamento dos pressupostos necessários para a sua configuração e a exposição das soluções oferecidas pela jurisprudência dos tribunais pátrios quanto às eventuais questões suscitadas.

Neste ponto reside a tese central do presente estudo, cujo objetivo consiste em oportunizar um vislumbre sistemático do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado por leis declaradas inconstitucionais, mediante a delimitação do seu sentido e alcance a partir de uma perspectiva contemporânea.

4.2.1 Fundamentos para a afirmação da responsabilidade do Estado em decorrência da edição de leis inconstitucionais.

De fato, a doutrina brasileira dominante tem se posicionado a favor da plena admissão da responsabilidade estatal por atos legislativos inconstitucionais, como decorrência inexorável do Estado de Direito¹³⁷.

Neste particular, José Cretella Júnior adverte que “se da lei inconstitucional resulta algum dano aos particulares, caberá a responsabilidade do Estado, desde que a inconstitucionalidade tenha sido declarada pelo Poder Judiciário¹³⁸”.

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho¹³⁹ pondera que a elaboração de ato normativo incompatível com a Constituição representa uma atuação ilegítima do Poder Legislativo, em

¹³⁷ Com o mesmo entendimento, dentre outros: Aguiar Dias (DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed., revisada, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 847), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 719-720).

¹³⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por ato legislativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 1, jul./set. 1983 p. 15-31.

¹³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed., revista, ampliada e atualizada até 31/12/2009. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010, p. 618.

virtude do desrespeito à Lei Maior, de maneira a ensejar a obrigação do Estado de reparar os danos advindos pela prática da ilicitude.

Em idêntica linha de intelecção, Caio Mário da Silva Pereira¹⁴⁰ observa que o legislador encontra-se adstrito aos preceitos e competências instituídas pelas normas constitucionais, de modo que se o parlamentar exorbitar os limites impostos para o desempenho da função de legislar estará cometendo ato ilícito e, conseqüentemente, acarretará a responsabilização do ente público.

Em síntese: a doutrina majoritária entende que o órgão legislativo ao editar lei inconstitucional descumpra o dever jurídico originário de obedecer aos parâmetros constitucionais, em relação aos quais se encontra vinculado, configurando o ato ilícito. Assim, diante da atuação legislativa contrária ao Direito, surge para o Estado o dever jurídico secundário de recomposição dos prejuízos causados.

Neste diapasão, convém destacar que, ao corroborar o posicionamento doutrinário, o Supremo Tribunal Federal, em inúmeros julgados mais antigos, sedimentou sua jurisprudência no sentido de afirmar o dever do poder público de reconstituir os danos causados a terceiros em decorrência de leis inquinadas pelo vício de inconstitucionalidade, como se depreende do precedente seguinte¹⁴¹:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. O Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional. (STF, Recurso Extraordinário n. 8.889/SP, Relator Ministro Castro Nunes, Julgado em 10.07.1948)

No mesmo sentido, confira-se o trecho extraído do voto do relator Ministro Cândido Mota Filho, proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 21.504/PE¹⁴²:

Foi no famoso caso William Marbury contra James Madison que Marshall analisou os Poderes do Legislativo, dizendo que esses poderes são definidos e limitados e para que esses poderes não possam se tornar confuso ou desfeitos, a Constituição é escrita. E se a lei inconstitucional não pode reger, todos os atos dela decorrentes podem e devem ser apreciados em suas conseqüências. Uma vez praticado pelo

¹⁴⁰ “Partindo, então, de que o Poder Legislativo não pode exorbitar dos termos da outorga constitucional, vale desde logo assinalar que o rompimento desta barreira pode ser erigido em pressupostos da responsabilidade do Estado. Votando lei cuja inconstitucionalidade é declarada formalmente pelo Judiciário, e com ela trazendo lesão a direito individual, o Legislador transpõe o limite da liceidade. Como o Legislativo é um Poder através do qual o Estado procede no cumprimento de suas funções, força é concluir que o ilícito, cometido por via da atuação legislativa, sujeita o Estado à reparação do dano causado.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 136).

¹⁴¹ Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Julho- Abr - Jun de 1950, v. 20, p. 42-45.

¹⁴² Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: Julho- Agosto e Setembro de 1957, volume 2, p. 121-123. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/002_1.pdf> Acesso em: 26/05/2013.

poder público um ato prejudicial que se baseou em lei que não é lei, responde ele por suas consequências. (STF, Recurso Extraordinário n. 21.504/PE, Rel. Min. Cândido Mota Filho, Julgado em 15.05.1957)

Mais recentemente, seguindo a mesma orientação, por ocasião da apreciação da questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 534-1/DF, o Ministro Celso de Mello manifestou seu entendimento pelo reconhecimento da obrigação do Estado de recompor os prejuízos sofridos pelos administrados em decorrência do desempenho inconstitucional da função de legislar¹⁴³.

Tecidas as considerações acima, constata-se que a tendência dos doutrinadores brasileiros e da jurisprudência pátria é a de reconhecer a responsabilidade extracontratual do Estado por atos legislativos inconstitucionais.

Com efeito, é evidente a razoabilidade do entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, tendo em vista que a responsabilização do poder público representa uma proteção aos direitos fundamentais do administrado em face dos arbítrios do legislador.

