

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADVOCACIA  
EMPRESARIAL, RESPONSABILIDADE CIVIL E CONTRATOS**

**LEONARDO MORENO GENTILIN DE MENEZES**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO LEGISLATIVO**

**BRASÍLIA,  
JULHO 2016**

**LEONARDO MORENO GENTILIN DE MENEZES**

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LEGISLATIVO**

Monografia apresentada ao curso de Pós-graduação em Advocacia Empresarial, Responsabilidade Civil e Contratos do Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito parcial para obtenção do Título de Pós-graduado.

**BRASÍLIA,  
JULHO 2016**

**LEONARDO MORENO GENTILIN DE MENEZES**

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LEGISLATIVO**

Monografia apresentada ao curso de Pós-graduação em Advocacia Empresarial, Responsabilidade Civil e Contratos do Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito parcial para obtenção do Título de Pós-graduado.

Brasília, 20 de Julho de 2016.

---

Professor Doutor Marcus Firmino Santiago  
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP  
Membro da Comissão Avaliadora

## RESUMO

O presente trabalho possui, como um de seus objetivos, a abordagem doutrinária e jurisprudencial da hipótese jurídica da responsabilização civil do Estado por ato legislativo. Por ser indispensável a um embasamento sólido do tema, inicialmente se estuda a Responsabilidade Civil como um todo, seus principais elementos, histórico no mundo e no Brasil, de maneira a estabelecer as bases do que será posteriormente estudado de modo mais aprofundado. Delineia-se, de passagem, o Poder Legislativo e seus atos, apenas por serem, inevitavelmente, objeto de questionamento eventual no que toca à responsabilização, assim como o sistema de freios e contrapesos, posto que a matéria por ele perpassa de modo natural. Por fim, trazemos os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, a favor ou em sentido contrário, para que se viabilize entendimento holístico-científico e eventual posicionamento do leitor. Como principal propósito destacamos a busca pela difusão do estudo do tema sem fuga ao lugar comum, usualmente frequentado por quem aborda o tema, como se apenas um posicionamento houvesse.

Palavras-chave: Responsabilidade. Estado. Ato legislativo.

## **ABSTRACT**

The present dissertation, has as one of its objectives, the approach of the legal hypothesis concerning the State's Liability for Legislative Acts. As an indispensable starting point for the broad approach of the theme, the initial focus is put on Civil Responsibility in general, bringing its most important elements, history in the world and in Brazil, so that the basis for what is studied further on is well established. Subsequently, we delineate the Legislative Power, seeking comprehension of the parliamentary function and the balance of powers on the checks and balances system, as a natural development on the study. Near the end, we approach the most important theories and their authors concerning the major theme, as well as the jurisprudential positioning on the present moment, be it in favor or contrary to the Stat's liability on the matter of legislative acts. As its main purpose we hope to achieve the propagation of the theme's study, in a way that contributes to its evolution on the academy and progress of the law.

Keywords: Responsibility. State. Legislative act.

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | <b>6</b>  |
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | <b>6</b>  |
| <b>1. RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....                               | <b>8</b>  |
| 1.1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA.....                           | 9         |
| 1.2 MODALIDADES E PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....       | 12        |
| <b>1.2.1 Contratual e extracontratual</b> .....                      | <b>12</b> |
| <b>1.2.2 Objetiva e subjetiva</b> .....                              | <b>13</b> |
| <b>1.2.3 Conduta</b> .....   | <b>14</b> |
| <b>1.2.4 Dolo ou culpa</b> .....                                     | <b>14</b> |
| <b>1.2.5 Dano</b> .....  | <b>16</b> |
| <b>1.2.6 Nexo Causal</b> .....                                       | <b>17</b> |
| <b>2. RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL</b> .....                       | <b>19</b> |
| 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CULTURAL.....                                 | 20        |
| <b>2.1.1 Irresponsabilidade estatal</b> .....                        | <b>20</b> |
| <b>2.1.2 Teorias civilistas</b> .....                                | <b>21</b> |
| <b>2.1.3 Teorias publicistas</b> .....                               | <b>22</b> |
| 2.2 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL .....     | 25        |
| 2.3 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO .....     | 29        |
| <b>2.3.1 Culpa exclusiva da vítima</b> .....                         | <b>29</b> |
| <b>2.3.2 Caso fortuito e força maior</b> .....                       | <b>30</b> |
| <b>2.3.3 Fato de terceiro</b> .....                                  | <b>31</b> |
| <b>3. PODER LEGISLATIVO</b> .....                                    | <b>33</b> |
| 3.1 TRIPARTIÇÃO DOS PODERES (INDEPENDÊNCIA E HARMONIA) .....         | 33        |
| 3.1 COMPOSIÇÃO .....   | 34        |
| 3.2 FUNÇÕES TÍPICAS DO PODER LEGISLATIVO .....                       | 35        |
| <b>3.2.1 Fiscalizatória (artigo 70, Constituição Federal)</b> .....  | <b>35</b> |
| <b>3.2.2 Legislativa (artigo 59, Constituição Federal)</b> .....     | <b>36</b> |
| 3.3 PROCESSO LEGISLATIVO.....  | 36        |
| <b>3.3.1 Espécies normativas</b> .....                               | <b>36</b> |
| 3.4 ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS.....                                  | 40        |
| <b>3.4.1 Imunidade parlamentar</b> .....                             | <b>40</b> |
| <b>4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO LEGISLATIVO</b> ..... | <b>42</b> |

|   |           |
|---|-----------|
| 4.1 RESPONSABILIDADE PELA EDIÇÃO DE LEI INCONSTITUCIONAL.....     | 48        |
| 4.2 RESPONSABILIDADE POR ATO REGULAMENTAR DANOSO .....            | 51        |
| 4.3 RESPONSABILIDADE PELA EDIÇÃO DE LEI DE EFEITOS CONCRETOS..... | 51        |
| 4.4 RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO LEGISLATIVA .....                | 52        |
| 4.5 RESPONSABILIDADE POR DECRETO LEGISLATIVO .....                | 54        |
| 4.6 RESPONSABILIDADE POR PLANEJAMENTO GOVERNAMENTAL.....          | 54        |
| 4.7 RESPONSABILIDADE PELA EDIÇÃO DE LEI CONSTITUCIONAL .....      | 55        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>   | <b>62</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>                           | <b>65</b> |

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo e a análise da responsabilidade estatal em âmbito mais estrito, qual seja, a responsabilidade civil do Estado em decorrência do exercício de sua atividade típica legiferante: seria o Estado responsável por lesão ocasionada em razão do exercício do Poder Legislativo *strictu sensu*, ou não?

Neste intuito, por meio de pesquisa bibliográfica, se busca delinear, breve e inicialmente, o próprio instituto da responsabilidade civil como um todo, introduzindo o universo em que o tema se insere, passando em seguida ao detalhamento da responsabilidade civil estatal, onde é abordada em seus diversos âmbitos, expondo teorias pretéritas e presentes no âmbito científico-doutrinário.

Ainda, como condição *sine qua non* de trabalho com tal tema, abordam-se os principais aspectos referentes ao Poder Legislativo estatal e suas atividades típicas: legislativa e fiscalizatória. Neste contexto, faz-se breve análise da tripartição dos poderes e a harmonia e independência que envolve o sistema de freios e contrapesos.

Por fim, são apresentadas as principais teorias no que diz respeito à responsabilização estatal por ato legislativo, perpassando a aceitação da comunidade jurídica da responsabilidade estatal por ato legislativo inconstitucional, por ato constitucional, de efeitos concretos, dentre outros, com vistas à constatação do cenário atual, a aceitação da hipótese estudada e consequente problemática em que está envolto o tema.

Crê-se ser adornado de grande importância jurídica o tema. Não somente no que diz respeito à produção de trabalhos acadêmicos, mas também em relação aos efeitos sócio-jurídicos que eventual alteração no entendimento doutrinário e jurisprudencial, quanto à viabilidade da responsabilização do Estado por edição de ato legislativo, poderia gerar.

O contexto vivido pelo país no presente momento é importante indicativo da relevância do tema, mormente frente ao questionamento aberto que tem sofrido o Poder Legislativo em sua atuação, seja por questões de legitimidade ou simplesmente atecnia em sua atuação.



Com efeito, a notória reiterada edição de atos legislativos flagrantemente contrários às normas constitucionais, nacionais ou federais traz nova força ao questionamento que se busca abordar no presente trabalho, havendo aqueles que defendem a responsabilização estatal por ato legislativo como forma de impedir que o problema se perpetue.

Não obstante, será verificado que o posicionamento é controverso, sendo posicionamento significativo da doutrina e jurisprudência a defesa da soberania estatal e ausência de responsabilização estatal por ato legislativo, de maneira geral.

Embora sem a pretensão de esgotar o tema, será buscada a abordagem de maneira aprofundada, concisa e sistemática, buscando elucidar da melhor maneira possível a problemática apresentada.

Ao final, se espera que o maior esclarecimento da comunidade viabilize o acendimento do tema na comunidade jurídica, posto que, quanto maior a discussão, aumentam-se as chances de que se encontre a alternativa para ação mais viável, seja ela qual for.

## 1. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil do Estado por atividade legiferante é matéria circunscrita ao tema da responsabilidade civil estatal *lato sensu*, que, por sua vez, integra a responsabilidade civil como um todo. Isto posto, é de óbvia e grande importância que se aborde a responsabilidade civil mais amplamente, conceituando o instituto e trazendo à luz seus principais aspectos.

A problemática da responsabilidade civil sempre atraiu atenção de parcela significativa dos envolvidos com a aplicação da lei, pois, conforme afirma San Tiago, citado por Sergio Cavalieri Filho, o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito, ou seja, enquanto tutela a atividade humana conforme o direito, reprime a conduta daquele que o contraria.<sup>1</sup>

Como bem esclarece Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil está presente em todo momento, posto que, se atingido o homem, relativamente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, daí resultará desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial.<sup>2</sup>

Tal atentado constitui violação do *dever jurídico* imposto aos indivíduos, criando obrigações que, se não respeitadas, geram o aludido desequilíbrio, que deve ser analisado juntamente ao direito violado para que se busque compensação à ofensa perpetrada, daí a responsabilidade civil, em termos gerais.

A responsabilização é objeto de todo e qualquer ramo do direito, seja tributário, penal, administrativo, dentre tantas outros, motivo pelo qual o instituto é tradicionalmente estudado como Teoria Geral do Direito. Como bem ensinam: são tantas suas facetas quanto a realidade social, ou seja, à medida que se insere em novo âmbito de aplicação, apenas adapta-se, mantendo sua premissa inicial.<sup>3</sup>

Maria Helena Diniz destaca a prolongada dificuldade da doutrina em conceituar o instituto, embora não hesite em trazer conceito de sua autoria:

(...) poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de

---

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>2</sup> *Ibid*, p.23.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. Responsabilidade Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

simples imposição legal. Definição esta que guarda em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva)<sup>4</sup>

O professor Caio Mário<sup>5</sup> esclarece que a dificuldade na conceituação parece advir da constante utilização da culpa como fundamento, por uns, e pela responsabilidade a ela inerente, por outros. Destaca o professor que o cerne da questão, ao revés, nada mais é que a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento.

Dito isso e por fim, para que se evite o alongamento desnecessário no presente tópico, releva notar a distinção entre obrigação e responsabilidade, muitas vezes esquecida pela doutrina.

Ensina Sergio Cavalieri Filho<sup>6</sup> que a obrigação é dever jurídico originário, fruto de acerto entre as partes, a exemplo de um contrato qualquer. Por outro lado, havendo o descumprimento da obrigação, estaremos tratando da responsabilidade, consubstanciada na violação para com o dever originário, atraindo a recomposição do prejuízo causado. Sempre pontual o autor lembra Karl Larenz, para quem a responsabilidade é a sombra da obrigação.

## 1.2 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A evolução no tempo da responsabilidade civil possui importância fundamental em seu estudo. Conquanto não se deseje fazer incursão histórica demasiado longa, o conhecimento do passado se mostra essencial para a compreensão do presente.

Em princípio se dissociava a noção de responsabilidade da de culpa, quando aplicada a conhecida Lei de Talião.

Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves, dominava então a legitimação da vingança privada. O dano causava reação imediata em busca de uma compensação instantânea, proveniente do instinto e brutalidade inerente à conduta humana da época.

---

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. Responsabilidade Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

<sup>6</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Em seguida, o período da composição patrimonial, em que a pessoa que sofreu o dano tem a vingança privada substituída por compensação pecuniária. Cabe citar que a troca pela compensação em valores da época se realizava a juízo do vitimado, não havendo ainda a culpa dentre os pressupostos da responsabilidade civil.

Na medida em que os grupos sociais crescem e se organizam de melhor forma, a ideia de um poder central toma conta da sociedade e a vingança privada torna-se evidentemente insuficiente, lógica e eticamente falando, tornando a composição econômica obrigatória, e ademais, tarifada, tal qual previa o Código de Manu, dentre outros.<sup>7</sup>

Com o transcorrer do tempo, no período de vigência da *Lex Aquila*, no império romano, iniciou-se o delineamento da noção de culpa tal qual a temos hoje. Traz-se o claro ensino de Carlos Roberto Gonçalves a respeito:

Malgrado a incerteza que ainda persiste sobre se a injúria a que se referia a *Lex Aquila* no *damnum injuria datum* consiste no elemento caracterizador da culpa, não paira dúvida de que, sob o influxo dos pretores e da jurisprudência, a noção de culpa acabou por deitar raízes na própria *Lex Aquilia*, o que justificou algumas das passagens famosas: *in lege Aquilia et levissima culpa venit* (Ulpianus, pr. 44, “Ad legem Aquilia”, IX, II); *impunitus es qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum comittit* (Gaius, *Institutiones*, III, 211) etc.<sup>8</sup>

A doutrina em geral, ao abordar a evolução histórica da responsabilidade civil, traça contornos semelhantes. Apontam como principal responsável pela evolução das noções e pressupostos da responsabilidade civil a escola francesa, que, utilizando-se da base criada pelo direito romano, desenvolveu e firmou uma lógica geral da responsabilidade civil, a ser utilizada por estudiosos do tema em todo o mundo.

