



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO PRIVADO

ALINE CRISTINA FERREIRA GOMES

RESPONSABILIDADE CIVIL DO
ESTADO POR ATO LEGISLATIVO
INCONSTITUCIONAL

Brasília – DF

2007

ALINE CRISTINA FERREIRA GOMES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO
ESTADO POR ATO LEGISLATIVO
INCONSTITUCIONAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito para obtenção do título no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Privado, do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: MsC André Rufino do Vale

Brasília – DF

2007

IDP - BIBLIOTECA

Dedico o presente trabalho à minha família, sempre presente nas minhas lutas e vitórias.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
Capítulo 1 - Teorias sobre a Responsabilidade Civil do Estado	02
1.1 Teoria da irresponsabilidade	02
1.2 Teoria da culpa civilística	05
1.3 Teoria do órgão	08
1.4 Teoria da culpa administrativa	09
1.5 Teoria do risco administrativo	12
1.6 Teoria do risco integral	15
Capítulo 2 - Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro	17
Capítulo 3 - Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo	21
3.1 A problemática da questão	21
3.2 A lei enquanto ato do Estado	25
3.3 A lei enquanto causa de dano	27
3.4 Responsabilidade civil objetiva do Estado por ato legislativo inconstitucional	30
3.5 O direito à ação regressiva contra o responsável nos casos de dolo ou culpa	39
3.6 Limite para a responsabilização do Estado	42
3.7 Reflexões sobre a responsabilidade civil do Estado em virtude de lei declarada inconstitucional	44
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

O Estado pode ser responsabilizado extracontratualmente por prejuízo causado a terceiros por atos e omissões de seus agentes.

Conforme o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

No entanto, há polêmica sobre a existência de responsabilidade civil do Estado por ato legislativo. Discute-se se o Estado deve reparar danos provocados pelo desempenho da função de legislar.

O intuito do presente trabalho é investigar se o Estado responde civilmente por prejuízos decorrentes de ato legislativo inconstitucional. Em caso afirmativo, se será necessária a declaração de inconstitucionalidade da lei para que possa ser reclamada pretensão reparatória e quando uma lei declarada inconstitucional gera direito à indenização.

Primeiramente analisaremos as teorias sobre a responsabilidade civil do Estado, sua evolução e os pressupostos para a reparação. Em seguida, mostraremos o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Finalmente, com base em casos recentes, faremos algumas reflexões sobre a responsabilidade civil do Estado em virtude de lei declarada inconstitucional.

CAPÍTULO I

TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado, na qual o Estado responde pelos atos de seus representantes, é ponto pacífico na doutrina. Porém, não se mostra dispensável uma análise de sua evolução, para maior compreensão da responsabilidade civil do Estado atualmente, pois houve várias fases até chegar-se ao estágio atual.

1.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE

A teoria da irresponsabilidade estatal, também conhecida pelos nomes de “feudal”, “regalista” ou “regaliana”, prevaleceu no Estado despótico e absolutista. A idéia de uma responsabilidade pecuniária da Administração era considerada como um entrave perigoso à execução de seus serviços. Retratam muito bem essa época as tão conhecidas expressões: “O rei não erra” (The king can do no wrong), “O Estado sou eu” (L’État c’est moi), “O que agrada ao príncipe tem força de lei” (quod principi placuit habet legis vigorem).¹

A idéia é de que o Estado é infalível, não comete erro. Os administrados tinham apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema. Ante a insolvência do funcionário, a ação de indenização quase sempre resultava frustrada.

1 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 249.

Sustentava-se que o Estado e o funcionário são sujeitos diferentes, pelo que este último, mesmo agindo fora dos limites de seus poderes, ou abusando deles, não obrigava, com seu fato, a Administração.

O conceito fundamental da teoria da irresponsabilidade absoluta da Administração Pública firma-se em três postulados: 1) na soberania do Estado, que, por natureza irreduzível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação; 2) segue-se que, representando o Estado soberano o Direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo Direito; 3) daí, e como corolário, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados não em representação do ente público, mas nomine proprio.

Dentro da concepção política do Estado absoluto não podia caber a idéia de reparação dos danos causados pelo Poder Público, dado que não se admitia a constituição de direitos contra o Estado soberano, que gozava de imunidade total; essa concepção ainda continuou sendo sustentada em nome do princípio da separação dos poderes, em virtude do qual a sustentação da responsabilidade do Poder Público importaria a censura ou o julgamento dos seus atos, atividade defesa ao Poder Judiciário.

Resguardava-se, assim, o Estado, na sua prepotência de não contradição: o Estado é o órgão gerador do Direito, cabendo-lhe a tutela dele; ao exercer a tutela

jurídica, o Estado não atenta contra a ordem jurídica, pois, sendo ele próprio o Direito, jamais praticaria injustiças.²

Zanobini, sintetizando as razões dos autores que defendem a teoria da irresponsabilidade estatal, escreve: “As razões da exclusão diferem segundo os autores, ora se falando no caráter ético e jurídico do Estado, o que excluiria o Estado, porque este nunca pode editar atos ilícitos, ora se falando na função que lhe é inerente, de criar o direito, o que seria incompatível com qualquer atividade ao direito e à legalidade, ora se falando no caráter publicístico da personalidade do Estado, o que impediria sua sujeição a um princípio de direito privado, como o da responsabilidade por dano” (Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, 6ª ed., 1950, vol. 1, p. 271).³

Essa teoria não resistiu por muito tempo aos seus contraditores.

Pedro Lessa anota que “a doutrina da irresponsabilidade do poder público é repudiada pelos juristas, e vai sendo pouco a pouco desprezada pelos legisladores”.⁴

Na doutrina, pôs-se em evidência que a teoria da irresponsabilidade representava clamorosa injustiça, resolvendo-se na própria negação do Direito: se o Estado se constitui para a tutela do Direito, não tinha sentido que ele próprio o violasse impunemente; o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando a sua

² CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 18.

³ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 58.

⁴ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 162.

irresponsabilidade quando sua atuação falha e seus representantes causam danos aos particulares.⁵

Pode-se dizer que a doutrina da irresponsabilidade estatal está inteiramente superada, visto que, os dois últimos países que a admitiam, passaram a permitir que demandas indenizatórias, provocadas por atos de agentes públicos, possam ser dirigidas diretamente contra a Administração: Inglaterra (Crown Proceeding Act, de 1947) e Estados Unidos da América (Federal Tort Claims Act, de 1946).⁶

1.2 TEORIA DA CULPA CIVILÍSTICA

Esta segunda fase funda-se na culpa do funcionário e nos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (patrão, preponente, mandante, representante).

Busca-se estabelecer uma diferença entre atos de império e atos de gestão, “processo lógico e sutil, através do qual se passou a admitir alguns casos de responsabilidade, enquanto em outros se a recusava”.⁷

Os vocábulos império e gestão, que ocorrem nas expressões atos juris imperii e atos juris gestionis, passaram a integrar a terminologia do direito público por volta de fins do século XVIII, logo depois da Revolução Francesa.

Imperium e gestio eram palavras tradicionais no campo do direito, empregando-se a primeira no direito público, e a segunda no campo do direito privado.

⁵ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 19.

⁶ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 958.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 116.

Durante a grande convulsão por que passou a França, após a queda da realeza, o patrimônio móvel e imóvel do particular foi afetado. Mobiliário, casas, parques, jardins, foram danificados pela sanha popular, impossível de ser controlada pelo poder público. Em consequência, inúmeras ações foram propostas contra a Administração, responsabilizando-a, civilmente, pelos prejuízos causados aos particulares.

A situação econômica da França era precária. Se os administrados tivessem ganho de causa, o tesouro francês, já exaurido, ficaria insolvente, agravando ainda mais a economia do país.

Para remediar a situação, foi elaborado um artifício jurídico, *ad usum delphini*, vedando ao Judiciário tomar conhecimento dessas demandas, que seriam julgadas pela própria Administração, por serem referentes ou ligadas a atos de império praticados pelo Estado no exercício do poder de polícia, que lhe é inerente.

Aos atos de império opõem-se os atos de gestão, atos estes que o Estado pratica, como o particular, quando administra seu patrimônio.⁸

Tinha-se como certo que duas classes de funções desempenha o Estado: as que se denominam essenciais ou necessárias, no sentido de que tendem a assegurar a existência mesma do Poder Público (manter a ordem constitucional e jurídica), e as chamadas facultativas ou contingentes, no sentido de que não são essenciais para a existência do Estado, mas este, não obstante, as realiza para satisfazer necessidades sociais, de progresso, bem-estar e cultura; quando realiza as funções necessárias, age como Poder Público, soberano; quando realiza funções contingentes, age como gestor de interesses coletivos.

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 63-64.

Agindo o Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supra-individual, os atos praticados nessa qualidade, atos *jure imperii*, restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danosos para os súditos, seriam insuscetíveis de gerar direito à reparação.