Ademais, cabe acentuar que o instituto da responsabilidade do ente público em razão do exercício inconstitucional da atividade legiferante encontra-se pautado nos princípios da legalidade e da igualdade na repartição dos ônus e encargos sociais, sem prejuízo da coexistência de outros fundamentos igualmente relevantes.

O princípio da legalidade determina a plena vinculação do legislador aos ditames constitucionais. Já o princípio da isonomia garante a equânime distribuição dos encargos e ônus públicos por toda a sociedade, vez que ao poder público apenas é permitido praticar atos em proveito do interesse da coletividade, não sendo legítimo lesar demasiadamente alguns em detrimentos de outros.

Sob este aspecto, confira-se o pronunciamento do STF na oportunidade do julgamento do Recurso Extraordinário nº 113.587/SP, sintetizado no trecho extraído da ementa do acórdão:

[...] A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se

¹⁴³ “Confira-se, a propósito, trecho extraído do voto do Ministro Celso de Mello, proferido no julgamento da ADI 534-1/DF, *in verbis*: “Com efeito, a elaboração teórica em torno da responsabilidade civil do Estado por atos inconstitucionais tem reconhecido o direito de o indivíduo, prejudicado pela ação normativa danosa do Poder Público, pleitear, em processo, próprio, a devida indenização patrimonial. A orientação da doutrina, desse modo, tem-se fixado, na análise desse particular aspecto do tema, no sentido de proclamar a plena submissão do Poder Público ao dever jurídico de reconstituir o patrimônio dos indivíduos cuja situação pessoal tenha sofrido agravos motivados pelo desempenho inconstitucional da função de legislar. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 534-1/DF. Questão de Ordem. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, julgado em: 26 ago 1992. DJ 31 ago 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266402>> Acesso em: 23/05/2013.)

assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.¹⁴⁴ (STF. Recurso Extraordinário n. 113.587/SP, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Julgado em 18.02.1992)

Por tudo isto, sobrevindo danos injustos a determinado indivíduo em decorrência da atuação estatal será devido o ressarcimento, sendo que os ônus derivados da indenização serão suportados pelos membros do corpo social através da tributação.

De outro lado, a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos também encontra fundamento na Constituição Federal de 1988, insculpido no art. 37, §6º. O supramencionado dispositivo constitucional consagrou a teoria objetiva com base no risco administrativo para fins de imputação da obrigação indenizatória ao poder público, sem estabelecer qualquer distinção entre atos legislativos, administrativos ou jurídicos, comissivos ou omissivos, lícitos ou ilícitos.

Ademais, ressalte-se que é absolutamente inviável a aplicação da responsabilidade subjetiva ao Estado Legislador no direito brasileiro, tendo em vista a dificuldade ou mesmo impossibilidade de individualização da culpa dos parlamentares, em virtude da complexidade do processo de produção legislativa, de maneira que entendimento em sentido contrário ocasionaria o desamparo da vítima.

Assim, em vista dos argumentos apresentados, conclui-se que na hipótese de edição de leis incompatíveis com a Carta Magna o Estado responde objetivamente pelos danos causados aos particulares pelo comportamento ilícito dos agentes públicos, sendo dispensada a demonstração da culpa do ofensor.

Neste caso, insta salientar que apenas a mera declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo não enseja automaticamente a pretensão indenizatória, mesmo porque podem inexistir danos sujeitos a reparação.

Dessa forma, além da proclamação da invalidade da norma pelo órgão competente, far-se-á necessário também a comprovação de um dano ilegítimo suportado pelo indivíduo, bem como a demonstração do nexa causal entre a conduta do agente político e o prejuízo, haja vista que a lesão a direito precisa resultar diretamente da incidência da lei inválida.

Com isso, tais particularidades que envolvem os elementos caracterizadores da responsabilidade estatal por atos legislativos inconstitucionais serão brevemente delineadas adiante.

¹⁴⁴ Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: Maio de 1992, volume 140, tomo 2, p. 636-642. Disponível em: <http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/140_2.pdf> Acesso em: 26/05/2013.

4.2.2 Elementos: conduta, dano e nexa causal

O primeiro pressuposto básico para configuração da obrigação indenizatória do Estado refere-se à conduta do agente público.

Como explanado anteriormente, o Estado é uma pessoa jurídica e sua vontade é expressa através da atuação de pessoas físicas que compõem os diversos órgãos institucionais, qualificados como agentes públicos.

Neste contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que para ensejar a sua responsabilização é necessário que o evento lesivo tenha derivado da conduta de algum preposto quando do desempenho da atividade funcional ou que a condição de agente público tenha sido determinante para o resultado danoso¹⁴⁵.

No caso de elaboração de lei inconstitucional trata-se de uma conduta comissiva e ilícita imputável diretamente ao poder público, visto que o legislador descumprir o dever jurídico de obediência às normas constitucionais.

Outro ponto relevante diz respeito ao dano produzido pela atividade estatal. Sob este aspecto, convém evidenciar a lição do supracitado doutrinador¹⁴⁶, segundo o qual nem todas as lesões são indenizáveis. Assim, na hipótese de comportamento ilícito do Estado é imprescindível que o prejuízo seja certo, independente do cunho moral ou patrimonial, bem como se exige a violação a um direito tutelado do particular.