O cenário científico e jurisprudencial francês desenvolveu noções tais como a diferenciação entre a responsabilidade civil perante a vítima e a responsabilidade penal (perante o Estado), além da distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>8</sup> Ibid, p. 8.

<sup>9</sup> Ibid, p. 9.

Quando da edição do código napoleônico, a distinção entre culpa delitual e culpa contratual fizeram sua estreia no cenário jurídico, implantando na legislação de todo o mundo a noção de que a responsabilidade civil baseia-se a partir de então.

A reação a isto se materializou na forma de uma grande e diversificada produção jurisprudencial e doutrinária francesa, que posicionou a França em lugar de distinção no que diz respeito ao estudo da responsabilidade civil em âmbito mundial, em que permanece até os dias de hoje.

Com o início da evolução industrial e sua expansão para o restante do mundo durante o século XIX, a massificação na contratação de empregados e péssimas condições de trabalho, naturalmente, cresceu a quantidade de acidentes no trabalho, decorrentes de um risco antes inexistente e ligado unicamente à atividade exercida.

Neste contexto surge a teoria do risco, cuja premissa básica é a de que, aquele que se propõe a explorar atividade de risco, por criar, gerar possibilidade de dano antes inexistente, poderá responder por danos ocasionados, inclusive, sem análise de culpa, denominando-se a hipótese de responsabilidade objetiva.

Contudo já à época excepcionavam-se situações em que restava afastada a responsabilidade, visto que haviam sido tomadas todas as medidas possíveis para evitar o dano, conforme previsões constantes do Código Civil italiano, mexicano, espanhol, etc.<sup>10</sup>

Conforme Washington de Barros, citado por Carlos Roberto Gonçalves, a tendência moderna é de substituição da ideia da culpa pela noção de risco.<sup>1</sup>

No Brasil, em um primeiro momento, ficou estabelecida a possibilidade de reparação natural ou indenização. Entretanto, a reparação possuía como requisito a condenação criminal prévia.

Em seguida, adotou-se o princípio da independência da jurisdição civil e criminal, tendo o Código Civil promulgado em 1916, fundado no anteprojeto do renomado jurista Clovis Bevilacqua, se amparado na teoria subjetivista, exigindo conjunto probatório que demonstre culpa ou dolo do causador do dano, para conduzi-lo à reparação.

Haviam, todavia, no Código de 1916, uns poucos casos em que se presumia a culpa, a exemplo dos arts. 1.527 (dano causado por animal), 1.528 (danos

---

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

resultantes de ruína de edifício ou construção) e 1.529 (responsabilidade por dano causado por coisa lançadas de casa em lugar indevido).<sup>11</sup>

Atualmente, em território brasileiro, tem predominado a necessidade da culpa para se determinar a responsabilidade, com casos específicos em que se aplica a responsabilidade objetiva, a exemplo da responsabilidade estatal, de que falaremos.<sup>12</sup>

## 1.2 MODALIDADES E PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

### 1.2.1 Contratual e extracontratual

Embora o enfoque na responsabilidade civil genérica não seja o objetivo deste trabalho, faz-se necessário mencionar brevemente alguns pontos basilares.

A responsabilidade contratual resta prevista expressamente no ordenamento jurídico brasileiro via art. 389 do Código Civil, *verbis*:

Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecido, e honorários de advogado

A responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana ou extranegocial, por sua vez, é derivada de um comportamento infracional não ligado diretamente a um acordo entre partes, com previsão expressa no art. 186 do mesmo código, que dita que todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo.<sup>13</sup>

Note-se que, em que pese a divergência doutrinária, sempre existente em nosso meio, como bem esclarece Carlos Roberto Gonçalves, atualmente predomina a teoria unitária ou monista, segundo a qual pouco importam os aspectos sob os quais se apresente a responsabilidade civil, pois uniformes são seus efeitos.

Neste sentido, cabe colacionar exortação do professor Venosa, ao lecionar fundado nas ideias de Visintini:

---

<sup>11</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>12</sup> *Ibid*, p. 11.

<sup>13</sup> GONÇALVES, 2009, p. 26.

Ressalte-se, no entanto, que não existe uma diferença ontológica, senão meramente didática, entre responsabilidade contratual e aquiliana. Essa dualidade é mais aparente do que real. O fato de existirem princípios próprios dos contratos e da responsabilidade fora deles não altera essa afirmação. Assim, é possível afirmar que existe um paradigma abstrato para o dever de indenizar. O que permite concluir por uma visão unitária acerca da responsabilidade civil<sup>14</sup>

### 1.2.2 Objetiva e subjetiva

A distinção que se estabelece entre a responsabilidade subjetiva e objetiva deriva basicamente do aparecimento do elemento culpa dentre os pressupostos da responsabilidade em questão ou não.

Diz-se ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente se torna pressuposto necessário do dano indenizável.

Quanto à responsabilidade objetiva, por sua vez, ocorre independentemente da existência da culpa do agente. Tal obrigação decorre principalmente de lei, que determina, em certos casos, a necessidade de se indenizar dano cometido sem culpa, com base na teoria do risco, ou teoria objetiva.<sup>15</sup>

Nesta última, o principal fator analisado é a relação entre a atividade realizada e a potencialidade de ocorrência de dano enquanto se realiza. Veja-se a explicação de Silvio de Salvo Venosa:

Ao se analisar a teoria do risco, mais exatamente do chamado risco criado, nesta fase de responsabilidade civil de pós-modernidade, o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo, noção introduzida pelo Código Civil Italiano (art. 2.050).<sup>16</sup>

Atualmente, há tendência doutrinária em adotar a teoria do risco na grande maioria das situações, defendendo que a culpa seria insuficiente para regular todos os casos de responsabilidade.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>15</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>16</sup> VENOSA, 2007, p. 9.

<sup>17</sup> GONÇALVES, op. cit. p. 31.

Cabe ressaltar aqui que a responsabilidade civil do Estado, prevista no art. 37, §6º da Constituição Federal se enquadra no âmbito da responsabilidade objetiva, fator da maior relevância para o desenvolvimento do presente trabalho.

### 1.2.3 Conduta

A responsabilidade possui diversos pressupostos elencados pela doutrina, devendo estes, ou parte destes, conforme a teoria adotada, estarem presentes para a sua devida caracterização.

Para ocorrência do instituto, como verificado, necessária a ocorrência de dano, que, por sua vez, decorre de necessária conduta. No caso, a conduta será prática lesiva ao patrimônio alheio, contrária à ética e ordenamento legal, em infringência ao dever de abstenção geral.<sup>18</sup>

Conduta, ou ação, enquanto elemento integrante da responsabilidade, nas palavras de Maria Helena Diniz é:

Ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que causa dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.<sup>19</sup>

A ação comissiva gera dano direta e positivamente, via conduta do autor, como por exemplo pessoa que destrói propriedade alheia. Por sua vez, a omissiva representa o deixar de fazer, que lesiona pela ausência de atitude que poderia evitar o dano, total ou parcialmente.

Conforme doutrina Maria Helena Diniz, a omissão se apresenta com mais usualidade no âmbito contratual, e deve ser voluntária, por isto entendendo-se que poderia ser controlada pelo agente. Assim, não estão incluídos nesta categoria atos ocorridos sob coação, ou ainda em estado de inconsciência, sonambulismo etc.<sup>20</sup>

### 1.2.4 Dolo ou culpa

---

<sup>18</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>19</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil*.

*Responsabilidade Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>20</sup> *Ibid* p.40.



A culpa, outro elemento integrante da responsabilidade, *lato sensu*, é a transgressão de obrigação jurídica, intencionalmente ou através de omissão, imputável a alguém, compreendendo dentro de si o dolo e a culpa.<sup>21</sup>

Danos ao patrimônio ocorrem a todo tempo, sejam ocasionados por pessoas ou ações da natureza. Porém, para que haja responsabilização, em princípio, é imperativa a presença da culpa ou do dolo, a demonstrar que o agente não procedeu com a diligência necessária (culpa) ou operou intencionalmente buscando o dano (dolo).

Dentro do elemento conduta é patente a noção de uma diretriz subjetiva, eis que a vontade do agente dá ao comportamento a noção de conduta humana. Portanto, em vista desta subjetividade, denota-se que o agente poderá querer mais ou menos atuar de determinada maneira, do que se depreende que a conduta poderá ser propositada ou despropositada.<sup>22</sup>

Em sentido lato, portanto, compreende-se a culpa como a ação, comportamento, conduta contrária ao direito, seja ela intencional ou tencional.<sup>23</sup>

Já *stricto sensu*, devido ao querer mensurável do agente, a doutrina distingue a culpa do dolo, elementos que em seu cerne possuem, respectivamente, a não intenção de provocar o dano e a intenção.

No dolo, como bem esclarecido por Sergio Cavalieri Filho, a conduta nasce ilícita, enquanto que na culpa, torna-se ilícita à medida que chega próxima à consumação, quando terá ultrapassado a linha que divide o socialmente aceitável do não aceitável. Conceitua o autor, parafraseando Caio Mário:

À luz desses princípios, pode-se dizer que há no dolo **conduta intencional**, dirigida a um resultado ilícito.. Dolo, portanto, é a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito. É a infração consciente do dever preexistente, ou o propósito de causar dano a outrem<sup>24</sup>

Já a culpa em sentido estrito possui definição de maior complexidade. A doutrina em geral se apoia sobre pilar semelhante para caracterizar o elemento de que falamos, qual seja, o dever objetivo de cuidado.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. Responsabilidade Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>22</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>23</sup> *Ibid*, p. 30.

<sup>24</sup> *Ibid*, p. 31.

<sup>25</sup> *Ibid*, p. 33.

Este seria aquilo que, em determinado contexto histórico-social, convencionou-se chamar de reação adequada para determinada situação, com o fim de evitar danos a outrem, o comportamento do *homo medius*, o padrão médio de conduta.<sup>26</sup>

Fernando Pessoa Jorge, citado por Cavalieri aponta dois momentos de observação para o dever de cuidado. O primeiro trata da ponderação de condutas que o agente faz, analisando as possíveis atitudes que pode tomar visando alcançar determinado fim, enquanto que, no segundo, o autor escolhe qual caminho seguir, e somente aqui é exigido o cuidado.<sup>27</sup>

Daí delinea-se uma forma para a culpa, sendo, conforme Cavalieri, a conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.

Compete esclarecer que, em que pese a diferenciação de dolo e culpa, os efeitos para fins de indenização são praticamente idênticos, considerando boa parte da doutrina sua distinção sem utilidade prática real.<sup>28</sup>

Em que pese a obrigação de reparar ser idêntica, todavia, há situações concretas em que somente um ou outro ensejarão o dever de ressarcir. Como exemplo, cite-se a responsabilização Estatal, prevista no art. 37, §6º da Constituição Federal, em que, apesar de objetiva, exige comprovação do dolo em determinados casos para que se viabilize o regresso por parte do ente estatal face ao causador do dano.

### 1.2.5 Dano

O dano, conquanto elemento *sine qua non* da responsabilidade civil, é, pegando emprestadas as palavras de Sergio Cavalieri, o grande vilão do instituto jurídico.

Não existe responsabilidade onde não houver dano, vez que a conduta que não gera lesão a patrimônio algum é irrelevante juridicamente para fins de

---

<sup>26</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>27</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>28</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

responsabilização. Em suma, não haverá interesse jurídico de uma pessoa sequer em buscar reparação, se não houver dano, seja ele de ordem patrimonial ou moral.

O dano patrimonial, por óbvio, atinge ao patrimônio do lesionado, entendido como um conjunto jurídico dos bens de uma pessoa. Releva notar que o acervo que constitui o patrimônio engloba não somente bens corpóreos, tais como objetos pessoais, mas também direitos incorpóreos como, por exemplo, o direito de crédito<sup>29</sup>

Para constituir dano ao patrimônio deve haver concretude, diminuição efetiva em seu valor, tal qual ocorre na privação do uso de coisa, ofensa à reputação, etc.

No que toca ao dano moral, como notório, verifica-se que durante muito tempo não figurou nas linhas do conceito de dano, pois, dentre outras dificuldades, esbarrava a comunidade científica na difícil mensuração e constatação de sua ocorrência.

Até hoje, importante aduzir, recebe tratamento cauteloso pela doutrina e jurisprudência, visto a dificuldade em se definir precisamente o instituto. A título de exemplo verifiquem-se as inúmeras tentativas de se tabelar o dano moral em sede do Superior Tribunal de Justiça, rechaçadas por uns e acolhidas por outros.

Para Cavalieri, o elemento central do dano moral está previsto na Constituição Federal que em seu art. 3º, III, estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.<sup>30</sup>

Com isto, lembra que o dano desta espécie não está necessariamente ligado à compreensão da ferida que se causou à esfera psíquica, ou ainda a efeitos ou distúrbios psicológicos que possa vir a causar, mas sim à ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que dor e vexame podem ocorrer sem violação da dignidade.

Fato é que, embora de difícil delimitação, o instituto é amplamente aceito pela comunidade jurídica nos dias modernos, motivo pelo qual mereceu alusão no presente trabalho.

### 1.2.6 Nexo Causal

---

<sup>29</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. Responsabilidade Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

<sup>30</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

O nexu causal, ou nexu de causalidade, ou ainda relação de causalidade, é elemento de simples compreensão. Veja-se conciso esclarecimento de Maria Helena Diniz:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexu causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexu representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.(...)<sup>31</sup>

Resta claro, portanto que se trata da linha que liga a conduta ao dano, não sendo necessária a sequência imediata entre ambos, mas apenas que a existência de um esteja condicionada à do outro, sob de descaracterização do dever de indenizar.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. Responsabilidade Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

<sup>32</sup> *Ibid*, p. 112.

## 2. RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

Imperativo fixarmos a noção de que a responsabilização, pela lesão causada ao patrimônio alheio, ultrapassa a pessoa física, enquanto sujeito de direitos e deveres, posto que viável a responsabilização da pessoa jurídica, dentre as quais figura o Estado.