Todavia, na prática de atos *jure gestionis*, o Estado equipara-se ao particular, podendo ter sua responsabilidade civil reconhecida, nas mesmas condições de uma empresa privada, pelos atos de seus representantes ou prepostos lesivos ao direito de terceiros; distinguia-se, então, conforme tivesse havido ou não culpa do funcionário. Havendo culpa, a indenização seria devida; sem culpa, não haveria ressarcimento do dano.

Conquanto tenha tido o mérito de representar uma fenda no princípio da irresponsabilidade, a teoria civilista acabou sendo descartada em razão da insuficiência de seus enunciados.⁹

Washington de Barros Monteiro afirma que:

Só se pode tachar de arbitrária a distinção entre ato praticado *jure imperii* ou *jure gestionis*. Realizando um ou outro, o Estado é sempre o Estado. Mesmo quando pratica simples ato de gestão o Poder Público age, não como mero particular, mas para a consecução de seus fins. Portanto, não se pode dizer que o Estado é responsável quando pratica atos de gestão e não o é quando realiza atos de império. Negar indenização neste caso é subtrair-se o Poder Público à sua função específica, qual seja, a tutela dos direitos.¹⁰

Se pela teoria da irresponsabilidade, em hipótese alguma a Administração estava obrigada à indenização patrimonial ao causar dano ao administrado; se pela

⁹ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 20.

¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 105.

teoria dos atos de gestão, se exigia a prática de ato desta espécie e culpa do funcionário, a terceira colocação, fixada no terreno "civilista", representa grande progresso, num sentido mais liberal, dispensando a tipificação restrita e mal delineada do ato *jure gestionis*, para ressaltar o outro elemento, culpa, fulcro da responsabilização estatal.¹¹

1.3 TEORIA DO ÓRGÃO

Todavia, constatou-se que o Estado não é representado apenas por seus agentes, mas age através deles e dos órgãos em que atuam. Como pessoa jurídica que é, o Estado não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica e vida anímica própria. Estas, só os seres físicos as possuem. Não podendo agir diretamente, por não ser dotado de individualidade fisiopsíquica, a vontade e a ação do Estado são manifestadas pelos seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos desta qualidade e atuem em seus órgãos. Pela teoria do órgão (ou organicista) o Estado é concebido como um organismo vivo, integrado por um conjunto de órgãos que realizam as suas funções. Tal como o ser humano, é dotado de órgãos de comando (políticos) que manifestam a vontade estatal e órgãos de execução (administrativos) que cumprem as ordens dos primeiros. A vontade e as ações desses órgãos, todavia, não são dos agentes humanos que neles atuam, mas sim do próprio Estado.¹²

Não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como unidade.

¹¹ CRETILLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 66.

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 250.

O órgão não é distinto do ente. Ele supõe a existência de uma só pessoa, a própria pessoa do Estado, razão pela qual o dano causado ao particular imputa-se diretamente à pessoa jurídica de cuja organização faz parte o funcionário causador do dano. A atividade do funcionário configura-se como atividade da própria pessoa jurídica, e, por conseguinte, devem ser atribuídas a esta todas as conseqüências danosas ou não dessa atividade.¹³

1.4 TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA

A teoria da culpa administrativa representou o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a “falta do serviço” para dela inferir a responsabilidade da Administração.

Por ela não se indaga da culpa do agente administrativo, mas apenas da falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro.

A teoria exige uma culpa especial da Administração, que se convencionou chamar “culpa administrativa”. Exige, ainda, do terceiro prejudicado que, além do fato material, comprove a falta do serviço para obter indenização.¹⁴

Evoluiu-se da culpa individual para a culpa anônima ou impessoal. A noção civilista da culpa ficou ultrapassada, passando-se a falar em culpa do serviço ou falta do serviço (*faute du service*, entre os franceses), que ocorre quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado. Basta a ausência do serviço devido ou

¹³ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 75.

¹⁴ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 958.

o seu defeituoso funcionamento, inclusive pela demora, para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes aos administrados.

De acordo com essa nova concepção, a culpa anônima ou falta do serviço público, geradora de responsabilidade do Estado, não está necessariamente ligada à idéia de falta de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa. Basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço ao qual o dano possa ser imputado.

O serviço público, em tese, tem de apresentar-se perfeito, regular, contínuo sem a menor falha, para que a coletividade se beneficie no mais alto grau com seu funcionamento. Não pode funcionar mal, deve funcionar de maneira contínua, não deve funcionar com atraso. Continuidade sem falhas é o traço marcante que caracteriza o serviço público.¹⁵

A falha do serviço público não se encontra vinculada necessariamente à idéia de culpa de agente expressamente designado, identificado. Basta que dependa de má direção geral anônima do serviço, basta estabelecer que o serviço foi defeituoso na organização ou no funcionamento, e que o prejuízo se origina desse defeito. Julga-se o serviço e não o agente.

Na culpa administrativa, portanto, decorrendo a responsabilidade da falta anônima do serviço público e não se cogitando de culpa do funcionário, é sem utilidade a distinção entre culpa pessoal e culpa profissional, asserção que é válida também para a doutrina do risco social. No sistema em que a responsabilidade só se configura em face da culpa de determinado agente do poder público, essa distinção

¹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 75.

é necessária, porque a falta pessoal, ainda quando praticada no exercício do cargo, só empenha a responsabilidade do agente, ao passo que a falta do serviço acarreta a responsabilidade do Estado, como inerente à função.¹⁶

De três ordens são os fatos identificáveis como faltas do serviço público, conforme resultem: 1) de mau funcionamento do serviço; 2) do não funcionamento do serviço; 3) do tardio funcionamento do serviço. Na primeira categoria, estão os atos positivos culposos da administração. Na segunda, os fatos conseqüentes à inação administrativa, quando o serviço estava obrigado a agir, embora a inércia não constitua rigorosamente uma ilegalidade. Na terceira, as conseqüências da lentidão administrativa.

Em inúmeros casos de responsabilidade pela falta do serviço admite-se a presunção de culpa em face da extrema dificuldade, às vezes intransponível, de se demonstrar que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, casos em que se transfere para o Estado o ônus de provar que o serviço funcionou regularmente, de forma normal e correta, sem o que não conseguirá elidir a presunção e afastar a sua responsabilidade.¹⁷

O pressuposto da culpa, como condição da responsabilidade civil do Estado, acabou se definindo como injustificável pela melhor doutrina; em especial naqueles casos em que o conceito de culpa civilística, por si ambíguo, já não bastava para explicar o dano que teria resultado de falha da máquina administrativa, de culpa anônima da Administração, buscando-se, então, supri-la através da concepção de uma culpa publicística.

¹⁶ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 566.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 251.

Resta, portanto, a teoria da responsabilidade sem culpa como a única compatível com a posição do Poder Público perante os cidadãos. Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de direito público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.¹⁸

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 382.054/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., DJ 01.10.04, deu provimento ao recurso para declarar a responsabilidade civil subjetiva do Estado por ato omissivo do Poder Público. No caso, tratava-se de detento ferido por outro detento. Admitiu-se a ocorrência da falta do serviço, ao argumento de que o Estado deve zelar pela integridade física do preso.¹⁹

1.5 TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

A teoria da culpa é fundamentada em alguém, o agente público, preposto do Estado, que, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, dá origem ao dano. Sem identificação do elemento humano, causador do dano, torna-se impossível a aplicação dessa teoria da responsabilização do Estado em hipóteses de prejuízos causados ao cidadão. Por isso, a teoria da culpa é também denominada de teoria

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: RT, 1998, p. 556.

¹⁹ Nesse mesmo sentido, RE 369.820/RS, 2ª T. DJ 27.02.04 e RE 372.472/RN, 2ª T., DJ 28.11.03, ambos relatados pelo Ministro Carlos Velloso.

subjetiva, pois se baseia sempre na conduta de um sujeito ativo, causa determinante do dano.

Para quem sofre o prejuízo por parte do Estado, não há interesse na identificação do agente danoso. A vítima quer o ressarcimento, desde que estabelecido o nexu causal entre o Estado e o prejudicado.

Por isso, num segundo momento, prevaleceu a teoria do acidente administrativo, fundamentada na falta do serviço público, o que representou grande progresso em relação à teoria subjetiva da culpa.

Num terceiro momento, avançou-se mais em prol do administrado, levando em conta o dano e o nexu causal mais do que as circunstâncias em que se verificou o prejuízo, deixando, pois, de lado, a identificação do agente ou o funcionamento inadequado da máquina administrativa.²⁰

Nesta fase proclamou-se a responsabilidade objetiva do Estado, independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, desenvolvida no terreno próprio do Direito Público. Chegou-se a essa posição com base nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. Se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos. O que não tem sentido, nem amparo jurídico, é fazer com que um ou apenas alguns administrados sofram todas as conseqüências danosas da atividade administrativa.

O Estado responde porque causou dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular.

²⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 80.

Em busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, valeram-se os juristas da teoria do risco, adaptando-a para a atividade pública. Resultou, daí, a teoria do risco administrativo, imaginada originalmente por Léon Duguit e desenvolvida por renomados administrativistas, teoria essa que pode ser assim sintetizada: a Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Conseqüentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes.

A teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.