Isso significa que para ensejar a responsabilidade do ente público por atos normativos em descompasso com a ordem constitucional é dispensada a observância dos critérios de especialidade e anormalidade, ao contrário da regra estipulada para as condutas lícitas.

Por fim, importa destacar as peculiaridades relativas ao nexa de causalidade, consistente na relação direta de causa e efeito entre o comportamento do agente político e o evento danoso, haja vista que o prejuízo precisa decorrer de forma imediata da norma inconstitucional.

Nesta senda, cumpre registrar o posicionamento sustentado por Gustavo Cunha Prazeres¹⁴⁷ no sentido de que se é válida a lei em tese e o órgão concretizador da norma lhe atribui uma interpretação incompatível com a Lei Fundamental, não poder-se-ia imputar a

¹⁴⁵ MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011, São Paulo: Ed. Malheiros, 2012, p. 1026.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 1036-1038.

¹⁴⁷ PRAZERES, Gustavo Cunha. **Responsabilidade Civil do Estado por atos legislativos**. 2009. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2009.

responsabilidade ao Poder Legislativo.

Não obstante, sendo o ato normativo flagrantemente inconstitucional, não cabendo juízo discricionário aos administradores na sua efetivação, por força do princípio da legalidade, configurar-se-ia o vínculo direto entre a atividade legiferante e o evento lesivo.

4.2.3 Controle concentrado x Controle difuso

Questão controvertida que merece especial enfoque diz respeito à exigência de prévia declaração de inconstitucionalidade proclamada através do modelo abstrato de constitucionalidade das leis como pressuposto indispensável para configurar a responsabilidade do Estado Legislador.

O posicionamento prevalecente na doutrina é de que a decisão jurisdicional em que restou declarada a inconstitucionalidade incidentalmente não é suficiente para originar a responsabilização estatal. Ou seja, a imputação da obrigação de indenizar ao poder público em virtude da edição de atos legislativos em descompasso com a Constituição encontra-se condicionada à prévia declaração de inconstitucionalidade manifestada por via do controle concentrado¹⁴⁸.

Com efeito, o assunto ainda não foi objeto de debate aprofundado pelo Supremo Tribunal Federal. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial de nº 571.645, se pronunciou no sentido de que “apenas se admite a responsabilidade civil por ato legislativo na hipótese de haver sido declarada a inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado”¹⁴⁹.

Insta salientar que no Brasil o controle de constitucionalidade das leis é formado por um sistema misto, compreendendo o seu exercício nas modalidades incidental ou concentrado.

¹⁴⁸ A esse respeito, a título meramente exemplificativo, destaque-se a lição de Rui Stoco: “Se a declaração de inconstitucionalidade ocorrer no processo de modo incidental, nem mesmo à parte a quem aproveita permitir-se-á reclamar reparação. Contudo, se a declaração decorrer do controle concentrado do STF, terá valor *erga omnes* e qualquer prejudicado poderá reclamar.” (STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed., revista, atualizada e ampliada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1335.)

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 571.645, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.09.06, DJ 30.10.06. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2623536&sReg=200301094980&sData=20061030&sTipo=91&formato=PDF> Acesso em: 25.05.2013.

Consoante preleciona Dirley da Cunha Júnior¹⁵⁰, no sistema difuso ou incidental atribui-se a todos os juízes e tribunais, em qualquer de suas instâncias, a competência para proclamar a incompatibilidade de uma norma em face da Lei Fundamental. Enquanto que no sistema concentrado somente é competente para o desempenho da fiscalização normativa abstrata o Supremo Tribunal Federal, diante de conflito direto com os preceitos estabelecidos na Constituição Federal, ou o Tribunal de Justiça dos Estados, quando o parâmetro de controle for a própria Constituição Estadual.

Ora, é evidente que não há como predominar a vertente doutrinária e jurisprudencial que sustenta a exigência de prévia declaração de inconstitucionalidade da norma em sede de controle abstrato de constitucionalidade para que seja devida a pretensão indenizatória.

Em primeiro plano, não há justificativa para cogitar o tratamento jurídico diferenciado para as decisões proferidas em quaisquer das espécies de controle de constitucionalidade, tendo em vista que em ambos os métodos de fiscalização normativa a declaração de inconstitucionalidade possui natureza declaratória e, em regra, conduz à sanção de nulidade, fulminando o ato legislativo desde a sua origem.

Dessa forma, impõe-se a retroatividade dos efeitos da decisão que pronuncia a invalidade da norma, com o conseqüente desfazimento de todas as situações constituídas sob a sua égide, inclusive o ressarcimento dos prejuízos provocados pela lei considerada nula aos particulares, com o fito de reestabelecer o equilíbrio social rompido.

De outro lado, tampouco é plausível o argumento invocado de que a declaração de inconstitucionalidade incidental como supedâneo para a responsabilidade do Estado, conforme procedida pelos órgãos judiciais na solução de cada caso concreto, ensejaria a insegurança jurídica, uma vez que a Corte Suprema poderia apreciar a demanda no desempenho da sua competência recursal, por meio de recurso extraordinário.