A responsabilidade civil do Estado, de que aqui tratamos, como bem nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Maria Helena Diniz, se define como a “obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”, conceito um tanto quanto similar à responsabilidade civil típica, mas que guarda distinções de importância significativa.<sup>33</sup>

Não se trata aqui de responsabilidade estatal decorrente de contrato, eventualmente firmado com o particular, muito menos da responsabilidade já prevista em lei, a exemplo de casos como a desapropriação (art. 5º, XXIV da Constituição Federal) e a requisição de bem particular. Em verdade, falamos de uma responsabilização mais genérica, como aquela de que tratamos anteriormente.<sup>34</sup>

Segundo Maria Helena Diniz, a responsabilidade estatal possui bases fincadas no princípio da isonomia. A noção é a de que, se causado dano injusto por determinada ação estatal, afigura-se razoável a reparação dos ônus da referida conduta, como forma de reequilibrar a condição daquele particular face aos demais, repartindo os encargos igualmente entre os que fazem parte do estado e restabelecendo o equilíbrio necessário ao convívio social.<sup>35</sup>

A esse respeito, frise-se ainda que à matéria são atribuídos diferentes nomes por expositores doutrinários. Alguns utilizam a expressão “responsabilidade civil da administração pública” enquanto outros dizem ser “do Estado”.

---

<sup>33</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. Responsabilidade Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

<sup>34</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>35</sup> DINIZ, 2010, p. 640.

Para fins do presente trabalho, é interesse notarmos que a responsabilidade estatal pode advir de inúmeras maneiras e no exercício de diversas de suas funções, motivo pelo qual, salvo melhor juízo, aparenta ser mais adequada a adoção do termo “responsabilidade civil do Estado”. Colaciona-se ensinamento esclarecedor do professor Diogenes Gasparini:

Alguns autores preferem, em lugar de Estado, usar a expressão “Administração Pública”. Assim, dizem: *responsabilidade civil da Administração Pública*. Nós preferimos dizer responsabilidade civil do Estado, posto que o dano pode advir de atos legislativos ou judiciais, e não só de atos e fatos administrativos, como essa expressão parece induzir, em que pese as críticas levantadas por certos autores(...)<sup>36</sup>

## 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CULTURAL

### 2.1.1 Irresponsabilidade estatal

Como quase tudo de que trata a Ciência do Direito, a responsabilidade civil estatal também é fruto de evolução temporal, passando por períodos em que não fora admitida até os dias de hoje, em que é amplamente aceita.

Cumpramos esclarecer, *per summa capita*, os estágios pelos quais passou a matéria, visando uma atenção maior à complexidade e profundidade que o assunto possui nos dias atuais.

Com efeito, a primeira fase por que passou matéria de que se trata no presente capítulo foi o período da irresponsabilidade estatal.

Como bem tratam do tema diversos doutrinadores, a teoria da irresponsabilidade materializou-se nos Estados absolutistas, os quais se apoiavam em máximas como a inglesa “*The King can do no wrong*” (o rei não pode errar), ou a francesa “*Le roi ne peut mal faire*”, com o mesmo sentido. Tudo isso para afirmar que o Estado, ou, por decorrência lógica, seus representantes, não erravam e, por conseguinte, não estariam sujeitos a indenização decorrente de seus atos.

Bem lembra o professor Gasparini que, em que pese a vigência da teoria da irresponsabilidade, não ficavam totalmente sem apoio os cidadãos que fossem

---

<sup>36</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

lesionados, pois, conforme o doutrinador, ainda à época se verificava a existência de leis que disciplinavam situações específicas, *v.g.*, legislação de origem francesa determinando a recomposição patrimonial por lesão originada em obras públicas.<sup>37</sup>

Similarmente, vigia previsão de que o funcionário do Estado poderia responder por dano advindo de ato por si executado, embora a diminuta capacidade financeira de tais pessoas, aliada à necessidade de permissão do Conselho de Estado Francês para que tramitassem tais ações, tornasse a efetivação da reparação uma realidade um tanto quanto distante.<sup>38</sup>

Lembremos, no entanto, que a teoria da irresponsabilidade estatal resta completamente superada, ressalvadas eventuais civilizações ainda em estado arcaico ou de dominação autoritária, tendo sido registradas como as últimas nações que a sustentavam os Estados Unidos da América do Norte, em 1946 e a Inglaterra, em 1947.

### 2.1.2 Teorias civilistas

Em 1º de fevereiro de 1873, no famoso caso Agnès Blanco, em que o pai da menina promoveu ação civil de indenização contra o Estado, em razão de seu atropelamento por um vagão da Companhia Nacional de Manufatura do Fumo, o célebre aresto do Tribunal de Conflitos reconheceu, pela primeira vez a responsabilidade do Estado, sem fundamento em previsão legal expressa, mas em princípios de Direito Público.<sup>39</sup>

O princípio do reconhecimento da responsabilidade subjetiva do Estado surgiu calcado nas teorias liberalistas, que circulavam à época. Assim, o Estado torna-se também passível de responsabilização.

Sob a égide das teorias civilistas, duas correntes tinha como cerne a responsabilização do Estado.

A teoria dos atos de império e gestão tinha por objetivo distinguir duas espécies de ato estatal. Dizia-se que, nos momentos em que sua atuação fosse marcada majoritariamente pelo posicionamento como pessoa jurídica de direito

---

<sup>37</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>38</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>39</sup> *Ibid*, p. 1002.

privado, poderia ser responsabilizado na gestão de seu patrimônio por quaisquer danos causados.

Entretanto, se agisse no exercício de sua soberania, seriam tais atos reputados como de império, pelos quais o Estado não poderia ser responsabilizado, face à presença de interesse público maior ao do particular prejudicado.<sup>40</sup>

Cabe colacionar a crítica da professora Maria Helena Diniz à teoria, que a julga moralmente inadmissível:

(...) é inaceitável sob o prisma moral ou prático, pois, se a vítima se queixa de um dano causado pela pessoa jurídica de direito público em atuação ilícita, não satisfaz ao sentimento de justiça distinguir se o ato foi praticado *iures gestionis* ou *iure imperii*, porque em ambas as hipóteses o restabelecimento do equilíbrio exige a composição do patrimônio ofendido. (...) Negar indenização pelo Estado em qualquer de seus atos que causaram danos a terceiros é subtrair o poder público de sua função primordial de tutelar o direito.<sup>41</sup>

Por ocasião desta segunda teoria atingiu-se, pela primeira vez, a igualdade entre o Estado e o particular, no que diz respeito à necessidade de compensar o dano causado ao patrimônio alheio.

Neste momento a administração pública torna-se responsável, agindo como núcleo da responsabilização a culpa civil, ou seja, seria condenado a indenizar o Estado caso seus agentes tivessem agido com dolo ou culpa.<sup>42</sup>

Como bem lembra Diogenes Gasparini<sup>43</sup>, pontua-se que os conceitos dos termos dolo e culpa, *in casu*, são os mesmos utilizados no Direito Privado.

### 2.1.3 Teorias publicistas

As teorias civilistas mostraram-se superadas pela ideia do *faute du service*, ou culpa do serviço, princípio francês que introduz a noção do serviço estatal, que deveria funcionar em princípio, porém, ou o faz mal ou de maneira “atrasada”, intempestiva.

---

<sup>40</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. Responsabilidade Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>41</sup> Ibid, p. 646.

<sup>42</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>43</sup> Ibid, p. 976.



A teoria aqui deflagrada se apresenta como o primeiro estágio de ligação entre a subjetividade e objetividade da responsabilidade civil estatal.<sup>44</sup>

Neste instante não se questiona a subjetividade do agente, buscando-se a falta objetiva do serviço em si como nexos a gerar responsabilidade de indenizar do Estado.

Há exigência de culpa, porém, culpa especial da administração, a qual se denominou culpa administrativa. Exemplifica-se: caso determinado serviço, como o fornecimento de água, fosse devido, mas, houvesse falha na prestação, restaria configurada culpa do serviço, e, conseqüentemente, obrigação de indenizar por parte do Estado.<sup>45</sup>

Embora pareça simples a ideia e, inclusive, a busca pela indenização, é importante ressaltar que o ônus probatório do ato ilícito, da culpa do serviço, era exclusivo da vítima, para que só então fosse o Estado responsabilizado, o que não se realizava sempre com facilidade, razão motivadora do desenvolvimento de novas teorias.

Do movimento iniciado pela teoria da culpa administrativa surgiu a teoria do risco administrativo, também conhecida por teoria da responsabilidade patrimonial sem culpa, ou teoria da responsabilidade patrimonial objetiva, ou, ainda, meramente teoria objetiva.

O cerne da presente teoria está em facilitar ainda mais a tutela da reparação ao indivíduo lesionado. Não há mais a necessidade daquele que teve seu patrimônio ferido de provar judicialmente a culpa ou dolo do Estado ou seus agentes.

A ideia, cunhada originalmente, por León Duguit, seria de que a administração pública gera risco aos administrados, que inexistiria salvo sua presença ou seja, em virtude da atividade estatal, comum ou incomum, há possibilidade de dano.

Assim, vez que a atividade, seja qual for, é desenvolvida com interesse público, seus encargos devem ser por todos suportados, pois o Estado representa a todos.<sup>46</sup>

Em razão disso, na teoria do risco administrativo é dispensada a prova de culpa ou dolo por parte da administração. O que se faz necessário provar aqui é

---

<sup>44</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>45</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>46</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

meramente a ocorrência do dano e o elemento de nexos causal, que liga a atividade Estatal à lesão do patrimônio jurídico alheio.

Referida teoria, importante destacar, é adotada via de regra no Brasil, como tem inferido a doutrina da leitura do art. 37, §6º da Constituição Federal, o que será melhormente abordado à frente.

É de relevância notar, entretanto, que, em que pese a maior facilidade de se alcançar a indenização aqui, o agente não se vê livre da demonstração de existência do nexos causal, que, se excluído, ou diluído, em razão da culpa de terceiro, por exemplo, levará à não responsabilidade do Estado.<sup>47</sup>

Segundo Cavalieri<sup>48</sup> parte da doutrina entende serem a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral, em essência, a mesma coisa, argumentando que a diferenciação se limita a uma questão de semântica.

Contudo, a distinção se mostra importante, na medida em que a teoria integral viabiliza reparação, inclusive, nos casos em que não necessariamente o dano decorre direta ou indiretamente da atividade administrativa.<sup>49</sup>

Para maior compreensão, veja-se que a teoria do risco integral defende que, mesmo nos casos em que a vítima concorra para a lesão ao seu patrimônio, ou havendo causas excludentes da responsabilidade, se provado o nexos causal, não haveria necessidade qualquer de outros elementos, restando patente a necessidade de indenização pela administração pública.

Por razão quase óbvia a teoria não é bem aceita entre a doutrina de maneira geral, visto que pode gerar indenização em casos absurdos, como explica Diogenes Gasparini, ao esclarecer porque não é adotada em qualquer país, salvo situações específicas:

(...) Assim, ter-se-ia de indenizar a família da vítima de alguém que, desejando suicidar-se, viesse a se atirar sob as rodas de um veículo, coletor de lixo de propriedade da Administração Pública, ou se atirasse de um prédio sobre uma via pública. Nos dois exemplos, por essa teoria, o Estado, que foi simplesmente envolvido no evento por ser o proprietário do caminhão coletor de lixo e da via pública, teria de indenizar. Em ambos os casos os danos não foram causados por agentes do estado. A vítima os procurou, e o Estado, mesmo assim teria de indenizar.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>48</sup> *Ibid*, p. 243.

<sup>49</sup> *Ibid*, p.243.

<sup>50</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Cabe mencionar que a legislação brasileira aplica a teoria aqui trazida para algumas hipóteses.

O art. 21, XXIII da Constituição Federal, em sua alínea “d”, estabelece que a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa. O entendimento, conforme explica Sergio Cavalieri Filho, decorre da grandeza dos riscos que decorrem da atividade nuclear. Menciona ainda o célebre doutrinador que a lei 6.453/1977, que trazia hipóteses de exclusão da responsabilidade e limites objetivos aos patamares indenizatórios, teria sido revogada nesta parte pela Carta Magna, pois o dispositivo constitucional que prevê a responsabilidade estatal não trouxe qualquer limitação.<sup>51</sup>

Por fim, mencionemos também a hipótese do dano ambiental. Aqui também, via interpretação teleológica da Constituição Federal e da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – Lei 6.938/81 -, sustenta a doutrina majoritária que a hipótese seria de risco integral, mormente diante do fato de que a alegação de questões com o caso fortuito e a força maior seriam frequentes e complicariam a dilação probatória, dificultando a reparação do dano.

Cita-se, ainda, a importância do meio ambiente, cuja preservação é dever do estado e direito constitucional dito de 3ª geração, difuso, que possui como fundamentos principais de sua proteção a precaução e a prevenção, e, também por isto, os danos causados devem ser severamente punidos.<sup>52</sup>

## 2.2 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL

Em território nacional nunca foi adotada a irresponsabilidade do Estado, para a felicidade dos lesionados, vez que, ainda que à míngua de previsão legislativa específica, a responsabilidade estatal sempre foi viabilizada, como princípio geral e fundamental do direito, conforme esclarece Cavalieri Filho.

Ensina Hely Lopes Meirelles que o tema da responsabilidade civil estatal no direito brasileiro já passou por momentos em que adotada tanto a subjetividade quanto a objetividade.

Em tempos imperiais já tínhamos doutrinadores saindo em defesa da adoção da teoria do risco, pregando a objetividade da responsabilidade do Estado, à mesma

---

<sup>51</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>52</sup>Ibid, p. 154-155.