A teoria do risco administrativo, embora dispense a prova de culpa da Administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexu causal, nos seguintes casos: fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. Isso quer dizer que o Estado não deve indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação causa e efeito

entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, portanto, o Poder Público não poderá ser responsabilizado.

O Estado tem o dever de exercer a sua atividade administrativa, mesmo quando perigosa ou arriscada, com absoluta segurança, de modo a não causar dano a ninguém. Está vinculado a um dever de incolumidade, cuja violação enseja o dever de indenizar independentemente de culpa.²¹

No RE 272.839, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, negou provimento ao recurso do Estado para declarar a responsabilidade objetiva do Estado por morte de detento por colegas de carceragem. Entendeu-se configurado o nexo causal em função do dever constitucional de guarda, independente da demonstração de culpa dos agentes públicos.²²

1.6 TEORIA DO RISCO INTEGRAL

A teoria do risco integral é modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos das excludentes de responsabilidade. Põe de lado o elemento pessoal e preconiza o pagamento pelos danos causados, mesmo tratando-se de atos regulares praticados por agentes públicos no exercício regular de suas funções.

Se fosse admitida a teoria do risco integral em relação à Administração Pública, ficaria o Estado obrigado a indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular, ainda que não decorrente de sua atividade, posto que

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 252-253.

²² RE 272.839, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., DJ 08.04.05. No mesmo sentido: RE 215.981/RJ, 2ª T., DJ 31.05.02 e RE 217.389, 2ª T. DJ 24.05.02, ambos relatados pelo Min. Néri da Silveira.

estaria impedido de invocar as causas de exclusão do nexo causal, o que, a toda evidência, conduziria ao abuso e à iniquidade social.

A teoria do risco integral é a exacerbação da teoria do risco administrativo, repudiada pela maioria e inadmitida na prática, por conduzir ao excesso e à injustiça social.²³

²³ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 959.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição do Império (1824) e a Constituição Republicana (1891) continham disposições que responsabilizavam os funcionários públicos pelos abusos e omissões em que incorressem no exercício de suas funções. Tais dispositivos jamais foram considerados como excludentes da responsabilidade do Estado e consagradores apenas da responsabilidade pessoal do funcionário. Tratava-se de responsabilidade fundada na culpa civil, para cuja caracterização era indispensável a prova de culpa do funcionário.

O primeiro dispositivo legal que tratou especificamente da responsabilidade civil do Estado foi o artigo 15 do Código Civil de 1916, que dizia:

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

Com base nesse artigo foi consagrada a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Devido a sua redação ambígua, alguns autores começaram a sustentar a tese da responsabilidade objetiva do Estado. Dentre eles: Rui Barbosa, Pedro Lessa e Amaro Cavalcante.²⁴

Em 1934 a responsabilidade subjetiva do Estado por atos de seus agentes é elevada à categoria de norma constitucional ao se prever a responsabilidade

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 254-255.

solidária da Fazenda Pública com seus funcionários por prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.²⁵

A Constituição de 1946 consagrou a responsabilidade objetiva do Estado. Dispunha o art. 194: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. Esse artigo não fazia nenhuma referência à culpa do funcionário como condição para a responsabilidade do Estado. Mencionava a culpa no seu parágrafo único, ao determinar ação regressiva contra os funcionários causadores do dano na ocorrência de culpa. Conclui-se que a prova de culpa só se exige no caso de ação regressiva do Estado contra o funcionário. Portanto, para a ação da vítima contra o Estado se prescinde desse elemento subjetivo.

Assim, com a Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita da culpa, mas da relação de causalidade.

As Constituições de 1967 e de 1969, outorgadas pelo regime militar, mantiveram nos artigos 105 e 107, respectivamente, os termos da Constituição de 1946.

A Constituição de 1988 amplia a responsabilidade objetiva ao estendê-la às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Dispõe o artigo 37, § 6º, da CF/88: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa

²⁵ Constituição Brasileira de 1934 - Art. 171 Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.

qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.²⁶

O Estado brasileiro em suas três esferas - federal, estadual e municipal - é responsável independentemente da comprovação de culpa, pelos danos causados por seus agentes. O prejudicado pela ação estatal terá o direito à indenização a ser pleiteada contra a Fazenda Pública ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público a que pertencer o agente causador do dano. A ação nunca é dirigida contra o agente público, ou quem lhe faça as vezes. Estes limitam-se a responder regressivamente em casos de dolo ou culpa.²⁷

Para a caracterização do direito à indenização devem concorrer as seguintes condições:

I) A efetividade do dano. Deve existir concretamente o dano de natureza material ou moral suportado pela vítima. A Constituição Federal de 1988 consagrou a indenização por dano moral, prescrevendo a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem das pessoas.²⁸

II) O nexo causal. Deve haver nexo de causalidade, uma relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano que se pretende reparar. Inexistindo o

²⁶ Nesse sentido: RE 180.602/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T., DJ 16.04.99, assim ementado: “Responsabilidade do Estado – Natureza – Animais em via pública – Colisão. A responsabilidade do Estado (gênero), prevista no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, é objetiva. O dolo e a culpa nele previstos dizem respeito à ação de regresso. Responde o Município pelos danos causados a terceiros em virtude da insuficiência de serviço de fiscalização visando à retirada, de vias urbanas, de animais”.

²⁷ A 1ª Turma do STF, ao julgar o RE 327.904/SP, Rel. Min. Carlos Britto, negou provimento ao recurso em que se sustentava ofensa ao art. 37, § 6º, da CF, ao argumento de ser cabível o ajuizamento de ação indenizatória diretamente contra o agente público, sem a responsabilização do Estado. No caso, a recorrente propusera ação de perdas e danos em face de prefeito, pleiteando o ressarcimento de supostos prejuízos financeiros decorrentes de decreto de intervenção editado contra hospital e maternidade de sua propriedade. Esse processo fora declarado extinto, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva do réu, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça local. Concluiu-se que o mencionado art. 37, § 6º, da CF, consagra dupla garantia: uma em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público; outra, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencer (Informativo/STF nº 436).

²⁸ Dispõe o art. 5º, X, da CF/88: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

nexo causal, ainda que haja prejuízo sofrido pelo credor não cabe cogitar indenização.²⁹

III) Oficialidade da atividade causal e lesiva imputável ao agente do Poder Público. Decorre da conduta comissiva ou omissiva do agente público no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.

IV) Ausência de causas excludentes. A doutrina da responsabilidade objetiva adotada pela Carta Magna está fundada na teoria do risco administrativo e não na teoria do risco integral. Por isso a responsabilidade do Estado não é absoluta. Excluem a responsabilidade as hipóteses de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima. No caso de culpa parcial da vítima impõe-se a redução da indenização devida pelo Estado.³⁰

²⁹ RE 215.987/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., DJ 12.11.99, assim ementado: “Responsabilidade civil – Veículo registrado pelo DETRAN, mas que veio a ser apreendido pela Polícia por ser objeto de furto. Não se pode impor ao Estado o dever de ressarcir o prejuízo, conferindo-se ao certificado de registro de veículo, que é apenas título de propriedade, o efeito legitimador da transação, e dispensando-se o adquirente de diligenciar, quando da sua aquisição, quanto à legitimidade do título do vendedor. Fora dos parâmetros da causalidade não é possível impor ao Poder Público o dever de indenizar sob o argumento de falha no sistema de registro”.

³⁰ RTJ 163/1107-1109, Rel. Min. Celso de Mello.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO LEGISLATIVO

3.1 A PROBLEMÁTICA DA QUESTÃO

A relevância do presente estudo está em saber se existe ou não responsabilidade civil do Estado por ato legislativo. O Poder Público deve reparar danos provocados pelo desempenho da função de legislar?

A importância do tema está em sua abrangência, pois incide nas relações do Estado com o cidadão.

Segundo Themistócles Brandão Cavalcanti um dos pontos mais sensíveis da doutrina sobre a responsabilidade do Estado é o que concerne aos atos emanados do Poder Legislativo, na função específica de criar a norma jurídica. Se esses atos constituem a própria legalidade, a emanção da soberania nacional, através do seu órgão próprio, competente, como encontrar, nesses atos legais, uma fonte geradora de obrigações para o Estado.³¹

Na observação de Octávio de Barros, “a responsabilidade do Estado por dano resultante da aplicação da lei é a que no direito público surge cronologicamente em último lugar, tanto que inúmeras nações não a afirmaram”.

Assim, a responsabilidade do Estado nem ao menos teria sua razão de ser, afirmando-se a doutrina da irresponsabilidade por atos legislativos como a única

³¹ CAVALCANTI, Themistócles Brandão. Tratado de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, 3ª ed., vol. 1, p. 427.

aplicável no plano da responsabilidade extracontratual do Estado em virtude de atos parlamentares.³²

Os agentes do Estado encontram-se em suas três esferas de Poder, que são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A harmonia entre os Poderes, a independência de cada um dentro de suas funções específicas são argumentos suficientes para justificar a irresponsabilidade, em tese, do Estado pelos atos legislativos, porque estes emanam da própria soberania.