Aliás, não se olvide que o Senado Federal pode deliberar pela suspensão da execução do ato normativo reputado inconstitucional pela decisão do Excelso Pretório no exercício do controle difuso, atribuindo eficácia *erga omnes*, como visto alhures.

Logo, infundada tal argumentação que pretende restringir o acesso à pretensão indenizatória ao estabelecer a exigência de prévia declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle concentrado.

¹⁵⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6 ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 106.

Em segundo plano, a manutenção deste entendimento importa dizer que os indivíduos lesados por ato legislativo constitucional, praticado de forma lícita, teriam seus direitos reparatórios assegurados mais facilmente do que os sujeitos que sofreram danos pela conduta ilícita do legislador, em virtude da edição de lei inconstitucional, pois para os primeiros inexistiria o mencionado condicionamento, consoante preleciona Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas¹⁵¹.

Ademais, tal requisito representaria uma negativa de acesso à justiça, uma vez que o rol de legitimados para propor as ações no controle concentrado é restrito, o que dificultaria e reduziria sobremodo as chances do administrado obter efetivamente a tutela dos seus direitos.

Júlio César dos Santos Esteves refuta a exigência de prévia declaração de inconstitucionalidade como pressuposto para a imputação de responsabilidade ao Estado Legislador, sob o fundamento de que o referido requisito conduziria à ineficácia na proteção aos direitos individuais, sendo inconciliável com o sistema processual atual¹⁵².

Consigne-se, ainda, que o Estado responde civilmente não somente pelas condutas ilícitas praticadas pelos agentes públicos quando do exercício da função de legislar, mas também por comportamentos lícitos, desde que se verifique no caso concreto uma lesão a direito de terceiros. Isto é, o fundamento da responsabilização estatal não é o fenômeno da inconstitucionalidade, porém o dano injusto sofrido por uma ou algumas pessoas determinadas.

Nessa ordem, há que se destacar o posicionamento defendido por Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas¹⁵³, segundo o qual inexistindo reconhecimento de invalidade da norma lesiva pelo Poder Judiciário, ainda assim seriam aplicáveis as regras de responsabilização estatal por atos lícitos. Nesta última hipótese, seria necessário, tão somente, a demonstração da conduta, do nexo causal e do dano certo, especial e anormal suportado pelo particular.

Ante o exposto, conclui-se que não se afigura razoável a referida imposição de prévia

¹⁵¹ FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. O Estado Legislador Responsável. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, nº 128, p. 285-295, out/dez 1995.

¹⁵² “A exigência de prévia declaração de inconstitucionalidade da lei pela via do controle concentrado, como requisito da responsabilização do Estado por lei inconstitucional, não se coaduna com a sistemática processual vigente, em que a via de exceção deve se mostrar igualmente eficaz, na defesa de direitos. Não se vislumbra, ademais, qualquer obstáculo à obtenção de efeito patrimonial, pela via de ação em que se suscita o controle incidental de constitucionalidade. A posição do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a lei de efeitos concretos não se expõe à jurisdição do controle concentrado de constitucionalidade, reforça a conclusão quanto à inexistência do referido requisito de responsabilização.” (ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003, p 249-250).

¹⁵³ FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. *Op. cit.*, out/dez 1995, p. 285-295.

declaração de invalidade da norma prolatada em sede de controle abstrato.

Por derradeiro, filiamo-nos à tese perfilhada por Júlio César dos Santos Esteves¹⁵⁴, Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas¹⁵⁵, Felipe Braga Netto¹⁵⁶, dentre outros, no sentido de que não se vislumbra qualquer impedimento à aceitação da obrigação estatal em indenizar os danos emergentes de leis inconstitucionais por via do controle difuso de constitucionalidade. Portanto, dispensa-se a necessária precedência do ajuizamento de uma ação do sistema concentrado para declarar a nulidade da respectiva norma.

4.2.4 A responsabilidade civil estatal e a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

Como já exposto no capítulo precedente, no direito brasileiro, em regra, a decisão que proclama a inconstitucionalidade de um ato normativo cinge-se a declarar a existência de um vício de validade preexistente, cuja consequência consiste na nulidade da norma, produzindo efeitos *ex tunc* ou retroativos.

No entanto, é admissível a possibilidade de limitação da eficácia temporal da decisão proferida no controle de constitucionalidade, com o objetivo de afastar a incidência da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, mediante a fixação de efeitos prospectivos ao julgado.

Assim, no âmbito do controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal poderá determinar a produção de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, visando a preservação do princípio da segurança jurídica e o interesse social, desde que obedecido o quórum qualificado de 2/3 dos respectivos membros, com fulcro no art. 27 da Lei nº 9.868/99 e no art. 11 da Lei nº 9.882/99. Da mesma forma, em que pese o silêncio da lei, entende-se que é possível a aplicabilidade, por analogia, da modulação dos efeitos temporais também no exercício do controle na via difusa.

Ocorre que a atribuição de eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade importa na afirmação de validade de todos os atos praticados até então sob o amparo da lei viciada,

¹⁵⁴ ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003, p. 249-250.

¹⁵⁵ FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. O Estado Legislador Responsável. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, nº 128, p. 285-295, out/dez 1995.