época em que esta surgia em terras francesas. Entretanto, todos os esforços para que vigorasse acabaram por serem derrotados pela corrente subjetivista.<sup>53</sup>

A Constituição Republicana de 1891, apesar de não mencionar explicitamente a responsabilidade do Estado, estabelecia em seu art. 82 que 'os funcionários são estritamente responsáveis pelas obras e omissões que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos'.<sup>54</sup>

Tal disposição, nem prática nem doutrinariamente excluía a responsabilidade estatal, mas reforçava as bases da responsabilização na culpa civil, com solidariedade do Estado para com os atos de seus representantes.<sup>55</sup>

Daí depreende-se que, embora não mencionada expressamente pela Constituição vigente à época, era reconhecida pela jurisprudência pátria a existência da responsabilidade do Estado para com atos que lesionassem patrimônio alheio. Tanto que, como bem aponta Yussef Sahid Cahali, a Lei nº 221 de 20.11.1894 atribuiu competência para o julgamento de causas fundadas na lesão de direitos individuais por atos ou decisões administrativas da União.<sup>56</sup>

A unanimidade da doutrina aponta a Constituição de 1916 como a primeira a cuidar expressamente da responsabilidade civil do Estado, em seu artigo 15:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a deve prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.<sup>57</sup>

A despeito da aparente ambiguidade, Cavalieri ensina que a noção prevalecente foi a de que adotada a teoria da culpa, vez que expressões como 'procedente de modo contrário do Direito ou faltando a dever prescrito em lei' não dão possibilidade de interpretação diversa. Contudo, destaca que com base no mesmo artigo a jurisprudência chegou a adotar a responsabilidade objetiva do Estado.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>54</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. Cahali, p. 28.

<sup>55</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>56</sup> CAHALI, 2007, p. 28.

<sup>57</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 out. 2012.

<sup>58</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 245.

A Carta de 1934 trazia responsabilidade solidária dos funcionários públicos para com a Fazenda Nacional Estadual ou Municipal, caso houvessem prejuízos, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.<sup>59</sup>

Somente na Constituição de 1946 restou claramente adotada a teoria da responsabilidade objetiva, a teor de seu artigo 194:

*As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único – caber-lhes-á ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo<sup>60</sup>*

Com a clara redação, não restam dúvidas de que a teoria adotada é a da responsabilidade objetiva, sendo que o elemento culpa, presente no parágrafo único do referido artigo, somente surge para garantir a possibilidade de ação regressiva do Estado.

Menciona-se, de passagem, que a Constituição de 1967 seguiu a mesma linha, adotando a responsabilidade objetiva claramente em seu artigo 105, imitado no art. 107 da Emenda Constitucional de 1969.

Desde então, as Constituições brasileiras tem adotado a responsabilidade objetiva em seus textos. No entanto, não havia consenso quanto à extensão da objetividade adotada.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 37, §6º, que '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'.

A doutrina, de maneira unânime, aponta ser claro que a teoria adotada no dispositivo é a teoria do risco administrativo, respondendo objetivamente o Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

A despeito do consenso, lembra Sergio Cavalieri que ainda se discute a 'relação que deve existir entre o ato do agente ou da atividade administrativa e o

---

<sup>59</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. Cahali, p. 28.

<sup>60</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 out. 2012.

dano”. Entende-se por isso a dúvida quanto à necessidade de que o ato ilícito tenha sido praticado na execução do serviço ou simplesmente em função dele.<sup>61</sup>

Ressalta o autor que o entendimento jurisprudencial tem se assentado no sentido de que minimamente necessário, para determinação da responsabilidade do Estado, que o cargo tenha criado a oportunidade para a prática do ato ilícito.<sup>62</sup>

Cumpra trazer à tela que o artigo 37, §6º da Carta Magna de 1988 trata explicitamente de ações em que o Estado e seus agentes, nessa qualidade, venham a provocar dano. Entretanto, também são relevantes as questões referentes à omissão, como ensina Cahali:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo.<sup>63</sup>

Assim como dito quando abordado o elemento culpa, além da negligência, imprudência ou imperícia, exige-se a conduta estatal dentro do padrão legal exigível, ou seja, é aplicada a noção do *homo medius* também às ações dos agentes do Estado.

A título de exemplo, ensina Yussef Cahali que se Poder público licencia edificações de determinada altura, não poderá deixar de ter, no serviço de combate a incêndios e resgate de sinistrados, meios de acesso compatíveis para enfrentar eventual sinistro.<sup>64</sup>

Note-se também a existência expressa da previsão da ação de regresso, por meio da fórmula: ‘assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa’.

Resta, assim, a questão de se o lesionado poderia acionar diretamente o agente, ao que a doutrina rebate dizendo ser possível, entretanto, desvantajoso, visto que disputaria a controvérsia somente no campo subjetivo, pois apenas o Estado responde objetivamente. Seguindo o raciocínio, a decisão pertence ao

---

<sup>61</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>62</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 247.

<sup>63</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. Cahali, p. 28.

<sup>64</sup> *Ibid*, p. 1014.

vitimado, pois a previsão constitucional não permite vislumbrar qualquer proibição neste sentido.<sup>65</sup>

### 2.3 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

As teorias que admitem a responsabilidade objetiva do Estado proporcionam ao indivíduo uma maneira relativamente simplificada de buscar sua compensação pelo prejuízo causado. Isso tendo em vista que os únicos elementos necessários para que se alcance a indenização são: a) a prova da própria lesão ao seu patrimônio; b) o nexo de causalidade, conectando a lesão à ação que se julgou ilícita; c) a prova de que o causador do dano seja agente do Estado agindo nesta qualidade.

Entretanto, ainda há casos em que o Estado se exime do dever de indenizar, pela existência de excludentes de responsabilidade. Neste sentido, veja-se trecho de acórdão de relatoria de Raphael Salvador, reproduzido por Yussef Said Cahali em sua obra:

(...) a teoria do risco administrativo não leva à responsabilidade objetiva integral do Poder Público, para indenizar em todo e qualquer caso, mas sim dispensa a vítima da prova da culpa do agente da Administração, cabendo a esta a demonstração da culpa total ou parcial do lesado, para que então fique ela total ou parcialmente livre da indenização.<sup>66</sup>

Vale lembrar que, conforme o entendimento esposado por Celso Antônio Bandeira de Mello, o Estado só se exime de compensar pelo dano faltando o nexo entre sua ação e a lesão, ou seja, estando o ônus da prova de excludentes de responsabilidade sempre a seu encargo.<sup>67</sup>

#### 2.3.1 Culpa exclusiva da vítima

---

<sup>65</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>66</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

<sup>67</sup> MELLO, 2010, p. 1024.

Nesta hipótese, o evento causador do dano ao patrimônio jurídico em questão sucedeu por conduta exclusiva da vítima, ou seja, esta, por si própria, deu causa ao evento danoso.

Celso Antônio Bandeira de Mello argui que, a despeito da frequente invocação da responsabilidade exclusiva da vítima como causa excludente, ocorreu mera desconstrução do nexo causal, desfazendo qualquer impressão de ligação entre a conduta do agente estatal e o dano causado.<sup>68</sup>

Bom recordar ainda que podem ocorrer situações em que a culpa da vítima atraia apenas parcial responsabilidade pelo prejuízo causado, *v.g.*, um agente policial que esteja desferindo tiros sem a devida atenção e vítima que, também por negligência, caminhe tranquilamente pela área onde ocorre a troca de tiros.

### **2.3.2 Caso fortuito e força maior**

O caso fortuito e a força maior se configuram como hipóteses em que o Estado não poderia ter evitado o dano e muito menos tem relação direta com sua origem. Tomaremos emprestadas as palavras de Diogenes Gasparini:

Afirma-se, assim, que em duas hipóteses o Estado não tem que indenizar. A primeira diz respeito a acontecimento imprevisível e irresistível, causado por força externa ao Estado, do tipo do tufão e da nevasca (caso fortuito) ou da greve e da grave perturbação da ordem (força maior) (...)<sup>69</sup>

Como bem lembra o doutrinador, no entanto, não devemos nos olvidar de que, embora em tais situações, a princípio, se constate a eliminação do nexo de causalidade, é recomendável analisar a existência de responsabilidade estatal por omissão.

Assim, no caso de uma eventual enchente, caso se comprove que o Estado deveria e poderia ter feito manutenção no sistema de esgoto de um Município, não tendo realizado por negligência ou imprudência própria, resta comprovada a culpa civil, que, juntamente com o dolo, é causa suficiente para se determinar a compensação pela omissão ocorrida.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>69</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>70</sup> GASPARINI, 2007, p. 980.



### 2.3.3 Fato de terceiro

Embora o fato de terceiro não seja analisado por toda a doutrina, quando do trato das excludentes da responsabilidade civil, por sua semelhança com a força maior, sua importância não resta diminuída.

Como bem ensina Caio Mário da Silva Pereira, o fato de terceiro tanto poderá atuar como excludente ou como fator de responsabilidade, conforme as circunstâncias. Apesar de aparente, não há contradição, pois tudo pende na análise que se faz da interferência de pessoa diversa do agente e da vítima.

É necessária a conceituação do que seria o terceiro na relação de que tratamos, e, seguindo ainda as lições do reputado doutrinador, define-se como aquele que não está presente no binômio *agente* e *vítima*, devendo ainda suas ações terem ocasionado a lesão tratada, fazendo com que o agente não responda pelos efeitos do dano.<sup>71</sup>

Imperativo ainda que se determine que a conduta do terceiro tenha sido a que, por si só, causou o fato prejudicial. Explica-se: após a ocorrência do dano, é identificado determinado indivíduo como agente, mas, após análise mais aprofundada, logo se vê que a atitude do terceiro conduziu exclusivamente o dano.

Quanto à semelhança entre o presente elemento e o caso fortuito ou de força maior, a contenda doutrinária é grande.

Aponta-nos Caio Mário da Silva Pereira uma maneira de distinção que, por receio de deturparmos ou subtrairmos a usual precisão das palavras do mestre, colacionamos *ipsis litteris*:

Fora dos casos concretos, um critério distintivo pode ser apontado. No fato de terceiro, excludente de responsabilidade, a exoneração terá lugar se for identificada a pessoa de cuja participação proveio o dano. No caso fortuito ou de força maior, o dano provirá de um 'fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir' (Código Civil, art. 1058). Di-lo Aguiar Dias, loc. cit.: 'Se o dano não pode ser atribuído a alguém, nesse sentido de que se deva a ação humana, estranha aos sujeitos da relação vítima-responsável, não há fato de terceiro, mas caso fortuito ou de força maior'.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

<sup>72</sup> PEREIRA, 1995, p. 302.

Todavia, não obstante as diferenças e semelhanças apontadas, fato é que a presença de ambos os institutos terá como consequência a exclusão da hipótese de responsabilidade civil.

### 3. PODER LEGISLATIVO

A Constituição federal de 1988 em seu artigo 2º estabelece como Poderes da União, harmônicos e independentes entre si: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Lembre-se que, em que pese a utilização da denominação *Poderes* no presente trabalho, o constitucionalismo moderno julga como melhores as terminologias *divisão de tarefas estatais*, ou ainda *de atividades entre distintos órgãos autônomos*, vez que, como lembra Alexandre de Moraes, calcado em Rousseau, o poder soberano é uno e não pode sofrer cisão.<sup>73</sup>

Ao Poder legislativo, por força de dispositivos constitucionais, e conforme ratifica a doutrina, restaram designadas as tarefas de legislar e fiscalizar, as quais serão estudadas a seguir, sem a pretensão de analisar de esgotamento do tema, com o objetivo de fundamentar melhor o objeto deste trabalho.

#### 3.1 TRIPARTIÇÃO DOS PODERES (INDEPENDÊNCIA E HARMONIA)

A ordem constitucional que teve início em 1988 adotou a continuidade institucional, no que diz respeito ao estabelecimento dos três Poderes - ressalvadas as infundáveis discussões no que toca ao dito 4º poder -, tendo como referência os textos constitucionais anteriores, com exceção da Constituição imperial, que previa também o poder moderador.

Tipicamente explica-se a necessidade da existência dos três poderes para que não haja atrito ou sobreposição no exercício da atividade estatal, com a eventual prevalência uma força política única sobre as demais.

Este sistema de autocontrole, como bem nos lembra Alexandre de Moraes, é há tempos nosso conhecido pelo nome *separação de Poderes*, abordado pela primeira vez por Aristóteles em sua obra *Política*, porém mais aprofundado por Montesquieu, que o trouxe à lume como o sistema de freios e contrapesos, em sua obra clássica *O espírito das leis*, que inspirou o legislador francês e veio a influenciar todo o mundo com suas ideias.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>74</sup> MORAES, 2010, p. 410.

Os citados Poderes são qualificados pelo art. 2º da CF como independentes e harmônicos entre si. Tal harmonia decorre do apoio na lealdade constitucional (*Verfassungstreue*), muito bem elucidada por Canotilho e Moreira, citado por Alexandre de Moraes:

(...) A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática da *guerrilha institucional*, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma *deontologia política*, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade do Estado (*statesmanship*)<sup>75</sup>

É clara a necessidade de lembrarmos o fator diferencial do sistema de freios e contrapesos brasileiro, eis que possuímos aqui elemento um elemento adicional, qual seja, o Ministério Público, que o distingue da forma clássica.

Tal componente, longe de deturpar o sistema clássico, objetiva a proteção jurisdicional de todo um conjunto de interesses e direitos coletivos ou difusos, fórmula que o reputado mestre considera adequada, eis que o Poder Judiciário é inerte, sem iniciativa. Assim, o Ministério Público supriria tal deficiência no sistema.

Portanto, ante a funcionalidade apresentada da tripartição de poderes, é de se inferir que a aludida sistemática é condição necessária à subsistência do Estado de Direito moderno, sem a qual estamos fadados à imposição do julgo de um Poder sobre outro e eventual retrocesso governo autoritários.

### 3.1 COMPOSIÇÃO

Em âmbito federal, o poder legislativo compõe-se de duas casas: o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, sendo por isso denominado sistema legislativo bicameral.

Já nas esferas estaduais e municipais o sistema é unicameral, composto por Assembleias Legislativas nos Estados, Câmara Legislativa no Distrito Federal, e Câmaras Municipais nos Municípios.

---

<sup>75</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

A Câmara dos Deputados é formada por representantes de todo o povo, eleitos para uma legislatura (período de quatro anos) através do sistema proporcional, que objetiva garantir uma representação igualitária em relação à quantidade de votos recebidos por determinada legenda.<sup>76</sup>

Já o Senado Federal é integrado por representantes dos Estados e do Distrito Federal, escolhidos com fundamento no princípio majoritário, tendo cada unidade federativa direito a três senadores, eleitos pelo período de duas legislaturas.

## 3.2 FUNÇÕES TÍPICAS DO PODER LEGISLATIVO

### 3.2.1 Fiscalizatória (artigo 70, Constituição Federal)

A função fiscalizatória do poder legislativo resta tipificada no art. 70 da CF/88, que assim dispõe:

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.