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 ato parlamentar por especialíssima configuração, visto que é criador de situação jurídica geral, impessoal, abstrata, 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 com a soberania; se 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?³³

³² CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 651.

³³ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 268.

Outros motivos capazes de impedir o reconhecimento da responsabilidade do Estado por atos legislativos seriam: i) a lei nova não viola direito preexistente; ii) a determinação da responsabilidade estatal por atos legislativos paralisaria a evolução da atividade legislativa, pois se se impedisse o legislador de desempenhar suas funções, atender-se-ia mais aos interesses particulares, obstando o progresso social e iii) o prejuízo causado por ato legislativo foi provocado pelo próprio lesado, que, por ser membro da sociedade, elegeu seus representantes para o Parlamento, conseqüentemente, não se poderá falar em responsabilidade do Estado pelas lesões dele oriundas.

Assim, a teoria da irresponsabilidade civil do Estado por ato legislativo parece aplicar-se de forma absoluta a hipóteses em que a lei causa danos ao administrado.

Os que defendem a responsabilidade do Estado argumentam: i) a lei como ato emanado do Legislativo não é ato emanado de Poder soberano, uma vez que a soberania é atributo do Estado como um todo, como entidade titular máxima do poder político. No máximo os três Poderes, individualmente considerados, não obstante exerçam suas atribuições como componentes do Estado, e o façam em seu nome, não são soberanos. Apenas implementam e tornam factível, na medida em que exercem as suas funções, a soberania estatal. Fosse o exercício de parcela da soberania causa excludente da responsabilidade, não se cogitaria da obrigação de indenizar do Executivo. Ademais, não só o legislativo quanto os demais poderes devem se submeter à Constituição; ii) a generalidade e abstração da lei por si só não garantem a irresponsabilidade estatal por ato legislativo, vez que foi justamente com fundamento no cânone da isonomia, que se atribuiu a responsabilidade do Estado quando, mesmo através da manifestação de sua atividade legiferante em compasso

com a Constituição, venha a prejudicar o exercício de atividade lícita pelo particular, causando-lhe prejuízos. Não se pode desconhecer que a crescente intervenção estatal tem acarretado o fenômeno consoante o qual a lei, visando tutelar o interesse coletivo, culmina por impor sacrifícios especiais e anormais a parcelas de administrados. Ademais, o mito, tributado a Rousseau, de que a lei não pode conter injustiça, em virtude de representar a decisão de todo um povo (vontade geral), deliberado para a coletividade inteira, por intermédio de normas gerais e comuns, não mais resiste aos tempos contemporâneos, sendo prova insofismável disto a supremacia da Constituição, justificativa para a invalidação judicial dos comandos daquela; iii) não é verdade que a lei nova, por ser um mecanismo de acompanhamento do progresso e evolução social, revogando o direito preexistente, é causa excludente da responsabilidade estatal justamente porque não viola direitos. Pensar que a lei nova pode sempre anular, sem violar, todo e qualquer direito preexistente é aniquilar a proteção dos direitos adquiridos consubstanciados no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal; iv) a possibilidade de o Estado vir a indenizar por atos legislativos não pode ser causa de paralisação da atividade legislativa, primeiro porque não será o Legislativo o Poder que figurará no pólo passivo da demanda indenizatória, por absoluta ilegitimidade passiva ad causam, depois porque o Executivo já vem respondendo por seus atos sem que isso seja apontado como causa de uma paralisação administrativa e; v) não há por que cogitar da exclusão da responsabilidade do Estado por ato legislativo em função de que o dano foi causado pelo próprio lesado na medida em que os parlamentares foram eleitos pelo povo. O povo não dá a seus parlamentares um cheque em branco, garantindo-lhes a irresponsabilidade por todos os seus atos, inclusive os de natureza política, vez que esses atos devem obediência à Constituição Federal. O fato de o povo eleger os

representantes do Poder Executivo jamais foi utilizado para excluir a responsabilidade dos funcionários públicos, que, na maioria das vezes, atuam em obediência às determinações hierárquicas daqueles.³⁴

3.2 A LEI ENQUANTO ATO DO ESTADO

A opção pelo Estado de Direito significa a estruturação sócio-política a partir de um meio racional e vinculativo como é o Direito. Considerando-se o Direito produto cultural, dotado de coercitividade, é fácil perceber que a imposição de comportamentos e criação de instituições permite a organização da comunidade e a realização dos valores adotados, sejam eles políticos, econômicos ou sociais.

A lei revela-se, nesse contexto, como a fonte jurídica por excelência, pois, enquanto norma escrita, permite o conhecimento amplo das prescrições e conseqüências cominadas. Estabelecido e divulgado qual o dever ser, os efeitos jurídicos atribuídos ao cumprimento ou não da norma já são esperados e passam a constituir o objeto da pretensão social. Garante-se, assim, a segurança das relações sociais travadas que, ao tipificarem previsões normativas, qualificam-se como relações jurídicas. Tem-se, ao final, a segurança jurídica visada pelo estado de direito.

Ao Poder Legislativo atribuiu-se a função de editar o direito positivo, cabendo aos Poderes Executivo e Judiciário, respectivamente, a aplicação do direito positivo constituído, de forma a executá-lo para materializar a organização idealmente instituída; e a pronúncia do direito ao caso concreto, dirimindo os litígios surgidos, para manter a ordem e a paz sociais.

³⁴ “Responsabilidade Civil do Estado por ato legislativo”, JAM – Jurídica Administração – v. 9, n.5, maio, 2004, p. 09-10.

É cabível afirmar que as funções legislativa, executiva e jurisdicional constituem exercício de poder soberano. Se assim o são, nota-se que todas qualificar-se-iam como funções públicas, na medida em que o exercício do poder conferido fundamenta-se no e destina-se ao interesse público, revelado pelos valores socialmente escolhidos como objetivo da coletividade, em nome do qual criou-se o Estado soberano em detrimento do poder pessoal do indivíduo.

Se a constatação mostra-se clara quanto às funções executiva e jurisdicional, desveladas em atos concretos, exsurtem dúvidas quanto à função legislativa, à qual se tenta emprestar apenas conteúdo político. Dir-se-ia que a função legislativa visa à sociedade considerada no seu todo, destinatária de preceitos abstratos e genéricos formulados por mandatários escolhidos.

Invoca-se o art. 53 da CF/88, que determina a inviolabilidade dos deputados e senadores por suas opiniões, palavras e votos, sublinhando o caráter político da atividade legiferante.³⁵

Todavia, é indispensável atentar para duas considerações. A primeira delas relativa ao caráter político de qualquer das funções estatais, posto que afetarão diretamente o comportamento da sociedade. O ato administrativo ou a decisão judicial repercutem na identidade política da coletividade, revelando a ideologia vigente e suas alterações. Portanto, o caráter político não é inerente, de forma singular, à função legislativa.

Em segundo plano, a função legislativa cria princípios e regras de observância obrigatória. A coercitividade imposta já se traduziria como efeito inafastável de uma ordem jurídica vigente, exercício concreto do poder estatal que

³⁵ Dispõe o artigo 53, da CF/88: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”.

definiu condutas e as exige. Existe, em conseqüência, uma ingerência direta na sociedade com a edição de uma lei. Assim, na medida em que uma lei é aprovada, ultrapassaria ela o conceito de opinião política defendida, para conformar a definição de preceito público obrigatório.

Conclui-se que a lei, mesmo de caráter abstrato, constitui exercício de função pública, produzindo efeitos diretos sobre a sociedade.³⁶

3.3 A LEI ENQUANTO CAUSA DE DANO

O ato legislativo mostra-se capaz de causar prejuízos, na medida em que, ao repercutir na esfera jurídica dos particulares, pode trazer-lhes conseqüências negativas inafastáveis, haja vista a impositividade de que é dotada (vigor normativo), ao servir como fonte jurídica para a constituição de direitos e deveres.

Existem duas situações diferentes. Primeiramente, a hipótese de lei válida propiciadora de dano ao particular e a devida responsabilidade extracontratual do Estado por ela mesma prevista, isto é, a lei não conflitante com a Constituição, prevê a responsabilidade do Estado no caso de propiciar situações caracterizadoras de algum tipo de dano, quando então só é identificável algum tipo de conflito se relativo ao quantum da indenização, pois que a obrigação de repará-lo provém do próprio diploma legal.

Outra, bem mais complexa, é a que decorre do silêncio da produção legislativa, isto é, não existe, no corpo da lei, a previsão de responsabilidade do Estado quanto a obrigação de reparação do dano por ela causado, acarretando,

³⁶ LEÃO, Adroaldo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 113-116.

porém, o que se tem denominado de dano injusto aos particulares ou a uma certa categoria deles.

O Conselho de Estado francês reconhece a responsabilidade do Estado por ato legislativo danoso, e a conseqüente necessidade de indenizar ao prejudicado. Uma das mais famosas de suas decisões, a proferida no caso “La Fleurette” julgou a aplicação de lei que proibiu a fabricação de produtos suscetíveis de substituírem o leite.