¹⁵⁶ BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo:Saraiva, 2008, p. 241.

portanto, não haverá a imposição do desfazimento das relações jurídicas constituídas na vigência da norma inconstitucional.

Neste contexto, surge a indagação se haveria a possibilidade de limitação da responsabilidade do Estado Legislador em razão da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho¹⁵⁷, o dano gerado pela conduta ilícita rompe o equilíbrio existente entre o ofensor e o ofendido, de maneira que se faz necessário o restabelecimento da harmonia social mediante o estabelecimento da obrigação de indenizar, esta compreendida como a recomposição do *status quo ante*. Ou seja, a função do instituto da responsabilidade civil se constitui na restituição integral da situação à vítima, vigorando neste âmbito o princípio do *restitutio in integrum*.

Apenas diante da impossibilidade de retorno ao estado anterior das coisas é que o agente causador do dano se obrigará à satisfação das perdas e danos, consubstanciada na substituição da tutela específica por uma prestação pecuniária proporcional ao prejuízo, nos termos do art. 947 do CC/02¹⁵⁸.

Diante disso, havendo a declaração de inconstitucionalidade da lei com a fixação de efeitos prospectivos ou *pro futuro*, não será exigido do poder público a reparação integral da situação anterior à lesão, permanecendo válidas as relações jurídicas constituídas no interstício compreendido entre a edição da norma viciada e o seu expurgo do ordenamento jurídico.

Não obstante, remanescerá o direito do administrado de reclamar sua pretensão indenizatória por perdas e danos, de modo a configurar a responsabilidade do Estado Legislador.

¹⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, p. 14.

¹⁵⁸ Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

5 CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos abordados ao longo do presente estudo é possível organizar didaticamente as seguintes considerações finais:

1. A responsabilidade civil consiste em imputar a alguém a obrigação de ressarcir danos causados a terceiros. Dessa forma, verifica-se a existência de duas espécies de dever jurídico: um originário que corresponde ao comportamento positivo ou negativo imposto pelo sistema jurídico; e um secundário, que emerge do descumprimento do dever jurídico primário, consistente na obrigação de reconstituir os danos causados a outrem.
2. Em que pese a existência de divergências doutrinárias acerca da definição dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, entende-se que esta é formada por três pressupostos essenciais, quais sejam: conduta, dano e nexos causal.
3. A conduta é um comportamento constituído pela vontade humana e que se revela contrário ao Direito. Pode resultar de um ato comissivo, verificado quando o sujeito age quando lhe era exigido um dever de abstenção, ou de um ato omissivo, na hipótese em que o indivíduo se omite quando era obrigado a agir para evitar a ocorrência do prejuízo.
4. A culpa em sentido amplo qualifica a conduta lesiva, caracterizando-se como elemento subjetivo accidental. A culpabilidade *lato sensu* é o gênero que engloba duas espécies: o dolo e a culpa *stricto sensu*. A culpa em sentido estrito é verificada quando o ofensor atua com a inobservância do dever objetivo de cuidado, por incorrer em imprudência, negligência ou imperícia, e causa um dano não pretendido. Já o dolo consiste na vontade e intenção dirigida para alcançar o resultado danoso.
5. O dano corresponde ao prejuízo a um direito ou bem jurídico oriundo da conduta lesiva e divide-se em dano moral e material. A indenização é fixada de acordo com a extensão do dano, de modo que não pode ser superior ou inferior ao prejuízo.
6. No âmbito estatal, o poder público pode ser responsabilizado tanto por danos patrimoniais quanto extrapatrimoniais. No caso de conduta ilícita do agente público é exigida a certeza da lesão e a ofensa a um direito legítimo do indivíduo, todavia, no que concerne à conduta lícita, além destes requisitos ainda é necessário que o prejuízo seja anormal e especial.
7. O nexos de causalidade compreende o vínculo direto entre a conduta humana e o evento danoso. O estudo do nexos causal envolve a abordagem de diversas teorias na tentativa de sua explicação, dentre as quais se destacam: a teoria da equivalência dos antecedentes, teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta e imediata. Entende-se que o Código

Civil acolheu a teoria da interrupção do nexo causal, com fundamento no art. 403 do referido diploma legislativo, em consonância com a orientação defendida pelo Supremo Tribunal Federal.

8. As excludentes de responsabilidade civil são causas que geram o rompimento do nexo causal, de maneira a eximir o agente da obrigação de indenizar. As principais são: caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro. Em regra, o Estado responde objetivamente pelos danos produzidos pelos agentes públicos, com fundamento na teoria do risco administrativo. Isso significa que a verificação da existência de alguma das excludentes de responsabilidade elide o dever do ente público de reparar a lesão, salvo na hipótese de fato de terceiro.

9. A responsabilidade civil do Estado por atos legislativos é extracontratual e indireta. É extracontratual porque não deriva de um acordo de vontades preexistente e indireta porque o poder público responde pela conduta praticada pelos agentes públicos.

10. O Código Civil de 2002 adotou, em regra, a teoria da responsabilidade subjetiva. Entretanto, o Estado responde objetivamente por danos causados pelas condutas praticadas pelos agentes públicos, nesta qualidade, com fundamento na teoria do risco administrativo, na forma do art. 37, §6º da CF/88. Por conseguinte, para configurar a responsabilidade do Estado apenas é necessário a demonstração da conduta, do dano e do nexo causal, prescindindo da comprovação da culpa do ofensor. Consequentemente, a única forma de eximir-se da responsabilização é comprovar a ocorrência de alguma excludente.