A fiscalização de toda a administração pública pode ser realizada interna ou externamente. Nesta segunda opção, coube ao Congresso Nacional, por determinação constitucional manter olhar clínico sobre os aspectos citados no art. 70, por meio do que se denomina *controle externo*.

Estabelece ainda o art. 71 da Carta Magna que o controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal De Contas (TCU), que, como bem lembra Gonet Branco, é órgão integrante do legislativo, sendo composto em seu pleno julgador por 9 Ministros, que, por força do art. 73, §3º da CF, possuem as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>77</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

### 3.2.2 Legislativa (artigo 59, Constituição Federal)

A função de legislar, que dá nome ao Poder, brevemente explicada, constitui na elaboração, edição, de atos normativos primários. O art. 59 da Lei Fundamental elenca os objetos típicos do exercício desta função típica do legislativo, bem como o processo necessário para tanto.

### 3.3 PROCESSO LEGISLATIVO

Esclarece a doutrina que por processo legislativo entende-se o aglomerado de etapas por que deve passar uma proposta normativa para que entre em vigor.<sup>78</sup> Cabe lembrarmos que, embora a função legislativa seja típica e constitucionalmente designada ao Poder Legislativo, como todas as funções, seja executiva ou judiciária, não será exclusivamente exercida por este Poder, vez que, ainda que atipicamente, os demais Poderes também legizam, por meio da edição de regimentos internos, portarias, decretos e outros.

Como nos ensina Alexandre de Moraes, a observância do devido processo legislativo, como estabelecido pela Constituição Federal, é da maior importância para que seja considerada válida e/ou legítima a norma nascida. Caso não exista consonância formal ou material com o procedimento previsto e a Constituição, poderá ocorrer sua retirada do sistema, por meio da declaração de inconstitucionalidade, caso em que, inclusive, grande parte da doutrina aceita a responsabilização estatal por ato legislativo, incluído o Superior Tribunal de Justiça, como será visto.<sup>79</sup>

#### 3.3.1 Espécies normativas

O art. 59 da Constituição Federal estabelece que o processo legislativo compreende a elaboração das seguintes espécies normativas: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas

---

<sup>78</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>79</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

provisórias, decretos legislativos e resoluções. Analisaremos brevemente as principais características de cada uma destas, objetivando proporcionar uma visão sistêmica do processo legislativo.

As emendas constitucionais restam previstas na CF/88, como prerrogativa concedida ao legislador constituinte derivado reformador de alterar o texto originário da Carta Magna, eis que, estão dogmatizados na Carta diversos valores e ideais representativos da sociedade e que, como tais, podem se alterar com o passar do tempo.

Todavia, como naturalmente se esperaria, são muitas as limitações para exercício de tal poder, como as pessoas a quem se faculta apresentar proposta de emenda, além da limitação sobre os assuntos sobre os quais versam as referidas emendas.

A título de exemplo, temos cláusulas pétreas, que são núcleo material intangível da Constituição Federal, e, portanto, de maior importância. Caso ignoradas, deixariam de refletir o povo a que a Constituição espelha e representa. Estas cláusulas são apresentadas no §4º do art. 60, que determina que não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Necessário explicar que as limitações materiais não constam somente do mencionado dispositivo, pois, como deflui da interpretação do inciso IV do dispositivo, as garantias e os direitos individuais podem estar em local distinto na Constituição.<sup>80</sup>

Além disso, temos limitações chamadas circunstanciais, que tem o fito de impossibilitar a modificação constitucional em situações de exceção, quando a ordem social está perturbada, evitando assim desequilíbrio na liberdade e independência estrutural do Estado. São estas as limitações à emenda quando estejamos sob a vigência de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio, e não se confundem com limitações temporais, que impediriam a edição de ato normativo em determinado espaço de tempo, sem razão política ou social específica.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>81</sup> *Ibid*, p. 674.

Cabe ainda fazer breve menção às limitações implícitas, sobre as quais Alexandre de Moraes esclarece o entendimento doutrinário:

A existência de limitação explícita e implícita que controla o Poder Constituinte derivado-reformador é, igualmente, reconhecida por Pontes de Miranda, Pinto Ferreira e Nelson de Souza Sampaio, que entre outros ilustres publicistas salientam ser implicitamente irreformável a norma constitucional que prevê as limitações expressas (CF, art. 60), pois, se diferente fosse, a proibição expressa poderia desaparecer, para, só posteriormente, desaparecer, por exemplo, as cláusulas pétreas. Além disto, observa-se a inalterabilidade do titular do Poder Constituinte derivado-reformador, sob pena de também afrontar a Separação dos Poderes da República.<sup>82</sup>

Conforme explicita Paulo Gustavo Gonet Branco, o legislador constituinte originário previu a existência de leis complementares e ordinárias no processo legislativo, havendo diferenciação material entre ambas somente quanto ao âmbito de atuação, deste modo: a lei complementar será editada em matérias nas quais a Constituição tenha reservado seu âmbito de atuação expressa e inequivocamente e, para todas as outras situações, aplica-se a categoria ordinária.<sup>83</sup>

No que toca à diferenciação formal, por se tratar de matéria reservada a ela pela Constituição diretamente, a Lei Complementar, naturalmente, exigirá maior quórum.

É imperativo tornar claro que, a despeito da confusão existente a respeito, a doutrina de maior qualidade sustenta não haver grau hierárquico entre leis complementares e ordinárias. O que ocorre são apenas campos materiais diferenciados atribuídos pela Constituição.

Portanto, havendo invasão do campo de regulação da lei complementar, pela lei ordinária, restará configurada inconstitucionalidade por violação à Constituição e não à hierarquia entre leis.<sup>84</sup>

As Medidas Provisórias são editadas, com força de lei, excepcionalmente pelo Presidente da República, em caso de relevância e urgência, que deverá, entretanto, ser submetida ao Congresso Nacional, conforme dita o caput do art. 62 da CF/88.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>83</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>84</sup> BRANCO, op. cit., p. 943.

<sup>85</sup> MORAES, 2010, p. 945.



A relevância e urgência são elementos que demonstram a necessidade de urgência da medida, e deverão ser apreciados enquanto pressupostos da medida provisória pelo Congresso Nacional, que deverá rejeitá-la caso a medida não os cumpra.<sup>86</sup>

A lei delegada constitui ato normativo editado pelo Chefe do Poder Executivo Federal, conforme autorização concedida pelo Poder Legislativo para que aquele, nos limites impostos por este via resolução, legisle sobre determinado assunto, observadas as vedações constitucionais trazidas pelo art. 68, §1º. Conforme esclarece Alexandre de Moraes, é instituto que traz delegação externa da função típica de legislar, como engenho que facilita ao Estado o exercício de suas funções, ante a maior celeridade do processo legislativo *in casu*.<sup>87</sup>

Possui processo legislativo diferenciado e alguns detalhes que merecem menção. Quando solicitada a autorização pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, passará esta pelo crivo de ambas as Casas, em sessão conjunta ou separadamente, e, caso aprovada, tomará a forma de resolução, que detalhará as regras para o exercício da delegação, que poderão incluir limitações quanto à matéria, termo de caducidade, etc. Ressalte-se ainda que, o poder instituído via resolução deverá ser exercido até o fim da legislatura, e, após a edição do ato normativo, caso não tenha sido especificado na resolução a necessidade de ratificação pelo Congresso Nacional, o Presidente promulgará e determinará a publicação da lei.<sup>88</sup>

O decreto legislativo, por sua vez, é utilizado para tratar de matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, tipificadas no art. 49 da Carta Magna, ou ainda para os fins previstos no §3º do art. 62, também da CF/88. Cabe lembrar que dispensa sanção presidencial.<sup>89</sup>

Por fim, a resolução é medida utilizada pelo Congresso ou uma de suas casas para regulamentar objeto de competência daquele, ou de competência privativa de uma destas, previstas nos arts. 51 e 52 da Constituição Federal. Usualmente possui efeitos internos, entretanto, poderá causar efeitos também externos, dependendo de suas particularidades. Seu processo legislativo é

---

<sup>86</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>87</sup> Ibid, p. 698.

<sup>88</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>89</sup> Ibid, p. 700.

disciplinado regimentalmente por cada uma das Casas, não havendo participação do Presidente da República.<sup>90</sup>

### 3.4 ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS

De acordo com Alexandre de Moraes, dá-se o nome de estatuto dos congressistas às “regras instituidoras das imunidades e vedações parlamentares, para que o Poder Legislativo, como um todo, e seus membros, individualmente, atuem com ampla independência e liberdade no exercício de suas funções (...)”. Estão aí inclusas as conhecidas imunidades parlamentares, como também prerrogativas de foro por exercício de função, vencimentos, incompatibilidades, etc.<sup>91</sup>

Como claramente ensina Paulo Gustavo Gonet Branco, o estatuto tem o intuito de proteger a liberdade do parlamentar enquanto exerce a função de representante eleito, ao mesmo tempo garantido autonomia do parlamento, para que não sofra pressões de outros órgãos, poderes, pessoas ou instituições que desejem limitar sua devida atuação.<sup>92</sup>

A necessidade de que perpassemos o tema advém do fato de que a imunidade parlamentar é frequentemente utilizada como fundamento de negação da responsabilidade estatal por ato legislativo, conforme será visto.

#### 3.4.1 Imunidade parlamentar

As imunidades são, brevemente explicadas, prerrogativas dadas ao parlamentar pela Constituição Federal para assegurar a independência do Poder Legislativo. Recebem esse nome pois o isentam da submissão a certas regras do ordenamento jurídico, por fatos (imunidade material), ou de institutos gerais tipificados no direito processual penal (imunidade formal).<sup>93</sup>

Esclarece de maneira mais elaborada Alexandre de Moraes a imunidade material:

---

<sup>90</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>91</sup> *Ibid*, p. 440-441.

<sup>92</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>93</sup> *Ibid*, p. 961.

A imunidade material implica subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos. Explica Néelson Hungria que, nas suas opiniões, palavras ou votos, jamais de poderá identificar, por parte do parlamentar, qualquer dos chamados *crimes de opinião* ou *crimes de palavra*, como os crimes contra a honra, incitamento a crime, apologia de criminoso, vilipêndio oral a culto religioso, etc., pois a imunidade material exclui o crime nos casos admitidos; o fato típico deixa de constituir crime, porque a norma constitucional afasta, para a hipótese, a incidência da norma penal<sup>94</sup>

Como bem lembra Gonet Branco, a mencionada imunidade, acrescentada ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 53 de 2001, limita-se na medida em que não irá protegê-lo na hipótese em que suas declarações não tenham relação com o exercício do mandato.<sup>95</sup>

A imunidade formal, por sua vez, definida por Paulo Gustavo Gonet Branco é a garantia do parlamentar “não ser preso ou não permanecer preso, bem como a possibilidade de sustar o processo penal em curso contra ele”.<sup>96</sup> Isso com o fim generalista de que não seja afastado de suas funções por influências políticas, que visem macular sua imagem do mesmo, ou ainda, obstar o devido exercício da função legiferante ou fiscalizadora.

---

<sup>94</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>95</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>96</sup> BRANCO, op. cit., p. 963.

#### 4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO LEGISLATIVO

Introduz-se a matéria com o fator basilar a motivar a redação do presente trabalho: o fato de que a teoria reinante, nos países da atualidade, é a da irresponsabilidade do Estado por ato legislativo, sequer havendo maiores ponderações sobre o assunto.

O que se verifica, em verdade, é a dispensa do assunto, sem grandes aprofundamentos, haja vista que o respeitável posicionamento da maioria da doutrina é no sentido de que a hipótese de responsabilização estatal, em virtude da edição de atos legislativos, seria infundada. Daí porque a teoria da irresponsabilidade seria pacificamente aplicada.<sup>97</sup>

Como mencionado alhures, são muitos os argumentos utilizados em contrário. A título de exemplo, temos a imunidade parlamentar como fator a constituir óbice à responsabilização, posto que o ato legislativo representaria a manifestação do legislativo de forma una, ou seja, seria uma espécie de manifestação de todos os parlamentares, a exigir resguardo similar ao conferido no âmbito da imunidade material, previamente estudada.

Como argumento contrário, no entanto, poder-se-ia apresentar o fato de que constam do ordenamento jurídico – brasileiro, ao menos – diversas hipóteses em que o editor do ato legislativo não é necessariamente parlamentar, a exemplo das já abordadas lei delegada e medidas provisórias, de autoria da presidência da república, assim como no exercício do poder legislativo de forma atípica, em que acabam por incorrer os demais poderes ao editar portarias, regimentos internos, etc. (vide item 3.2.2).

De toda sorte, ainda a título de possível argumentação opositora, é possível sustentar não haver que se confundir a imunidade material com a edição de ato legislativo.

Vejamos que o conceito de imunidade material colacionado no tópico anterior abarca opiniões, votos e palavras do parlamentar. Esses, por natureza, não representam ordem ou detém caráter coercitivo, servindo meramente para que o parlamentar possa exercer a representação de seus eleitores sem sofrer coação externa, questão da maior importância no Estado Democrático de Direito.

---

<sup>97</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

Não obstante, após publicação e ingresso no ordenamento jurídico, terá força coativa, podendo ter aplicação forçada pelo Poder Judiciário, o que faz crer que é necessário maior controle ou, ao mínimo, prudência, no exercer do poder de editá-los, posto que eventuais efeitos prejudiciais serão não só de maior escala, mas em muitos casos não poderão ser evitados, apenas compensados posteriormente, ante o fator *coação*, que garantirá o cumprimento da lei.

Isto posto, pode se argumentar que, conquanto importante para o caminhar democrático que o parlamentar possa se expressar livremente, o ato legislativo representará a opinião de todo o órgão legislador e do próprio Ente (União, Estado, DF ou Município), de modo que, salvo melhor juízo, não se afigura razoável permitir a edição de atos flagrantemente violadores da ordem constitucional posta, sem que haja qualquer reparação posterior.