José Cretella Júnior ao citar o caso observa:

Uma lei, entre várias medidas destinadas a proteger a indústria de laticínios, ameaçada de colapso total, vedava a fabricação de produtos suscetíveis de substituírem o leite, em determinados empregos, o que foi atingir em cheio pouquíssimas empresas, como, no caso, a Companhia La Fleurette. Os prejuízos advindos desta medida geral recaíram sobre uma só empresa, o que não é justo, porque embora os termos do diploma legislativo sejam genéricos, na prática, tiveram endereço certo, convergindo para um ou para determinado grupo restrito de administrados. Neste caso, a responsabilização do Estado impõe-se, fundamentando-se no princípio da igualdade de todos diante dos encargos públicos.³⁷

O Conselho de Estado deu ganho de causa à empresa com base nos seguintes fatos: a atividade proibida por lei não era prejudicial; o prejuízo incidia quase que totalmente sobre a empresa; o legislador visou a proteção de outros interesses profissionais, o dos produtores de leite; e, por fim, decidiu que nada, nem o próprio texto da lei, nem o conjunto das circunstâncias do caso, permitiria pensar que o legislador tivesse pretendido que o interessado suportasse encargo que, normalmente, não lhe seria possível suportar.

³⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 150.

A partir da decisão, o Conselho de Estado francês passa a admitir a responsabilidade do Estado por ato legislativo válido mas danoso, seguindo os seguintes critérios: i) quando um dano especial é causado a um particular por lei de interesse da coletividade, o princípio da igualdade de todos os encargos públicos exige que esse prejuízo seja suportado por toda coletividade; ii) o silêncio do legislador a respeito da indenização deve ser interpretado no sentido de que só não vigorará se o próprio legislador expressamente declarar o não cabimento da reparação; iii) tais princípios são aplicáveis unicamente às atividades lícitas e não imorais.³⁸

Em regra, a lei conforme a Constituição causadora de prejuízos, sendo geral e impessoal, não cria a responsabilidade do Estado, porque o dano não se concentra em uma só pessoa mas reparte-se por todos aqueles sobre os quais incide. Se todos são iguais perante a lei, também o devem ser no tocante às cargas públicas.³⁹

As leis formais, também chamadas de leis de efeitos concretos, regulam situações subjetivas e individuais. Embora chamadas de leis, não passam de atos administrativos emanados do Poder Legislativo. Portanto, o tratamento a ser dispensado a esses casos é o mesmo dos atos administrativos típicos.

Os requisitos exigidos para efeitos de indenização assim se resumem: 1º) só ocorre indenização quando o próprio legislador, expressa ou tacitamente, a concedeu; 2º) se o legislador não fixou a indenização, ou omitiu-se, cabe ao juiz decidir de acordo com o que a lei preceituou; 3º) se a lei nada disse a respeito da indenização, vigoram as seguintes regras: a) de modo algum se concede

³⁸ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 665.

³⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Aspectos polêmicos da responsabilidade do Estado decorrente de atos legislativos. Anuário Iberoamericano de justiça constitucional, 2001, v. 5, p. 264.

indenização se a atividade vedada ou restringida era imoral, ilícita ou contrária ao interesse público; b) não se concede indenização a não ser que o prejuízo, por sua especialidade ou gravidade, ultrapasse o normal dos sacrifícios impostos pela legislação; c) não cabe indenização se o sacrifício imposto pelo legislador tem por objetivo o interesse nacional; d) cabe, porém, indenização se o sacrifício imposto pela medida legislativa recai sobre interesses particulares com a finalidade de favorecer ou proteger outros interesses particulares.⁴⁰

3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR ATO LEGISLATIVO INCONSTITUCIONAL

A questão da responsabilidade civil do Estado legislador aparece com o reconhecimento da doutrina e da jurisprudência da responsabilidade do Estado por atos de seus agentes que causem danos a terceiros.

Uma das hipóteses de responsabilização do Poder Público por ato legislativo ocorre com a prática de atos baseados em leis declaradas inconstitucionais ou pelo exercício inconstitucional da função de legislar.

A doutrina e a jurisprudência admitem a responsabilidade do Estado em virtude de leis inconstitucionais. Possuem tal entendimento, Guimarães Menegale⁴¹, Pedro Lessa⁴², José de Aguiar Dias⁴³, Yussef Said Cahali⁴⁴ e Amaro Cavalcanti⁴⁵, cuja lição enfatiza que:

⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 152.

⁴¹ Direito Administrativo e Ciência da Administração, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1950, v. 2, p. 350.

⁴² Do Poder Judiciário, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 164.

⁴³ Da responsabilidade Civil, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 2, p. 328.

⁴⁴ Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 226.

⁴⁵ Responsabilidade Civil do Estado. Rio de Janeiro: Borsó, 1957, p. 623, n. 88-A.

Declarada uma lei inválida ou inconstitucional por decisão judiciária, um dos efeitos da decisão deve ser logicamente o de obrigar a União, Estado ou Município, a reparar o dano causado ao indivíduo, cujo direito fora lesado, quer restituindo aquilo que indevidamente foi exigido do mesmo, como sucede nos casos de impostos, taxas ou multas inconstitucionais, quer satisfazendo os prejuízos, provadamente sofridos pelo indivíduo com a execução da lei suposta.⁴⁶

Em sentido contrário registre-se o entendimento de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual:

A doutrina brasileira tem como insustentável a responsabilidade do Estado por ato legislativo, porque, como realça Themístocles Brandão Cavalcanti, se o ato legislativo produz danos a terceiros, se as suas conseqüências podem causar prejuízos ao próprio legislador, cabe verificar e determinar os danos sujeitos à indenização e fixar as normas de equilíbrio econômico, a fim de restabelecer a justa distribuição dos prejuízos e dos encargos pela coletividade.⁴⁷

Mas, o que é lei inconstitucional? José Cretella Júnior, ao citar Alfredo Buzaid, diz que é a lei que, no todo ou em parte, ofende a Constituição. É a lei federal, estadual ou municipal, que conflita, de modo claro, com o que dispõe a Constituição Federal. Também cita Lúcio Bittencourt que esclarece que inconstitucional é a lei que contém, no todo ou em parte, prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição.

Inconstitucional é também a lei que infringiu o trâmite ou iter legis, contrariando ou saltando os passos prescritos para a tramitação legislativa, na própria Constituição, desde a iniciativa até a promulgação ou sanção.

⁴⁶ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1140.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Tratado de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1998, v. 1, p. 436.

A lei inconstitucional tem dois momentos: antes da declaração de inconstitucionalidade e depois da declaração de inconstitucionalidade. Se jamais o Poder Judiciário proclamar a inconstitucionalidade de uma lei, tudo se passa como se ela fosse constitucional, gerando todos os efeitos nela contidos, amparando os que a ela recorrem, pela presunção de constitucionalidade que informa todo texto do Legislativo. Decretada, entretanto, a inconstitucionalidade, todos os atos praticados durante sua vigência são considerados ilícitos, empenhando a responsabilidade civil do Estado em virtude de ato legislativo ilícito. Logo, ou nunca se declarou a inconstitucionalidade, ou a inconstitucionalidade foi declarada. Para efeito da responsabilidade estatal consideram-se momentos antes e depois desta declaração.⁴⁸

Elucida José Guimarães Menegale: “O ato da autoridade legislativa deve confrontar-se com a Constituição e, se lhe contravier aos mandamentos, tem de ser expungido; e, se de sua promulgação ou execução proveio dano ou lesão, o Estado o reparará”.⁴⁹

Themistócles Brandão Cavalcanti observa:

A nulidade da lei ou de apenas alguns de seus dispositivos, por violar garantias constitucionais, justifica a responsabilidade quando, da aplicação de uma lei que, no todo ou em parte, é inexistente porque fere de frente a norma constitucional. Se o ato legislativo produz danos a terceiros, se as suas conseqüências podem causar prejuízos ao próprio legislador, cabe verificar e determinar os danos sujeitos à indenização e fixar as normas de

⁴⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 269-271.

⁴⁹ MENEGALE, José Guimarães. Direito Administrativo e Ciência da Administração. 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsói, 1957, p. 508.

equilíbrio econômico, a fim de restabelecer a justa distribuição dos prejuízos e dos encargos pela coletividade.⁵⁰

Caio Mário da Silva Pereira preleciona que partindo do fato de que o Poder Legislativo não pode exorbitar dos termos da outorga constitucional, vale desde logo assinalar que o rompimento desta barreira pode ser erigido em pressupostos da responsabilidade do Estado. E aduz:

Como o Legislativo é um Poder através do qual o Estado procede no cumprimento de suas funções, forçoso é concluir que o ilícito cometido por via da atuação legislativa sujeita o Estado à reparação do dano causado. Se é impossível construir uma teoria subjetiva da responsabilidade do legislador, é contudo viável entender que toda sociedade organizada supõe a realização de um equilíbrio entre os direitos do Estado. Se, porém, os encargos rompem a necessária proporcionalidade, e sobrevém o dano, a distribuição dos ônus e encargos sociais fundamenta a responsabilidade civil do Estado legislador.⁵¹

Sérgio Cavalieri Filho, no mesmo sentido, ensina que:

Quando a Justiça reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, está, ipso facto, proclamando que o legislador agiu de forma errônea. E, se os efeitos da lei inconstitucional provocarem prejuízo ao administrado, deve a pessoa federativa responsável pela promulgação (União, Estado ou Município) ser civilmente responsabilizada pelo ressarcimento do dano daí decorrente. Os atos normativos são, na realidade, atos administrativos de natureza genérica. Desde que contrários à lei ou à própria Constituição, uma vez

⁵⁰ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. 1, p. 436-437.