11. Ressalte-se que na hipótese de conduta estatal omissiva, bem como no que concerne à ação regressiva do Estado em face do agente público causador do evento lesivo, aplica-se a teoria subjetiva.

12. O instituto da responsabilidade do Estado sofreu diversas transformações ao longo da história, perpassando desde a fase da irresponsabilidade, pela fase civilista ou da responsabilidade subjetiva, até alcançar a fase da teoria da responsabilidade objetiva fundada no risco administrativo.

13. A teoria da separação de poderes, em sua concepção atual, propõe uma distribuição de atribuições entre diversos órgãos estatais, independentes e harmônicos entre si, de forma a garantir um sistema de freios e contrapesos. Assim, os poderes estatais desempenham funções típicas e atípicas.

14. O Poder Legislativo exerce precipuamente a função de legislar, consubstanciada na elaboração de normas imperativas, gerais, abstratas, impessoais e que são aptas a inovar o ordenamento jurídico.

15. O conceito de lei em sentido material pauta-se na existência dos atributos do ato normativo, quais sejam: a abstração, generalidade, impessoalidade e inovação na ordem jurídica. O atributo da generalidade importa dizer que a lei deve ser destinada para toda a sociedade, não se referindo a pessoas determinadas. A característica da abstração impõe que a norma legal não pode reger situações concretas. Por sua vez, o conceito de lei em sentido formal refere-se ao órgão responsável pela edição do ato normativo, qual seja o parlamento, sendo desnecessário possuir o caráter geral, abstrato e impessoal. Ou seja, o conceito de lei em sentido formal foi relativizado com a existência das denominadas leis de efeitos concretos.

16. A atividade legislativa não é exclusiva do Poder Legislativo, este órgão apenas a desempenha precipualemente. Isto é, os demais órgãos da estrutura interna estatal também podem editar normas caracterizadas como atos legislativos, entretanto o ponto central do presente estudo se resume à atividade típica desenvolvida pelo Parlamento.

17. As normas jurídicas no direito brasileiro são dotadas de presunção de constitucionalidade relativa, exceto as normas constitucionais originárias que gozam de presunção absoluta. Isto porque se presume que os atos normativos foram elaborados de acordo com os preceitos constitucionais. Não obstante, esta presunção é relativa, admitindo-se prova em contrário, que pode ser elidida com a declaração de inconstitucionalidade.

18. O legislador possui o dever jurídico de editar normas compatíveis com a Constituição, de maneira que ao elaborar leis em descompasso com a Carta Magna incorrerá em ilicitude. Isto porque não se trata o Poder Legislativo de um órgão soberano. Ao revés, este é um poder constituído, portanto, condicionado e limitado pelos ditames constitucionais.

19. O controle de constitucionalidade é o instrumento através do qual se verifica a compatibilidade das leis e atos do poder público em face da Constituição, cujos pressupostos essenciais são: o princípio da supremacia constitucional e a rigidez constitucional.

20. O princípio da supremacia constitucional pressupõe um sistema hierarquizado de normas, no qual a Carta Magna ocupa lugar de preeminência em relação aos demais atos normativos, consistindo no fundamento de validade daqueles. Por conseguinte, todo ato que lhe contrariar restará inválido. Já a rigidez constitucional consiste em estabelecer um processo de produção normativa mais complexo para as normas constitucionais, como forma de reforçar a superioridade destas em detrimento das leis elaboradas pelo procedimento legislativo comum.

21. O controle de constitucionalidade pode ser classificado de diversas maneiras: controle político ou judicial, controle preventivo (realizado antes da concretização da norma) ou

repressivo (realizado após a efetivação da lei), controle concentrado ou difuso, por via incidental ou por via principal.

22. O Brasil adotou um sistema misto de constitucionalidade, de maneira que coexistem os modelos difuso ou concentrado.

23. No sistema difuso compete a qualquer juiz ou tribunal apreciar a conformidade da norma com a Lei Fundamental, naquelas demandas que forem submetidas ao crivo do Poder Judiciário. Nesse caso, a declaração de inconstitucionalidade será decidida incidentalmente, como prejudicial para a solução do caso concreto.

24. No sistema concentrado de constitucionalidade compete apenas ao Supremo Tribunal Federal realizar a fiscalização abstrata das normas conflitantes diretamente a Constituição Federal ou aos Tribunais de Justiça nos Estados, quando o parâmetro for a Constituição Estadual. Assim, o objeto do processo é a própria lei em tese, por isso também é denominado de controle por via principal ou *principaliter tantum*.

25. O fenômeno da inconstitucionalidade atinge o plano da validade da norma. O ato existe, porém resta inquinado por um vício insanável. Ou seja, constatada a incompatibilidade vertical entre a lei e a Constituição, independente se por vício formal ou material, o ato legislativo será considerado nulo de pleno direito. A inconstitucionalidade pode se apresentar por vício formal, devido à inobservância dos procedimentos estabelecidos para a elaboração normativa, ou por vício material, quando a incompatibilidade se refere ao conteúdo legal.