Cite-se a esse respeito, inclusive, o posicionamento supra colacionado da nobre doutrinadora Maria Helena Diniz, que defende ser irrelevante para definição da responsabilização estatal a natureza do ato (se de gestão ou de império), visto que negar a reparação poderia equivaler a subtrair o poder público de sua função primordial de tutelar o direito, o que equivale a, *in casu*, reparar o dano e evitar o abuso de direito.

Argumento mais sedutor tem inúmeros defensores em âmbito doutrinário e jurisprudencial, sendo este o de que, em princípio, a lei é abstrata, não tendo destinatário específico, de modo que a responsabilização equivaleria à atual impugnação de lei em tese, comumente não admitida.

Há de se reconhecer a importância do argumento, mormente em época em que se tornam importantes teorias como o construtivismo lógico-semântico, para o qual a norma sequer existirá antes de sua efetiva aplicação e individualização ao caso concreto, nos casos em que não for direcionada a indivíduo ou grupo similar, com antecedente e conseqüente da regra-matriz de incidência bem delineados.

Se assim é, há de se compreender a quase impossibilidade lógica sem que haja individualização da aplicação do ato normativo, daí a inviabilidade de responsabilização civil: se não há dano, não o que indenizar, como restou demonstrado quando do estudo dos requisitos para configuração do dever de indenizar.

Não obstante, também se afigura argumento razoável indicar que o dano passa a existir justamente no momento em que produzida a norma individual

concreta a afetar o indivíduo ou grupo de indivíduos específico, de maneira a lesioná-los.

Outrossim, não podemos olvidar de que, embora a regra geral seja a da abstração normativa, há casos inúmeros em que incidência da norma se reduz a um grupo a uma pessoa específica, casos em que, inclusive, parte da doutrina admite a responsabilidade do Estado por ato legislativo.

Yussef colaciona texto da autoria de Cretella Júnior, onde este faz suas considerações a respeito da matéria, sumarizando os argumentos até aqui expendidos, em contrário à adoção da responsabilização estatal por edição de lei:

Se cada parlamentar é protegido pela *imunidade*, inerente ao cargo, a qualquer tipo de responsabilidade será também imune o ato emanado do colégio parlamentar, que é a síntese da manifestação da vontade de cada um de seus membros. Caracteriza-se o ato legislativo ou o ato parlamentar por especialíssima configuração visto que é criador de situação jurídica geral, impessoal, abstrata e genérica. Não tem a lei endereço certo. Não se dirige a pessoa determinada, não atinge de maneira específica situações jurídicas individuais, mas refere-se à generalidade dos habitantes de um país, em dado momento de sua história. Se o *ato legislativo* se confunde sob vários aspectos com a *soberania*, faculdade incontrastável de decidir sobre a positividade do direito, em última instância; se a lei a lei é abstrata e impessoal; se a imunidade, tornando incólume cada um dos integrantes do Parlamento, resguarda também o produto específico desse colégio – a lei -, como entender que a própria expressão da soberania pudesse transformar-se em fonte geradora de responsabilidade do Estado fora do contrato?<sup>98</sup>

Cabe trazermos o ensino de Maria Helena Diniz, que resume com grande habilidade os cinco principais argumentos a favor da irresponsabilidade estatal: a) primeiramente, prega a doutrina que, tomando-se em conta a soberania do Estado, manifestada através da lei cogente aos indivíduos que integram o Estado, a indenização retiraria o valor da referida soberania; b) em um segundo momento, à exceção de hipóteses em que o próprio legislador reconheça a responsabilidade do Estado, o ato legislativo está cingido de generalidade e abstratividade, não podendo assim ferir a esfera patrimonial individual; c) o receio que a responsabilização do Estado por ato legislativo poderia causar no legislador engessaria o progresso social; e d) diz-se que, indiretamente, o próprio lesionado causou seu dano ao eleger o representante para o Parlamento, não podendo dar origem ao seu próprio dano, sob pena de confusão.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

<sup>99</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. Responsabilidade Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Já foram abordados alguns dos aludidos pontos, porém, cumpre mencionar os demais, apresentando os devidos contrapontos.

Tomemos por um momento a alegação de que a responsabilização poderia causar diminuição efetiva na soberania estatal, como se, pelo reconhecimento de que determinada regra foi editada de modo ou por matéria indevida, o Estado se visse enfraquecido, com menos força conferida ao “contrato social” firmado com seu povo.

Contrariamente, é possível sustentar que a referida soberania foi conferida ao Estado para que exercida dentro de regras próprias, dentre as quais a segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito, assim como a razoabilidade, expressamente prevista na ordem constitucional brasileira.

Desta maneira, o reconhecimento de que a edição de determinado ato legislativo causou dano, por ser contrário ao ordenamento do próprio Estado, para responsabilizá-lo, em princípio, representaria mero ajuste à ordem previamente estabelecida, um retorno à axiologia que inspirou a criação do referido Estado, de sorte que a soberania, em tese, não seria diminuída, mas sim reforçada, conferindo a certeza aos jurisdicionados de que a ordem constitucional vigente há de ser respeitada, prestigiando mais uma vez a segurança jurídica e justificando a própria existência do pacto social.

Tratam ainda os contrários à responsabilização do engessamento social eventualmente causado, posto que a produção legislativa poderia adotar ritmo menor, por medo de que o judiciário acabasse abarrotado de ações indenizatórias pela edição de determinada lei, ou mesmo que aqueles legitimados à produção de atos legislativos fossem diretamente responsabilizados.

À primeira vista o argumento é certamente sedutor, afinal, é pressuposto lógico de uma sociedade dinâmica que seja capaz de mudanças rápidas e que acompanhem o ritmo da evolução global.

Ainda assim, pode ser apresentada como contraponto a ideia de que os efeitos, a longo prazo, poderiam compensar o eventual engessamento temporário.

Exemplifica-se: é natural que, ao se exigirem maiores cuidados para a abertura de atividade empresarial - como comprovação de que poderá a sociedade conferir segurança aos que frequentam seu estabelecimento, por exemplo -, a quantidade de sociedades a surgirem seja reduzida em um momento inicial.

Entretanto, a longo prazo, o mercado tende a se adaptar, ocasionando mais segurança aos usuários e, inclusive, às empresas, que poderiam sofrer eventuais efeitos de ação indenizatória, por conta da falta de segurança.

O mesmo poderia ocorrer com o controle mais aguçado da produção de atos legislativos, de maneira que, ainda que houvesse uma redução inicial no ritmo, os efeitos a longo prazo poderiam ser o aumento dos estudos prévios à publicação de novo ato normativo, de sua qualidade e a diminuição dos prejuízos causados, que em tese poderiam compensar os resultados iniciais.

Por fim, tratemos da arguição de que, por ter sido eventual ato legislativo produzido por representante eleito, a responsabilidade seria do próprio representado, por tê-lo eleito, o que ocasionaria efetiva confusão civil, no que toca ao prejudicado e ao responsável pelo ato ilícito, que o indenizaria.

Com a devida vênia – até mesmo porque o posicionamento pela irresponsabilidade estatal é, de modo geral, coberto de argumentos bastante sólidos-, o ponto defendido não parece requerer muitas considerações, haja vista sua inconsistência lógica, histórica e social.

É fato que o representante é eleito por seus representados e, ao menos em princípio, os atos daquele seriam indiretamente os atos deste. Porém, também é fato, notório, que o exercício dos poderes conferidos ao representante, inúmeras vezes, são extrapolados.

Tal fator é da frequência tão significativa que o próprio Código Civil, em termos similares, rege situações daí advindas, tornando sem efeito as ações do mandatário que extrapolem o mandato concedido, por exemplo.

Efetivamente, o próprio processo de *impeachment* presidencial é representativo do fato de que, muitas vezes, o representante age de forma contrária aos interesses de seu representado, seja por desconhecer sua real vontade ou por dolo.

Tal situação, em absoluto, não terá o condão de atribuir a culpa pelo ato ilícito ao representado, que somente sofrerá as consequências do dever de indenizar se demonstrada a culpa/dolo concorrente.

Interessante pontuar que, inclusive em casos em que pessoa não necessariamente responsável pelo ato ilícito é condenada a indenizar, sempre é resguardado seu direito de regresso, ou seja, a lógica jurídica impede não apenas o enriquecimento, mas também o empobrecimento sem causa.



Destarte, o referido argumento não parece se sustentar no estado atual do mundo jurídico.

Mencionados os principais pontos que circundam a negação à responsabilização estatal, vejamos que, em *terrae brasilis*, naturalmente, a questão também é adornada de considerável controvérsia.

Via de regra, como bem explicita Diógenes Gasparini, aplica-se a teoria da irresponsabilidade estatal, ou seja, de partida, o Estado não responderá por danos decorrentes da atividade legislativa, à exceção de alguns casos específicos.

Contudo, como bem cita o autor, a jurisprudência já admitiu, em certas hipóteses a responsabilização estatal, em casos que serão exemplificativamente estudados mais adiante.<sup>100</sup>

Como explica Silvio de Salvo Venosa, a Estrutura montada atualmente, no que diz respeito à responsabilidade civil estatal, nos autoriza inferir que a responsabilização por ato legislativo pode acontecer, eis que a previsão constitucional nos faz entender ser esta devida quando decorrente de agentes do Estado, no exercício de sua função ou em razão dela, independente de serem por atividades típicas do Executivo, Judiciário ou Legislativo<sup>101</sup>. Veja-se:

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

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.<sup>102</sup>

Nota-se então, que o permissivo legal em questão, qual seja, o art. 37, §6º da CF/88, deixa margem para discussão, ao que há parte da doutrina que defende a responsabilização do Estado, ainda que o ato legislativo seja constitucional, seja por encontrarem argumentos suficientes para rebater a corrente tradicionalmente

---

<sup>100</sup> GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>101</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>102</sup> BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 22 fev.2016.

adotada, seja por particularidades que, quando da aplicação da lei saltam aos olhos do observador como lógicas.

Para esses, não há vedação alguma Constituição a que sejam indenizadas lesões ocasionadas por atos advindos do legislativo, não podendo a jurisprudência ou legislação infraconstitucional estabelecê-la.

Assim, conforme explicita Carvalho Filho, em determinados Estados tem se adotado a responsabilidade na hipótese de a lei causar dano a pessoas ou grupos sociais específicos, sendo que em outros apenas se acata a responsabilização por leis inconstitucionais, além de, claro, adotar-se a teoria da irresponsabilidade quanto aos demais casos.<sup>103</sup>

Referidos casos específicos, como a lei inconstitucional, constitucional, ato regulamentar, lei de efeito concreto etc., serão abordadas a seguir, posto que atraem posicionamentos distintos da mera negativa à responsabilização do Estado.

#### 4.1 RESPONSABILIDADE PELA EDIÇÃO DE LEI INCONSTITUCIONAL

No sistema constitucional-eleitoral vigente, a eleição de parlamentar representa a verdadeira outorga, autorização, para o exercício das funções típicas atribuídas ao legislativo. *In casu*, tratamos especificamente da atividade legislativa, em qualquer de suas espécies já mencionadas.

Em princípio, nada mais natural que os anseios dos que o elegeram sejam no sentido de sua atuação esteja em consonância com as diretrizes do sistema que viabilizou sua eleição, ou seja, com as diretrizes constitucionais.

Em outras palavras, é consequência lógica esperar que a produção legislativa seja constitucional. A edição de ato legislativo inconstitucional, então, não só vai contra os interesses constitucionais e dos representados, mas, como bem ensina Carvalho Filho, constitui ato ilícito.<sup>104</sup>

Por constituir tal hipótese flagrante contrariedade aos preceitos constitucionais, não há grande relutância em boa parte da doutrina em aceitar a responsabilidade do Estado por edição de lei inconstitucional. Dentre os

---

<sup>103</sup> CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>104</sup> CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

doutrinadores favoráveis, apontamos: Amaro Cavalcanti, Guimarães Menegale, Cretella Júnior, Diógenes Gasparini, Juary C. Silva, Lúcia Valle Figueiredo, Yussef Said Cahali, Odete Medauar, conforme nos mostra Di Pietro, também filiada ao entendimento.<sup>105</sup>

Ainda conforme José dos Santos Carvalho Filho, mostra-se importante ressaltar alguns aspectos.

Primeiramente, é necessário que efetivamente ocorra dano em virtude da lei inconstitucional, pois a sua mera edição não irá atingir o patrimônio de toda e qualquer pessoa, pois, como também ensina Cavalieri Filho, é a posição majoritária da doutrina que, permanecendo a lei no campo da abstração, ou seja, nenhum fato a ela se subsumindo, não haverá nexó para responsabilização do Estado.<sup>106</sup>

Ademais, é preciso diferenciar o dano originado da própria lei e o que veio de ato fundamentado na lei, eis que no primeiro a inconstitucionalidade é causa principal e direta da responsabilização, enquanto que na segunda, é secundária, ou indireta, como, por exemplo, eventual ato administrativo efetivando constrição em bem de terceiro, gerado por uma má-interpretação da lei, por exemplo.<sup>107</sup>

Maria Helena Diniz esclarece, sucintamente, o porque da aceitação de responsabilidade do Estado nessa hipótese, com fulcro na submissão do parlamentar às diretrizes máximas da Constituição Federal:

(...) se o legislador, que tem o dever de obedecer os ditames constitucionais, os quais não poderá alterar, editar norma inconstitucional lesiva a terceiros, esse seu ato constituir-se-á num dano indenizável. Admitida a responsabilidade estatal por atos legislativos inconstitucionais, os regulamentos ilegais e inconstitucionais ou de execução de leis geram a responsabilidade legislativa. (...) Todavia, para que haja a responsabilidade estatal, será necessária a declaração de inconstitucionalidade da lei que causou o dano (TJSP, RDA, 81:133). (...)<sup>108</sup>

Cabe dizer que a doutrina, aceitando a responsabilidade por ato legislativo inconstitucional, também explicita a necessidade da declaração prévia pelo poder judiciário da inconstitucionalidade, visto que, enquanto não declarada a sua

---

<sup>105</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>106</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>107</sup> CARVALHO FILHO, p. 566-567.

<sup>108</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. Responsabilidade Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

contrariedade à ordem constitucional, esta lei terá eficácia como qualquer outra, ante a presunção de constitucionalidade do instituto.<sup>109</sup>

Não só, mas a isso se acrescenta o fato de que, enquanto não extirpada determinada norma do sistema, produzirá efeitos normalmente.