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 142-144.

aplicados e causadores de prejuízos a terceiros, sujeitam o Poder Público a reparar o dano, da mesma forma que os atos administrativos em geral.⁵²

Para Bielsa “a lei inconstitucional legitima a pretensão indenizatória, pois neste caso a responsabilidade resulta virtualmente” (Bielsa. Derecho Administrativo, v. 5, n. 986, p. 3).⁵³

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui algumas decisões sobre o assunto. Já se manifestou no sentido de que o Estado responde civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional da função de legislar, como no RE 153.464 e RE 158.962, ambos da relatoria do Ministro Celso de Mello.⁵⁴

O Ministro enfatizou em relato proferido no RE 153.464: “é de referir que a jurisprudência dos Tribunais (RDA 8/133) – desta Suprema Corte, inclusive – não se tem revelado insensível à orientação fixada pela doutrina, notadamente porque a responsabilidade civil do Estado por ato do Poder Público declarado incompatível com a Carta Política traduz, em nosso sistema jurídico, um princípio de extração constitucional” (RDA 189/306). O Tribunal consagrou esse entendimento e prestigiou essa orientação em pronunciamento nos quais deixou consignado que ‘o Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional’ (Rel. Min. Castro Nunes, RDA 20/42). ‘Uma vez praticado pelo poder público um ato prejudicial que se baseou em lei que não é lei, responde por suas conseqüências’ (Rel. Min. Cândido Mota Filho, RTJ 2/121).

⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 287.

⁵³ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1140.

⁵⁴ Decisões monocráticas do Ministro Celso de Mello: RE 153.464/SP, DJ 16.09.92 e RE 158.962/PB, DJ 18.12.92. Os recursos tratam do bloqueio dos cruzados novos. O relator faz considerações sobre os efeitos decorrentes de comportamentos legislativos inconstitucionais do Poder Público.

A doutrina dominante entende que será necessário que a lei tenha sido reconhecida e declarada inconstitucional para a responsabilização do Estado.

Apenas quando o dano decorrer de lei ilegítimamente posta em vigor, do ilícito legislativo, em afronta ao sistema jurídico posto e que conduza ao erro judiciário é que se poderá falar em obrigação do Estado.

Juari C. Silva citado por Rui Stoco observa:

Enquanto o Poder Judiciário não lhe proclamar a inconstitucionalidade, a lei eivada desse vício é de considerar-se tão válida e cogente quanto qualquer outra, e quem agir em sua conformidade estará suficientemente amparado pela presunção de que gozam as leis, de serem constitucionais, até que o Poder competente, com o quorum adequado, dê pela inconstitucionalidade (A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 256).⁵⁵

A declaração da inconstitucionalidade constitui pressuposto indispensável da responsabilidade civil do Estado. Se o Judiciário não se pronuncia pela inconstitucionalidade e não retira a lei conflitante com a Constituição, o preceito legal tem livre trânsito e se faz sentir em todo o meio social como se fosse perfeitamente válido.

O Estado é irresponsável se agir de conformidade com lei inconstitucional não questionada, já que milita a favor do dispositivo legal a presunção de constitucionalidade até que o Poder competente lhe proclame a inconstitucionalidade, invalidando-a quanto aos efeitos.

⁵⁵ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1141.

A lei inconstitucional é inconvalidável, por maior que seja o lapso de tempo decorrido após sua publicação e vigência. A ação negativa de decretação da inconstitucionalidade é imprescritível, como toda ação de nulidade.⁵⁶

Rui Medeiros enfatiza que “a declaração de inconstitucionalidade, que pode distar vários anos da data de publicação da lei, não elimina necessariamente os danos resultantes da vigência da norma contrária à Constituição”.⁵⁷

Yussef Said Cahali também defende a necessidade da declaração de inconstitucionalidade para a reparação do dano. Para ele a simples recusa de aplicação de uma lei com base na sua inconstitucionalidade não interfere na existência, validade e eficácia da norma legal, não se podendo pretender uma indenização por danos causados por uma lei sem que a mesma tenha sido declarada inconstitucional por quem tem competência para tanto.

Desse modo esclarece que o simples provimento da Turma Julgadora que, em arguição incidental em juízo, recusa aplicação da lei a pretexto de ser a mesma inconstitucional, tem valor apenas para o caso concreto sub judice, deixando incólume a norma legal na sua existência, validade e eficácia, sabido que a declaração de inconstitucionalidade da lei reclama quorum e procedimento específicos, não se legitimando, assim, a pretensão indenizatória de danos à causa de uma lei cuja inconstitucionalidade não tenha sido regularmente declarada pelo tribunal competente.

Portanto, nenhuma eficácia de *actio judicati* se pode atribuir à sentença que simplesmente recusou a aplicação da lei, fundando-se na sua inconstitucionalidade,

⁵⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 271.

⁵⁷ MEDEIROS, Rui. Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos. Coimbra: Almedina, 1992, p. 131.

pois, de outro modo, estar-se-ia permitindo até mesmo ação direta de indenização, com declaração incidente de inconstitucionalidade da lei, para reparação dos danos conseqüentes do ato legislativo que se pretende inconstitucional, buscando-se, na fase do conhecimento, um substitutivo da actio judicati.

No caso, exige-se uma actio judicati específica, representada por uma decisão do tribunal competente, reconhecendo e declarando a inconstitucionalidade da lei, pois, só então, deixando de existir esta para o Direito, esvaída na sua eficácia e validade, poderá ser reclamada indenização por perdas e danos causados antes ou depois da declaração de sua inconstitucionalidade.⁵⁸

Se o fundamento nuclear do dever de reparar é a responsabilidade do Estado legislador, não se pode aceitar que o entendimento isolado, tomado nos autos e fruto de entendimento subjetivo de um único julgador, através de declaração incidental de inconstitucionalidade, valha como reprovação da atuação do Poder Legislativo na edição de determinada lei.

Seria extremamente perigoso uma mesma lei ser declarada inconstitucional, apenas incidentalmente por um julgador e todos os demais magistrados tê-la como hígida e conforme a Carta Magna. A primeira e única decisão ensejaria reparação dos danos e todas as demais retirariam esse direito de outras pessoas.

Excepciona-se o reconhecimento da inconstitucionalidade como supedâneo da revisão criminal, na qual se declare o erro judiciário e se reconheça o direito a uma justa indenização.

Fora essa hipótese, exige-se o aparelhamento de ação direta de inconstitucionalidade, representada por uma decisão do Supremo Tribunal Federal,

⁵⁸ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 657-658.

reconhecendo e declarando a inconstitucionalidade da lei. Somente a partir dessa declaração, retirada a lei do mundo jurídico e deixando de existir para o Direito, poderão ser reclamadas pretensões reparatórias dos danos causados.⁵⁹

No mesmo sentido Pedro Lessa esclarece: “Sem dúvida, as leis inconstitucionais podem legitimar o pedido de reparação do dano que porventura tenham causado. Mas é indeclinável que essa inconstitucionalidade tenha sido reconhecida e declarada pelo Poder Judiciário”.⁶⁰

Contrariamente, Maria Emília Mendes Alcântara entende que a obrigação de indenizar do Estado independe de ser ou não inconstitucional a lei causadora de danos, enfatizando que a ação de indenização não estaria sujeita à inconstitucionalidade do ato legislativo, visto que não é a licitude ou não desse ato que irá fundamentar o pedido, mas sim a ocorrência do dano em decorrência de ato estatal.⁶¹

Ao admitir a responsabilização do Estado pelo desempenho inconstitucional da função de legislar, imprescindível é a verificação do nexo causal entre a lei inconstitucional e o dano ocorrido, como pressuposto para o direito à indenização.

Assim, se o ato legislativo, cuja aplicação foi recusada pela Suprema Corte por ser inconstitucional, acarretou danos a alguém, caberá ao prejudicado ajuizar ação por perdas e danos. Contudo, se da inconstitucionalidade declarada não se identificar a ocorrência de qualquer dano efetivo e atual, resta evidente que a só declaração de desconformidade da lei com a Carta Magna não será suficiente para empenhar a obrigação do Estado de reparar um dano não demonstrado.

⁵⁹ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1141.

⁶⁰ LESSA, Pedro. Do Poder Judiciário. p. 164.

⁶¹ Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo, v. 17, p. 67.

Porém, vislumbrada a ocorrência de dano injusto, a regra é a da responsabilidade civil objetiva do Estado por ato legislativo inconstitucional.

Se uma lei é nula, seja no plano formal ou material, não pode gerar efeitos. E se da sua aplicação decorrer prejuízo a qualquer pessoa, impor-se-á ao Estado o dever de reparar.