26. O direito brasileiro acolheu o dogma da nulidade *ipso iure* dos atos normativos inconstitucionais, rejeitando a tese da anulabilidade defendida por Hans Kelsen. Dessa forma, a decisão que proclama a invalidade da norma possui natureza declaratória, pois se limita a reconhecer a existência de um vício preexistente. Ademais, a declaração de inconstitucionalidade, em regra, produz efeitos retroativos, fulminando a lei desde sua origem, de modo que se impõe a desconstituição de todas as relações jurídicas formadas sob a égide da norma viciada.

27. De fato, em regra, a declaração de inconstitucionalidade conduz à sanção de nulidade da norma. Não obstante, passou-se a admitir no direito brasileiro a atenuação desta regra para permitir a modulação dos efeitos temporais da decisão, mediante a atribuição de eficácia prospectiva à decisão, em nome da preservação de outros valores constitucionalmente relevantes. Esta teoria da flexibilização da eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade se coaduna com ambos os sistemas de controle, difuso ou concentrado.

28. A declaração de inconstitucionalidade pronunciada no modelo incidental produz efeitos *inter partes*, de modo que apenas atinge as partes litigantes no processo subjetivo.

Todavia, no modelo abstrato a decisão produz eficácia *erga omnes* e vinculante, de maneira que é oponível contra toda a coletividade, por se tratar de hipótese de legitimação extraordinária e impugnação da própria lei em tese. No entanto, registre-se que é facultado ao Senado Federal determinar a suspensão da execução do ato normativo reputado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle difuso, visando estabelecer a extensão dos efeitos da decisão, tornando-a oponível *erga omnes*.

29. A responsabilidade civil estatal percorreu um longo processo de evolução. No Brasil admite-se a responsabilidade do Estado por atos administrativos e jurídicos, como corolário do Estado Direito. Contudo, no que concerne aos atos provenientes do Poder Legislativo vários argumentos ainda são sustentados na defesa da irresponsabilidade do poder público.

30. Os principais argumentos invocados pelos adeptos da teoria da irresponsabilidade do Estado Legislador são: a compreensão da lei como expressão do poder soberano absoluto; os atributos caracterizadores da lei em sentido material, consubstanciados na generalidade, abstração, impessoalidade e inovação da ordem jurídica; a representatividade política do órgão legislativo.

31. Primeiramente, cumpre destacar que a soberania é um atributo do Estado como um todo, não dos poderes estruturais que o compõem, motivo pelo qual as funções estatais não são mais concebidas como parcela da soberania. Ademais, o poder é uno e indivisível, a teoria da separação de poderes se resume a estabelecer uma repartição de atribuições para organizar o funcionamento da máquina estatal, logo não há que se falar em prevalência de um poder em relação ao outro.

32. Por outro lado, ainda que a atividade legislativa seja considerada como manifestação da soberania estatal, este poder não pode ser exercido de forma ilimitada, afinal o legislador deve ater-se aos parâmetros impostos nas normas constitucionais. Destarte, é evidente a insubsistência deste argumento para refutar a aceitação da responsabilidade do Estado Legislador, mesmo porque o tratamento jurídico deve ser o mesmo atribuído aos demais poderes estatais.

33. O segundo ponto da teoria da irresponsabilidade diz respeito aos critérios de abstração, generalidade, impessoalidade e capacidade de inovar o ordenamento jurídico, sob a justificativa de que a lei não seria apta a gerar danos aos particulares.

34. Também é falível o supracitado fundamento sustentado, tendo em vista que houve uma mitigação do conceito de lei em sentido material com o surgimento das denominadas leis de efeitos concretos, no qual são disciplinadas situações concretas e individuais. Além disso, a administração pública se submete ao princípio da legalidade, não podendo agir senão nos

termos que a lei prescreve. Ou seja, não há como imputar a causa do dano ao órgão concretizador da norma nos casos em que não é conferida discricionariedade ao aplicador da lei. Ademais, destaca-se também que em algumas hipóteses a lei compulsoriamente se impõe, independente de intermediação de qualquer ato proveniente do Estado, de maneira que a responsabilidade recai sobre o próprio órgão competente para a edição da norma.

35. Outros argumentos alegados pela doutrina da irresponsabilidade correspondem à representatividade política do Poder Legislativo e a imunidade material. Com isso se pretende atribuir a culpa pela conduta ilícita dos parlamentares ao próprio povo, pois eles são os responsáveis pela eleição dos seus representantes.

36. Esta argumentação também se revela insubsistente por alguns aspectos. Primeiramente, porque a teoria da representação encontra-se superada pela teoria do órgão. Isso significa que a vontade estatal é manifestada por intermédio dos atos dos agentes públicos que integram os órgãos do Estado, desse modo é imputável diretamente à pessoa jurídica a responsabilidade pela prática das condutas dos seus prepostos.

37. Por sua vez, a imunidade material compreende uma série de prerrogativas atribuídas aos parlamentares, com o objetivo de viabilizar a autonomia e independência funcional. Portanto, apenas elide a responsabilidade civil e penal do congressista, de sorte que não pode o Estado se furtar da obrigação de indenizar.