Afirma Cahali, neste contexto, que a declaração de inconstitucionalidade da lei deve ser realizada por ação judicial específica, qual seja, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada no Supremo Tribunal Federal, que é competente para dela conhecer. Só então, após a retirada da norma inconstitucional do ordenamento, estaria aberta a possibilidade de indenização.<sup>110</sup>

Entretanto, José dos Santos Carvalho Filho ensina de maneira diversa, apoiado em estudo realizado pelo professor Julio César dos Santos Esteves, em sua obra *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*:

Avulta, ainda, destacar que o fato gerador da responsabilidade estatal no caso – a inconstitucionalidade da lei – alcança tanto a inconstitucionalidade material como a formal, pois que, na verdade, o vício de forma na lei também não escusa a ilegítima atuação do órgão legislativo. Primitivamente, admitia-se a responsabilidade apenas quando houvesse controle concentrado de constitucionalidade; entretanto, atualmente, já se considera que o controle incidental pode, da mesma forma, gerar a responsabilidade do Estado, eis que inexistente qualquer óbice no direito positivo para tal conclusão. A verdade é que tanto numa hipótese quanto na outra fica reconhecido o erro legislativo.<sup>111</sup>

O posicionamento aparenta guardar coerência com o sistema atualmente vigente, máxime porque a responsabilização se dará no caso concreto, de modo que, se declarada a inconstitucionalidade com efeitos apenas para as partes do processo, não há porque vedar a responsabilidade estatal para as mesmas partes.

Hely Lopes Meirelles, citado por Yussef Said Cahali, é de corrente doutrinária que não aceita responsabilização do Estado, ainda que por atos legislativos inconstitucionais, com base em dois fundamentos principais: i) caso, em hipótese excepcional, lei inconstitucional atinja especificamente a um particular, seria necessária a demonstração de culpa integral do Estado, o que, segundo o mesmo é indemonstrável no regime democrático; ii) falta fundamento para a

---

<sup>109</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

<sup>110</sup> Ibid, p. 533.

<sup>111</sup> CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

responsabilização, pois o próprio povo elegeu os legisladores, e nenhum dos outros Poderes possui capacidades disciplinares em relação aos agentes políticos.

Cahali rebate os aludidos argumentos dizendo que, primeiramente, a eleição dos parlamentares pressupõe a edição de ato legislativo conforme os ditames constitucionais e, ainda, a previsão constitucional de responsabilidade estatal não requer qualquer demonstração cabal da culpa.<sup>112</sup>

#### 4.2. RESPONSABILIDADE POR ATO REGULAMENTAR DANOSO

Segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro, no que toca a atos normativos de agências reguladoras, seja em razão de sua inconstitucionalidade ou porque a competência tenha sido extrapolada, o entendimento difere. Isso porque, nesse caso, entende a autora ser desnecessária declaração de inconstitucionalidade prévia pelo Judiciário, podendo eventual reparação ser perquirida com fundamento na mera ilegalidade.<sup>113</sup>

Para Cahali, fundamentado em Cretella Júnior, dada a vinculação natural de atos regulamentares a determinada lei, são verificadas distintas situações no que toca à possibilidade de indenização.<sup>114</sup>

Caso o decreto regulamentar, por exemplo, exorbite os limites a serem observados para regulação da lei, causando danos, a reparação poderá ser buscada com base na mera ilegalidade, sem necessidade de declaração prévia de inconstitucionalidade da lei.

Todavia, se obedecidos os parâmetros estabelecidos na lei inconstitucional, quando da regulamentação, eventual responsabilização do Estado dependeria da declaração de inconstitucionalidade prévia da lei original.

Por fim, no que toca à regulação de eventual lei constitucional, observar-se-ão os pontos já aduzidos anteriormente, havendo diferenciação conforme seja aceita, no local, a responsabilidade do Estado por ato legislativo, ou não.<sup>115</sup>

#### 4.3 RESPONSABILIDADE PELA EDIÇÃO DE LEI DE EFEITOS CONCRETOS

---

<sup>112</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

<sup>113</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>114</sup> CAHALI, p. 535-536.

<sup>115</sup> CAHALI, p. 540.

Fugindo ao padrão das discussões aqui expostas, as leis de efeito concreto, conforme Di Pietro, não recebem o mesmo tratamento no que toca à responsabilização estatal, posto serem inaplicáveis argumentos como a abstratividade e a generalidade dos atos normativos mencionados, tipicamente os principais a afastarem a hipótese.

Segundo a doutrina, a lei de efeitos concretos, direcionada a um grupo ou pessoa específica, funciona como verdadeiro ato administrativo, eis que criada para regular situação única no espaço-tempo, sem abstração. Deve, portanto, ser indenizado o indivíduo que venha a sofrer dano em virtude de sua edição, ainda que previamente a qualquer declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.<sup>116</sup>

Lembra ainda a reputada doutrinadora que, nesta hipótese, é amplamente aceita a responsabilização estatal, ainda que a lei seja constitucional. Veja-se, a esse respeito, que em muitos atos legislativos de efeitos concretos o próprio legislador prevê indenização, caso haja eventual dano, ou seja, cria dispositivo atenuante, na linguagem utilizada por Cretella Júnior, citado por Di Pietro.<sup>117</sup>

Em suma, podemos notar que, sendo a lei direcionada somente a algumas pessoas, e, por consequência deixando de ser abstrata e genérica, aplicar-se-á a regra geral do art. 37, §6º da Constituição Federal (CF).

#### 4.4 RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO LEGISLATIVA

A Carta Magna de 1988 em muito avançou no sentido de evitar o prolongamento desnecessário de seu texto, embora ainda seja classificada como analítica. A esse respeito, veja-se que matérias tais como a do art. 7º, XXVII, que prevê a proteção ao trabalhador em face da automação, na forma da lei, deverão ser, seguindo a orientação do texto constitucional, regulamentadas por lei.

Desta maneira, omitindo-se o legislador em editar regulamentação, entra em cena o inciso LXXI do art. 5º da CF, que determina que a concessão de “mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício

---

<sup>116</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>117</sup> Ibid, p. 660.

dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas constitucionais inerentes à nacionalidade à soberania e à cidadania”<sup>118</sup>.

Como lembra ainda Di Pietro, também prevê a Constituição a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para tornar efetiva norma constitucional, estando esta prevista no art. 103, §2º da CF/88.<sup>119</sup>

Ocorre que, ante a omissão estatal, surge também dúvida quanto à possibilidade de pedido de indenização, caso o Poder ao qual tenha sido designada a competência para regulamentação da matéria se omita. Curiosa a hipótese, em que, a despeito da efetiva inexistência de qualquer ato legislativo, se insere no objeto de estudo do presente trabalho.

No entendimento de Carvalho Filho, caso o texto constitucional estabeleça determinado prazo para que seja efetivada a normatização da matéria em questão e seja o mesmo obedecido, não há que se falar em qualquer indenização, por razões óbvias.

Porém caso a determinação não seja obedecida, vislumbram-se duas hipóteses: a) se, apesar da demora, permita-se perceber que o tempo tomado pode ser considerado razoável, tomando-se em conta fatores socioeconômicos, não há falar em indenização, conforme o autor; b) todavia, na hipótese de que o prazo para elaboração escape a qualquer razoabilidade, considera o professor impossível afastar a culpabilidade omissiva do legislador, motivo que ensejará responsabilização do ente que deveria ter realizado a regulamentação.<sup>120</sup>

Esclarece a doutrina que o prazo razoável, que pode ser dado ao legislador, seria aquele que se considera tempo suficiente, para a apresentação de projeto de lei e respectivo trâmite do processo legislativo.

Afora disso, a omissão enseja responsabilidade do Estado, visto que o indivíduo é titular de direito constitucionalmente garantido e a inércia legislativa é o único entrave que o impede de exercê-lo.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 out. 2012.

<sup>119</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>120</sup> CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>121</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. Responsabilidade Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

#### 4.5 RESPONSABILIDADE POR DECRETO LEGISLATIVO

Cahali nos lembra que o Poder Legislativo, no exercício de sua competência para edição de decreto legislativo, também se encontra sujeito à responsabilização, em virtude de prática que venha a gerar danos a terceiros.

Neste sentido, colaciona trecho de sentença do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde se condena a Câmara Municipal ao pagamento de danos morais, vez que o decreto exarado pelo Poder Legislativo municipal declarou o indenizado *persona non grata* pelo simples motivo deste ingressar com ações judiciais contra a Câmara e a Igreja local, causando, assim dano objetivo a sua imagem e moral.

Na hipótese verifica-se que o decreto legislativo agiu como verdadeiro ato administrativo ou lei de efeito concreto, pois atinge a uma só pessoa, tornando-o passível de gerar indenização, a teor do entendimento doutrinário pacífico, conforme explica o autor e foi demonstrado previamente.

Vejamos esclarecimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, juntado por Yussef:

(...) ‘Sendo assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato até mesmo quando a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enuncia-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam’ (C. A. Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 346). Verificado o vício da motivação e da finalidade, comprometida está a validade do ato, ainda que praticado por força do denominado exercício do poder discricionário. No caso dos autos, dúvida não há de que o decreto legislativo está fundado em divergências existentes entre o autor e o padre loca. Em decorrência desse fato, algumas demandas judiciais foram propostas por aquele, inclusive de natureza criminal. Não se pode extrair deste comportamento qualquer ato hostil à população da cidade, pois o autor estava simplesmente exercendo a garantia constitucional a todos assegurada (CF, art. 5º, XXXV).<sup>122</sup>

#### 4.6 RESPONSABILIDADE POR PLANEJAMENTO GOVERNAMENTAL

Planejamento governamental, em essência, é a competência prevista no art. 174 da CF, prevendo que, “como agente normativo regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo

<sup>122</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.



e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”<sup>123</sup>.

Tal tópico é incluído neste estudo, pois, no exercício da referida competência, o Estado irá determinar medidas, dar incentivo à determinado setor da economia, etc., e isto poderá ocorrer através de ato normativo, p. ex., lei que determine redução da carga tributária a determinado setor da economia, a gerar dano a outras, pertencentes a setor diverso.

Acompanhando ensinamento de Yussef Said Cahali, vemos que o Estado poderá, então, ser responsabilizado no exercício da função de agente normativo regulador da atividade econômica. Conforme o autor, a dificuldade se apresenta na medida em que é necessário determinar, precisar a conduta do Estado e a do lesado, para que se verifique eventual existência de uma excludente, e a licitude ou ilicitude do ato.<sup>124</sup>

Ante a dificuldade de constatação da lesão em tais hipóteses, as decisões tendem a girar em torno de questões principiológicas, responsabilizando-se o Estado em hipóteses nas quais não se oriente pela boa-fé, lealdade e segurança jurídica, ou ao argumento de que não pode a política econômica causar prejuízo demasiado a determinado particular.

Vale a observação trazida pelo autor, para quem, nas situações em que, contratualmente, o Estado esteja em posição de superioridade, como em licitações, a adoção de políticas que não vão de encontro às intenções do particular não ensejariam responsabilização estatal.<sup>125</sup>

#### 4.7 RESPONSABILIDADE PELA EDIÇÃO DE LEI CONSTITUCIONAL

Ante o exposto até o momento, pudemos notar certa tendência dos operadores do direito em adotar a teoria da irresponsabilidade estatal quando tratamos de atos legislativos perfeitos, constitucionalmente falando, com pontuais divergências.

---

<sup>123</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 out. 2012.

<sup>124</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

<sup>125</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

Tudo se explica ante a soberania atribuída ao Poder legislativo, que, constitucionalmente, detém poder para de edição, revogação ou modificação de leis e direitos, devendo somente se ater às regras constitucionais, à coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito, de maneira que não estaria sujeito às normas de responsabilização por tais atos típicos da mesma forma que os outros Poderes do Estado.

Entretanto, ao comentar o caso francês *La Fleurette*, de 1938 - em que o Conselho de Estado francês reconheceu a responsabilidade estatal por ato normativo prescindida de culpa, ao entender que o ônus gerado pela retirada de determinado produto do mercado, para proteção de interesse geral, não deveria ser suportado somente por uma pessoa - nos mostra Cahali que existem hipóteses nas quais, apesar da constitucionalidade do ato normativo, ele poderá causar danos ao particular passíveis de reparação. Veja-se:

São situações mais frequentes discutidas na doutrina: o particular desfruta de certas vantagens econômicas asseguradas por um ato legislativo, e, sendo modificado ou revogado, resulta para ele a supressão ou diminuição daquelas vantagens – é o caso do proprietário que, em virtude de lei, vê o seu direito de uso, gozo e disposição do imóvel exposto a restrições administrativas quanto à forma de utilização; o Estado estabelece a seu benefício um monopólio industrial ou comercial de certa atividade, que, assim, fica interdita aos particulares, sofrendo aqueles que a exerciam sua privação.<sup>126</sup>

Conforme o autor, ao defender a teoria da irresponsabilidade, determina a parcela doutrinária que está ao seu lado que a execução da lei não pode ensejar responsabilização e, caso o faça, a mesma deve ser concedida pelo próprio legislador, em previsão específica na espécie normativa que, caso silente, não ocorrerá.

Porém, insurge-se parcela doutrinária contra tal teoria, apresentando argumentos contrários, como: a) ainda que no exercício de sua soberania, o Poder Legislativo está sujeito às normas e princípios constitucionais, devendo ser responsabilizado caso os viole; b) em que pese a abstração das normas, nas hipóteses em que a lei atinja pessoas determinadas, deve haver responsabilização; c) ao argumento de que o próprio eleitor é responsável pois elegeu seu

---

<sup>126</sup> Ibid, p. 550-551.

representante, rebate-se que sua eleição teve o condão de destiná-lo à edição de atos normativos que obedecessem à Constituição, e não à produção de legislação de constitucionalidade ou justeza duvidosas.<sup>127</sup>

Outro caso ocorrido na França, conhecido como *Chaucheteux et Desmont*, confirmou o entendimento adotado, conforme Octávio de Barros, citado por Cahali, estabelecendo critérios aceitos pela doutrina majoritária francesa.