O mesmo ocorre com a lei que venha a ser declarada inconstitucional. Se a declaração de inconstitucionalidade ocorrer no processo de modo incidental, nem mesmo a parte a quem aproveita permitir-se-á reclamar reparação. Contudo, se a declaração decorrer do controle concentrado ou difuso do Supremo Tribunal Federal, terá valor erga omnes e qualquer prejudicado poderá reclamar.

Conclui-se que é reconhecida a responsabilidade objetiva do Estado por ato legislativo inconstitucional. Entretanto, considera-se imprescindível a anterior e judicial declaração de inconstitucionalidade da lei e que se verifique o nexu causal entre a lei inconstitucional e o dano ocorrido.

No sistema jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para o reconhecimento do ato legislativo inconstitucional que poderá gerar direito à indenização.

3.5 O DIREITO À AÇÃO REGRESSIVA CONTRA O RESPONSÁVEL, NOS CASOS DE DOLO OU CULPA

O artigo 37, § 6º, da Carta Magna ao se referir à ação regressiva, estabelece como condição o dolo ou a culpa do agente público para que esta se viabilize.

Caberia ação de regresso contra os legisladores, criadores de leis inconstitucionais propiciadoras de danos injustos?

O artigo 53 da Constituição Federal afirma que “os deputados e senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”, regra que também é aplicável aos deputados estaduais, conforme artigo 27, § 1º, da CF, aos deputados distritais e à Câmara Legislativa do Distrito Federal, art. 32, § 3º, da CF, bem como aos membros das Câmaras Municipais.

Tais imunidades visam assegurar ampla liberdade ao parlamentar no exercício do mandato. São exceções ao regime comum, que decorrem não de seu interesse pessoal, pois se assim fosse seriam privilégios, mas do interesse público no bom exercício do mandato, não cabendo nem mesmo renúncia pessoal a tais prerrogativas.⁶²

Temos, então, um tratamento diferenciado no que diz respeito à ação de regresso em razão de responsabilidade estatal por ato legislativo, visto que não cabe contra os parlamentares. Primeiro, devido à imunidade anteriormente citada. Segundo, pelo fato de que os atos dos legisladores provêm de órgãos colegiados, o que torna impossível a individualização do dolo ou da culpa.

José Cretella Júnior ensina que “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”.⁶³

Maurício Jorge Pereira da Mota cita José Nagel que esclarece:

O que significa que a responsabilidade civil, por ato legislativo, não pode ser imputada aos Senadores e Deputados, mas, se danoso, impróprio, imperfeito, ilegal ou inconstitucional, o Poder Judiciário, pelos meios

⁶² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Aspectos polêmicos da responsabilidade do Estado decorrente de atos legislativos. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, 2001, v. 5, p. 274.

⁶³ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 268.

processuais adequados se for o caso, inclusive ação popular, poderá responsabilizar o Estado legislador mas nunca os Legisladores, que não legislam em nome próprio, mas o fazem no legítimo exercício da representação popular.⁶⁴

O Ministro Celso de Mello, em recente decisão sobre pedido de interpelação judicial de Senador da República, discorre sobre o assunto nestes termos:

Cumpre assinalar, de outro lado, que a garantia constitucional da imunidade parlamentar material, considerada a função tutelar que lhe é inerente, estende-se, por identidade de razões, ao plano da responsabilidade civil, para, nesse outro domínio, também proteger, com o manto da inviolabilidade, o membro do Congresso Nacional, 'por qualquer de suas opiniões, palavras e votos' (CF, art. 53, 'caput').

(...)

Impende observar, por oportuno, presente esse contexto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da promulgação da EC 35/2001, que deu nova fórmula redacional à regra inscrita no art. 53, 'caput', da Constituição, já havia firmado entendimento no sentido de estender o alcance da imunidade material ao plano da responsabilidade civil, em ordem a impedir que o membro do Poder Legislativo pudesse ser condenado ao pagamento de indenização pecuniária, por palavras, opiniões, votos ou críticas resultantes da prática do ofício legislativo.⁶⁵

Assim, em consequência da garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material, fica o membro do Poder Legislativo excluído da responsabilidade civil por danos resultantes de manifestações, orais ou escritas,

⁶⁴ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Responsabilidade Civil do Estado Legislador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 128.

⁶⁵ PET 3686/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 31.08.06. Ver também Informativo/STF nº 438, de 2006.

desde que motivadas pelo desempenho do mandato ou externadas em razão deste, qualquer que seja o âmbito em que se haja exercido a liberdade de opinião.⁶⁶

3.6 LIMITE PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 220.999, Redator para o acórdão Min. Nelson Jobim, deu provimento ao recurso da União para afastar a responsabilidade objetiva do Estado. Entendeu-se que não há como se extrair da Constituição a obrigação da União em oferecer transporte fluvial às empresas situadas à margem dos rios.

O Min. Nelson Jobim em seu voto-vista argumenta:

Ora, a responsabilidade civil decorre:

- a) do descumprimento de obrigação; ou
- b) de ato lesivo à situação jurídica que deva ser preservada.

Quando se trata de responsabilidade objetiva, não se indaga sobre a existência de culpa.

No entanto, não se dispensa a verificação da obrigação de ser mantida uma situação jurídica que deva ser preservada.

No caso, o que se quer é a responsabilização da União por uma pretensa obrigação de dar transporte ao setor privado.

Dessa pretensa obrigação se seguiria, ao fim e ao cabo, a efetiva obrigação pretendida nesta ação: a obrigação do Poder Público de preservar uma específica situação conjuntural na estrutura dos custos de uma empresa.

⁶⁶ Ver AI 473.092/AC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.03.05 e Informativo/STF nº 379, de 2005.

Não se confunda responsabilidade civil objetiva, com responsabilidade civil sem obrigação.”

Gilmar Ferreira Mendes ao comentar o caso esclarece:

A hipótese, em resumo, era de uma empresa que pleiteava ressarcimento por cessação de lucros decorrentes da interrupção do escoamento de sua produção após a suspensão da prestação de serviço de transporte fluvial pela sociedade de economia mista federal FRANAVE. Para o espanto de todos, a decisão de 1ª instância, confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, entendia que a União tinha o dever de manter em funcionamento a sociedade, mesmo que não houvesse qualquer previsão legal a respeito, nem obrigação de continuidade dos serviços entre a FRANAVE e a autora da ação. Pior, a decisão funda-se num misto de responsabilização da União pela edição de atos legislativos referentes à possibilidade de cessão dos bens da FRANAVE para os Estados e Municípios no processo de desestatização e responsabilização pela desativação da empresa, acusada como omissão da União. Em última análise, o que pleiteava a empresa era o direito ao lucro garantido, a ser custeado pelo Estado.

Conclui:

Alguns juízes entendem que estão a criar uma jurisprudência libertária quando condenam a União – significa dizer, a pobre sociedade brasileira – a pagar vultosas indenizações a segmentos largamente privilegiados, seja com a política de subsídios do passado, seja com a generosa hermenêutica do presente.

Por mais que se faça um pretense juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo ‘à brasileira’, no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados.

A consideração central a se fazer é, se determinados planos econômicos ou se determinadas políticas públicas afetaram toda a sociedade, por que razão pretenderiam alguns privilegiados encontrar numa atuação global do Poder Público umnexo de causalidade com eventual prejuízo. Essa obscura lógica só pode encontrar respaldo numa visão distorcida de Estado, protetora de privilégios e de corporativismos.

É necessário, portanto, identificar-se no Estado Democrático de Direito a formação do interesse público calcado em interesses universalizáveis e publicamente justificáveis. As razões e os interesses forjados em um discurso e uma prática corporativa, em sentido contrário, são unilaterais, sectários, e, freqüentemente, obscurantistas.⁶⁷

Uma decisão que condena o Estado ao pagamento de indenização decorrente de dano ou prejuízo causado pelo Poder Público significa, mesmo que de forma implícita, a responsabilidade civil da sociedade brasileira. Portanto, deve-se coibir as tentativas de apropriações indevidas de seus recursos, para que não se banalize a idéia de responsabilidade civil do Estado.

3.7 REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM VIRTUDE DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reexaminou matéria até então pacificada em sua jurisprudência. No julgamento do HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de habeas corpus e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que

⁶⁷ Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”?. Gilmar Ferreira Mendes Revista Jurídica Virtual, nº 13, junho/2000.

veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos. Decidiu-se, por unanimidade, que a declaração incidental de inconstitucionalidade não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

Assim, o STF mudou seu posicionamento e a norma antes tida por constitucional agora é reconhecida como inconstitucional. No caso, os ministros reapreciaram a questão dando ênfase ao direito fundamental de individualização da pena, inscrito no artigo 5º, LXVI, da Constituição Federal.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram limitados. Em regra, os efeitos retroagem até a edição da lei. Portanto, a indagação que se faz é se com essa limitação não estaria o Supremo admitindo implicitamente a responsabilização do Estado por aqueles que não puderam exercer o direito à progressão de regime.