38. Com efeito, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial converge no sentido de afirmar a responsabilidade do Estado por atos legislativos inconstitucionais, como decorrência lógica do Estado de Direito.

39. A responsabilidade estatal em razão do desempenho inconstitucional da função de legislar encontra fundamento no princípio da legalidade, visto que o ato normativo afronta o texto constitucional, bem como no princípio da repartição igualitária dos ônus e encargos sociais. Acresça-se a isto o fato de ser uma medida de proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos em face dos arbítrios do poder público.

40. Ademais, a Constituição Federal de 1988 expressamente consagrou a responsabilidade objetiva do Estado, pautada na teoria do risco administrativo, e não fez qualquer menção à exclusão do Poder Legislativo da incidência de tal regramento. Portanto, entendimento em sentido contrário seria negar a própria vontade constitucional.

41. Aliás, não se olvide que o texto constitucional faz referência à expressão agentes públicos, não persistindo qualquer dúvida de que os parlamentares também se encaixam nesse título. Por conseguinte, sobrevivendo danos emergentes da edição de lei inconstitucional será imputado ao Estado o dever de reparação.

42. Ocorre que a mera declaração de inconstitucionalidade não é suficiente para ensejar a pretensão indenizatória, pois se exige também a comprovação do dano ilegítimo suportado pelo lesado e do nexo causal direto entre a conduta do agente político e o prejuízo, haja vista que se o dano resultar somente indiretamente da lei inválida não será possível imputar a obrigação de indenizar ao órgão legislativo.

43. Outra problemática importante diz respeito à prévia exigência da declaração de inconstitucionalidade pronunciada por via do controle abstrato para obter a pretensão reparatória. Ao contrário do posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, entende-se que não se vislumbra qualquer óbice à admissão da responsabilidade do Estado Legislador quando fundada em declaração incidental de inconstitucionalidade.

44. A manutenção desta exigência de prévia declaração de inconstitucionalidade proclamada no controle concentrado representaria uma negativa de acesso à justiça, haja vista que o rol de legitimados para ajuizar uma ação no modelo abstrato é restrito. Logo, o lesado ficaria à mercê da boa vontade alheia para obter a tutela dos seus direitos.

45. De outra parte, se houver a permanência desta exigência, os danos produzidos por leis constitucionais serão mais facilmente ressarcidos em comparação aos prejuízos emergentes de leis inconstitucionais, o que revela uma absoluta contradição, eis que no segundo caso trata-se de uma conduta ilícita.

46. Por fim, conclui-se que é plenamente admissível a responsabilidade do Estado por atos legislativos inconstitucionais, mesmo que a decisão que pronuncie a declaração de inconstitucionalidade determine a modulação dos efeitos temporais. Nesta hipótese, restará prejudicado o desfazimento de todas as relações constituídas sob a égide da lei, ou seja, não será possível a restituição integral ao estado anterior das coisas. No entanto, não há como negar o direito do lesado de reclamar a indenização por perdas e danos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3 ed. revista. São Paulo: EDIPRO, 2005.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de julho de 1934. Rio de Janeiro/RJ
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em: 20/09/2012.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Rio de Janeiro/RJ. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm> Acesso em: 20/09/2012.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro/RJ. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm> Acesso em: 20/09/2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília/DF. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm> Acesso em: 20/09/2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: Senado. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20/09/2012.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília/DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm> Acesso em: 20/09/2012.

BRASIL. **Lei nº 8429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm> Acesso em: 20/09/2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília/DF
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>
Acesso em: 20/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2, voto Relator Min. Paulo Brossard. Tribunal Pleno. Brasília: Julgado em 06/02/1992, DJ 21/11/97.
Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em: 27/04/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815, Relator Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Brasília: Julgado em 28/03/1996, DJ 10/05/1996.
Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+815%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+815%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ars7zls>> Acesso em: 25/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 534-1/DF. Questão de Ordem. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, julgado em: 26 ago 1992. DJ 31 ago 1992. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266402>> Acesso em: 23/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Julho- Abr - Jun de 1950, v. 20, p. 42-45.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: Julho-Agosto e Setembro de 1957, volume 2, p. 121-123. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/002_1.pdf> Acesso em: 26/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: Maio de 1992, volume 140, tomo 2, p. 636-642. Disponível em:
<http://stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/140_2.pdf> Acesso em: 26/05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 571.645, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.09.06, DJ 30.10.06. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2623536&sReg=200301094980&sData=20061030&sTipo=91&formato=PDF> Acesso em: 25.05.2013.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo:Saraiva, 2008, p. 241.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 Ed., revista, ampliada e atualizada até 31/12/2009. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por ato legislativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 1, jul./set. 1983.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed., revista, ampliada e atualizada. Ed. Jus Podivm, 2011.

_____. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 6 ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2012

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed., revisada, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 25 ed., Volume 7. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed., atualizada até a EC nº 62/09. São Paulo: Atlas, 2010.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. O Estado legislador responsável. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: nº 128, out/dez 1995, p. 285-295.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011, São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma perspectiva civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

PRAZERES, Gustavo Cunha. **Responsabilidade Civil do Estado por atos legislativos**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2009.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. revista e atualizada até a emenda constitucional n. 68, de 21.12.2011, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 535.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed., revista, atualizada e ampliada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.