Primeiramente, pontua-se a necessidade de que eventuais danos causados a um particular, em virtude de interesse público sejam indenizados, pois o dano deve ser suportado por toda a coletividade, sendo injusto que somente aquele particular sofra os encargos de algo que objetiva o bem comum, com o que concorda Duguit.

Ainda, a quietude legislativa (no sentido de não haver previsão indenizatória específica), antes interpretada como negativa de indenização, deve ser entendida nos termos do que foi dito, ou seja, cabe indenização para o indivíduo lesado em nome da sociedade, decorrendo tal possibilidade da interpretação da própria ordem jurídica, que defende a igualdade, o não empobrecimento indevido e a segurança jurídica, sendo irrelevante previsão específica para o caso concreto, salvo no caso de que seja negativa, ou seja, impeça a responsabilização.<sup>128</sup>

Quando tratamos especificamente do cenário brasileiro a contenda é maior, eis que os posicionamentos são muito distantes quando comparados um doutrinador a outro.

Estudiosos sustentam a irresponsabilidade estatal, exceto em hipóteses de inconstitucionalidade da lei, situação que não abarca a questão do dano provocado por ato legislativo, pois o motivo da indenização é a própria inconstitucionalidade, e não o ato legislativo.

Trazem tais doutrinadores noções já abordadas no texto do trabalho, tais como a limitação do Poder Legislativo por outro Poder, ao permitir que, por exemplo, o judiciário o responsabilize, pois somente o primeiro estaria encarregado de estabelecer regras sociais, ou, ainda, a necessidade de previsão pelo próprio legislador da indenização em casos necessários. Em suma, visões já apresentadas, que buscam dar autonomia do Poder Legislativo.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>128</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

<sup>129</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

Diversamente entende Maria Helena Diniz, segundo a qual, não há distinção entre atos administrativos, legislativos e jurisdicionais no art. 37, §6º da Constituição Federal, motivo pelo qual deve haver responsabilização estatal na hipótese de dano ao patrimônio, caso especial e anormal, causado a um indivíduo ou um grupo identificado.

Esclarece a célebre doutrinadora, no contexto, que, ainda que se aceite a noção de irresponsabilidade por abstração e generalidade da lei, em realidade existem situações específicas onde determinada pessoa é lesionada de maneira injusta, devendo o Estado, em atenção aos princípios da isonomia e igualdade ressarcir devidamente.<sup>130</sup>

Na mesma corrente advogam Cretella Júnior e Octávio de Barros. O segundo, citado por Cahali, sustenta que a lei também é ato administrativo, e, por tal motivo, em que pese a relatividade da intangibilidade do patrimônio individual, pode ser submetida à compensação caso onere indivíduo. Surge então a noção de que a solução para a problemática se esconde na análise específica de cada caso, ou seja, *in espécie*, não suportando, do ponto de vista prático, a resolução *in genere*.<sup>131</sup>

Comenta Cahali ainda a situação trazida por Duguit, segundo o qual é devida indenização quando o Estado decide monopolizar determinado serviço, retirando o particular a exercê-lo até então.<sup>132</sup>

Todavia, colaciona o autor entendimento contrário de Bielsa, que afirma que por óbvio a monopolização estatal irá causar danos a quem previamente exercia a atividade, porém, isto feito por causas sociais e econômicas diversas, ou seja, difere de institutos com os da expropriação, em que o patrimônio passa para o poder do Estado, ao que rebate o doutrinador, afirmando ser princípio trazido em Constituições anteriores (1946 e 1967) que, em que pese eventual monopolização estatal de atividade, devem ser respeitados os direitos e garantias individuais, e, apesar de não repetido expressamente na atual Carta Magna, entende-se que deve ser ressarcido o indivíduo, pelo dano injusto causado.<sup>133</sup>

#### 4.8 JURISPRUDÊNCIA

---

<sup>130</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. Responsabilidade Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>131</sup> CAHALI, 2007, p. 542-543.

<sup>132</sup> Ibid, p. 543.

<sup>133</sup> Ibid p. 543-545.

Não obstante a controvérsia delineada previamente, vez ou outra a jurisprudência tem favorecido reparação do indivíduo lesionado em razão da edição de ato legislativo, seja pela concordância com os termos dos argumentos expendidos supra, porque o caso concreto tem grande apelo social.

Com efeito, vejamos que já houve manifestação favorável à responsabilização em casos de dano especial e anormal, como em decisão reiteradamente mencionada por estudiosos da matéria, prolatada pelo 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, 1ª Câmara na Ap. 28.084 de 11.08.1975.

*In casu*, como bem menciona Yussef Cahali <sup>134</sup>, o Estado foi responsabilizado pois a criação de uma reserva florestal impactou amplamente a propriedade do autor. Veja-se trecho da decisão:

Um fundamento jurídico filosófico de solidariedade estabelece-se, através da ideia de que todos os componentes do grupo social, genericamente vistos, tem o dever de suportar um sacrifício gratuito em favor da coletividade. Não obstante, se esse sacrifício deixa de ser geral, para ser particular, passa o indivíduo a suportar um sacrifício gratuito em favor da coletividade, a sugerir o direito à indenização e mais (...) A limitação condiciona o exercício do direito de propriedade que não – é absoluto -, mas não desfigura a sua destinação natural. A propriedade deve ser medida com vistas ao seu aproveitamento econômico – princípio esse fundamental – e, ainda, constitui ela um dos direitos básicos assegurados na lei maior. A sua total interdição equivale a um confisco.<sup>135</sup>

Verifica-se claramente a presença da defesa ao não empobrecimento indevido, de determinada pessoa em prol de toda a sociedade, haja vista o dever de equilíbrio pertencente ao Estado, decorrente da igualdade e isonomia, conforme já mencionado.

Dada a pouca aceitação, o requisito “excepcionalidade” torna-se de grande importância, como se nota do julgamento da Apelação Cível nº 3957/SP, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 25/05/2011.

Naquela ocasião, sustentou o relator só ser viável a responsabilização por ato legislativo em situações raras, “quando viciado o ato por desvio de finalidade,

---

<sup>134</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

<sup>135</sup> TACivSP., 1ª C., ap. 28.084, 11.08.75.

maculado por não observar quaisquer dos postulados constitucionais dirigidos à preservação do sistema democrático”.<sup>136</sup>

No contexto sob análise, estivadores do Porto de Santos atacavam a edição de norma legal que disciplinou a prestação de serviços nos portos brasileiros. Assim, por considerar não ser o caso de flagrante desvio de finalidade ou violação à Constituição, não foi concedida a reparação.

De fato, há de haver razoabilidade no trato da matéria. Conforme abordado em momento anterior, a responsabilização por cada eventual dano a um indivíduo ou grupo justifica-se se há bem maior e significativo a ser alcançado pela sociedade. Do contrário, verificaríamos verdadeiro engessamento da política e economia.

Assim, a análise tende para o cotejo entre o caso concreto vivido pelos lesionados e o ato normativo editado, embora sustente Sayagués Laso, mencionado por Cahali, que o “reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por ato legislativo tende a generalizar-se, pois é a que mais se identifica com os princípios da justiça e da equidade que informam o direito”<sup>137</sup>.

Há de se ressaltar casos em que, talvez por o processo não atingir a instância de consolidação jurisprudencial ou de defesa à Carta Magna, prevalece a responsabilização do Estado, como ocorreu no julgamento do A.I nº 0002215-76.2012.8.10.0000<sup>138</sup>, no Tribunal de Justiça do Maranhã, em que a responsabilidade civil do Poder Público por ato legislativo é facilmente viabilizada, como se naturalmente defluísse do art. 37, §6º da Constituição Federal e fossem inexistentes quaisquer das discussões postas *sub oculis* neste trabalho.

O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência consolidada, até o momento, no sentido de que apenas admissível a responsabilidade civil na hipótese de haver sido declarada a inconstitucionalidade da lei em questão pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado.<sup>139</sup> Isso em prestígio à presunção de constitucionalidade inerente à lei, conforme se verifica do voto do relator.

---

<sup>136</sup> TRF-3 – AC: 3957 SSP 2001.03.99.003957-4, Relator: JUIZ CONVOCADO WILSON ZAHY, Data de Julgamento: 25/05/2011.

<sup>137</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

<sup>138</sup> TJ-MA – AI: 0131762012 MA 0002215-76.2012.8.10.0000, Relator: MARCELO CARVALHO SILVA, Data de Julgamento: 26/02/2013, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28/02/2013.

<sup>139</sup> STJ – REsp: 571645 RS 2003/0109498-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 21/09/2006, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 30/10/2006 p. 265.

Ainda não se verificou o enfrentamento pela Corte de hipótese em que, declarada a lei inconstitucional em sede de controle difuso, o particular que figurou no processo busque reparação. Nessa hipótese, salvo melhor juízo, nos parece que a Corte tende a viabilizar indenização, em alinhamento com o entendimento detalhado acima.

De igual modo, em pesquisa não se verificou o enfrentamento direto pelo Supremo Tribunal Federal da questão.

## CONCLUSÃO

A partir da exposição de todos os fatores abordados nos capítulos desse trabalho, acredita-se que pudemos obter uma visão mais detalhada das bases, discussões e posicionamentos em torno da Responsabilidade Civil Estatal por Ato Legislativo.

Neste sentido, primeiramente, restaram determinados os elementos basilares da Responsabilidade Civil como um todo, para que se introduzisse o tema, trazendo à questão os principais tópicos, e clarificando noções elementares ao assunto tratado. Desta maneira, estabeleceu-se ser a Responsabilidade Civil do Estado pertencente ao âmbito extracontratual, e que na maioria das situações é objetiva, embora em determinadas ocasiões citadas, tais como na responsabilidade por omissão, possa ser subjetiva. Também foram fixados como elementos necessários à responsabilização a conduta, ainda que omissiva; o dolo ou a culpa; o dano; e o nexo, entre a ação ou omissão e a lesão causada.

Também foi feita breve passagem histórica da evolução do tema, trazendo à tona a noção já ultrapassada da irresponsabilidade estatal (embora não no que toca ao ato legislativo), substituída pelas teorias civilistas, que admitiam a responsabilização através da comprovação de culpa, para, enfim, também serem substituídas pelas teorias publicistas, utilizadas majoritariamente nos dias de hoje, que admitem a indenização do Estado independentemente de culpa, inclusive a pouco utilizada teoria do risco integral.

Ademais, foram traçados os contornos do Poder Legislativo, de maneira simplificada, demonstrando que a questão da responsabilização estatal envolve aspectos tais como a harmonização entre os três Poderes estatais.

Fez-se abordagem quanto às funções do Poder Legislativo, fiscalizatória e legislativa, quando se focou na segunda, demonstrando as espécies normativas que poderiam ser objeto de responsabilização por eventuais danos ocasionados, bem como não foi esquecido o estatuto dos congressistas, ao serem bosquejadas as imunidades parlamentares, que poderiam se tornar óbices à responsabilização do Estado.

Por fim, foram tratadas as hipóteses de responsabilização admitidas doutrinariamente, tais como aquelas pela edição de lei inconstitucional, ato



regulamentar danoso, omissão legislativa, lei de efeitos concretos, decreto legislativo e planejamento governamental. Bem como foi discutida a polêmica responsabilidade pela edição de lei constitucional, onde foram demonstrados argumentos favoráveis da doutrina favorável à hipótese de responsabilização e da corrente contrária.

Tomando em conta tanto os argumentos favoráveis quanto os desfavoráveis em relação à possibilidade de responsabilizar-se o Estado por danos gerados através da produção legislativa, nos parece que, embora a discussão ainda seja árdua e a posição minoritária, não faltam argumentos lógicos para que, doutrinariamente, se aceite a possibilidade de responsabilização, ao menos se o caso concreto assim a exigir, por ter sido verificado excepcional dano ao particular.

Entretanto, é de se notar a patente necessidade de análise dos fenômenos posteriores à declaração de responsabilidade do Estado, qual seja, a via adotada para que seja compensado o dano causado, e os efeitos causados.

Neste contexto, verifica-se que, em par com o defendido por parte da doutrina, o legislativo ficaria acuado, pois, ante a grande produção legislativa atual, caso em todas as situações em que determinado ato normativo mal produzido venha a gerar responsabilização, o Poder legislador iria se retrair, com receio de onerar o Estado e até de responsabilização individual dos parlamentares ou outros responsáveis pela edição de ato normativo.

Toma-se em conta o acima dito, cumulado com o fator econômico-social, onde a responsabilização poderia levar a extremadas quantias indenizatórias onerando o e causando déficit em outras áreas que não a do Poder Legislativo, bem como poderia funcionar como instrumento para que o Poder Judiciário promovesse um controle exacerbado sobre o Legislativo, ou seja, que fosse além da harmonia entre os Poderes, prevista constitucionalmente.

Necessária, porém, a discussão, ante a pobreza e ineficácia legislativa que têm se manifestado atualmente e que é objeto de questionamento até da parcela leiga da população.

Verificamos, dia após dia, parlamentares sem condições alguma de legislar exercendo mandato e, conquanto constitucional a sua eleição, como fator basilar de uma democracia, é necessário o investimento do Estado para que atos normativos não sejam promulgados da maneira como frequentemente o são, carregando por vezes inconstitucionalidades que assustam ao mais simplório cidadão.

Destarte, temos que a responsabilização do Estado por seus atos normativos pode ocorrer, mediante análise *in casu*, ressalvadas as hipóteses de leis de efeitos concretos e outros atos que atinjam uma minoria, para a responsabilização bastaria a prova dos requisitos da responsabilização previstos no art. 37, §6º da Constituição Federal.

Nas demais casos, no entanto, longe de se aplicar cegamente a teoria da irresponsabilidade estatal - ante o não impedimento de responsabilização pela ordem constitucional - a situação concreta deverá ser melhor analisada, e, caso necessário, será devida, sim, a condenação do Estado a indenizar.

Sendo assim, pensamos ser razoável a adoção ad análise conforme o caso concreto, ainda que possamos sofrer os efeitos da multiplicação de processos, sob pena de que inúmeros particulares sejam lesionados de maneira desproporcional em prol de um comum, violando a igualdade constitucionalmente prevista.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 05 out. 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 22 fev. 2016.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. Cahali, p. 28.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. Responsabilidade Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

---