Sobre essa questão Rui Medeiros, baseado no direito português, entende ser autônoma a responsabilidade do Estado legislador em relação à limitação dos efeitos da inconstitucionalidade, porém admite a possibilidade de minimizar o direito à indenização nos casos de grave prejuízo para as finanças públicas, leciona:

A limitação dos efeitos de inconstitucionalidade, prevista no art. 282 nº 4 CRP, mesmo na sua modalidade mais radical de destruição da norma com eficácia 'ex nunc', não afecta, em princípio, a responsabilidade civil do Estado pelo ilícito legislativo. Todavia, o interesse público de excepcional relevo pode exigir a limitação do direito à reparação dos danos causados por uma lei inconstitucional. Esta limitação é compatível com a natureza do direito de indemnização, direito fundamental de natureza análoga à dos

direitos, liberdades e garantias. A possibilidade de limitar a indemnização dos danos causados por actos legislativos contrários à Constituição vale igualmente no domínio da fiscalização concreta, difusa ou concentrada. O art. 282 n.º 4 CRP permite, assim, ultrapassar os receios de que a admissibilidade duma responsabilidade do Estado legislador se torne um encargo insuportável para as finanças públicas.⁶⁸

Cita um caso no qual a Auditoria Administrativa de Lisboa enfrentou o problema dos danos que podem causar uma norma legislativa. Expõe:

Um estudante propusera uma acção de indemnização contra o Estado invocando, entre outros fundamentos, o facto de o DL 61/75, de 18 de Fevereiro, ao determinar o não funcionamento dos cursos correspondentes ao 1.º ano de todas as escolas de ensino superior durante o ano lectivo de 1974/1975, lhe ter causado prejuízos. A Auditoria admitiu a responsabilidade do Estado, mesmo que o acto legislativo fosse inconstitucional, mas afastou a obrigação de indemnizar por considerar que, sendo cerca de 28000 os candidatos ao ensino superior, a reparação de todos os danos poria em causa a própria organização do Estado reflectida no seu sistema orçamental.⁶⁹

A Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 282, n.º 4, dispõe:

Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.

⁶⁸ MEDEIROS, Rui. Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos. Dissertação de mestrado em ciências jurídicas políticas. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 164.

⁶⁹ MEDEIROS, Rui. Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos. Dissertação de mestrado em ciências jurídicas políticas. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 158-159.

Contudo, Rui Medeiros entende que a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade, na hipótese de eficácia ex nunc, pode não afetar a responsabilidade civil do Estado pelo ilícito legislativo. Exemplifica:

Em diversos acórdãos, o Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de normas que, para evitar o consumo exagerado, fixavam 'taxas moderadoras sobre o consumo de medicamentos', mas restringiu a eficácia da sua decisão, 'por forma a que não haja lugar à restituição das taxas pagas'. Imaginemos que um particular adoece gravemente e não adquire os medicamentos adequados por não dispor de meios económicos para o fazer, não conseguindo obter a isenção do pagamento da taxa, prevista naquelas normas. Se da doença advierem danos e houver culpa do órgão que aprovou as normas, o particular poderá exigir uma indemnização. Com efeito, a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade exclui a obrigação de restituir as taxas pagas, mas não afasta, nestas situações excepcionais, o direito de indemnização.⁷⁰

Esclarece que a limitação da obrigação de indenizar deve restringir-se ao necessário para a proteção do interesse público.

No nosso ordenamento jurídico regra semelhante encontra-se no artigo 27 da lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe:

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

⁷⁰ MEDEIROS, Rui. Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos. Dissertação de mestrado em ciências jurídicas políticas. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 156-157.

Outra matéria que merece reflexão é a relacionada à alteração da base de cálculo do PIS e da COFINS. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 que instituiu nova base de cálculo para a incidência do PIS (Programa de Integração Social) e da COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social). O dispositivo dava novo conceito para o faturamento (receita bruta) sobre o qual incidiriam as contribuições, ou seja, sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, pouco importando o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Neste caso, a mera restituição do indébito tributário eliminaria a responsabilização do Estado pela edição de lei inconstitucional?

Ao propor circunstância semelhante, Rui Medeiros observa:

Suponhamos que um particular, agindo de boa-fé, efectua uma prestação porque uma lei (inconstitucional) o obriga a realizá-la. A lei é posteriormente declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

Numa hipótese como esta, aquele que efectua a prestação poderá, eventualmente, lançar mão do instituto do enriquecimento sem causa e obter a restituição daquilo que prestou indevidamente, no prazo de três anos a contar da data da publicação da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, desde que não tenha ainda decorrido o prazo de prescrição ordinário a contar do enriquecimento (arts. 476 e 482 CC). Todavia, mesmo que se admita a aplicação das regras sobre o enriquecimento sem causa, não se elimina o problema da responsabilidade civil do Estado pelo ilícito legislativo. Assim, a restituição do indevido não destrói os danos medio tempore suportados por aquele que cumpriu a

obrigação fundada na lei inválida, designadamente os provocados pela falta de disponibilidade do bem.⁷¹

Com base nesse entendimento, uma empresa que recolheu o tributo de acordo com a norma declarada inconstitucional, tem além do direito a restituição do que foi pago indevidamente, direito à indenização por eventuais prejuízos advindos do seu cumprimento, desde que prove o nexo de causalidade entre o dispositivo impugnado e o dano sofrido.

Também interessante é a análise de recentes julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a insuficiência dos critérios estabelecidos pelo art. 20, § 3º da lei nº 8.742/93 para a concessão do benefício previsto no art. 203, V, da Constituição Federal.⁷²

O art. 20, § 3º, da lei nº 8.742/93 regulamentou o art. 203, V, da Constituição, tendo o Supremo Tribunal Federal declarado sua constitucionalidade.

Assim, as ações ajuizadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS estavam sendo julgadas procedentes tendo em vista o não preenchimento dos requisitos estabelecidos pela lei 8.742/93. Contudo, alguns ministros passaram a decidir de forma diferente.

O Ministro Gilmar Mendes indeferiu pedido de liminar em reclamação ajuizada pelo INSS contra decisão proferida pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco por entender que o caráter alimentar do benefício torna injustificada a alegada urgência da pretensão cautelar. Em sua decisão monocrática cita o entendimento de outros ministros e esclarece:

⁷¹ MEDEIROS, Rui. Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos. Dissertação de mestrado em ciências jurídicas políticas. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 154.

⁷² RCL 3805/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 18.10.2006, RCL 4164/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 4.9.2006, RCL 4280/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.6.2006 e RCL 4422/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.6.2006.

O Tribunal parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de 1/4 do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição.

Entendimento contrário, ou seja, no sentido da manutenção da decisão proferida na Rcl 2.303/RS, ressaltaria ao menos a inconstitucionalidade por omissão do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, diante da insuficiência de critérios para se aferir se o deficiente ou o idoso não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, como exige o art. 203, inciso V, da Constituição.

A meu ver, toda essa reinterpretação do art. 203 da Constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93.

Diante de todas essas perplexidades sobre o tema, é certo que o Plenário do Tribunal terá que enfrentá-lo novamente.⁷³

Desse modo, ainda não tendo posicionamento definitivo da Suprema Corte sobre a questão e somente para debate jurídico, é que surge o questionamento quanto à possibilidade de uma reparação dos danos sofridos por pessoa que teve seu pedido de benefício negado, por não atender de forma objetiva os critérios estabelecidos em lei, no caso de eventual declaração de inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal.

A princípio, aqueles que comprovarem prejuízo decorrente da lei declarada inconstitucional terão direito à indenização.

O intuito dessas considerações é proporcionar um debate cada vez maior sobre as questões que envolvem a responsabilidade civil do Estado por leis

⁷³ RCL 4374/PE - MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6.2.2007.

inconstitucionais. Deve-se evitar que haja prejuízo ao interesse público e abusos nessa responsabilização, do mesmo modo que deve ser garantido ao cidadão o direito à indenização por danos causados pelo Poder Público. A conjugação dessas finalidades é um desafio tanto para os estudiosos quanto para os aplicadores do Direito.

CONCLUSÃO

Concluimos que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, portanto não precisa do elemento culpa para caracterizá-la. Os pressupostos para o direito à indenização são: a efetividade do dano, o nexos causal, atividade lesiva imputável ao agente do Poder Público e ausência de causas excludentes.

O Estado age por meio de agentes públicos que atuam em nome deste no exercício das três atividades estatais. Assim, os servidores públicos e os administradores no exercício da função administrativa, o juiz na função jurisdicional e o legislador na função legislativa.

A atividade legislativa deve ser exercida dentro dos limites, diretrizes e princípios previstos na Constituição. A edição de uma lei constitui exercício de função pública e produz efeitos diretos sobre a sociedade.

Por este motivo o Estado pode responder civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho da função de legislar. A responsabilização é admitida quando verificar-se que uma lei, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, causou dano e há presença do nexos causal entre a lei inconstitucional e o dano ocorrido.

Neste caso não se fala em direito à ação regressiva devido à garantia constitucional da imunidade parlamentar. O membro do Poder Legislativo fica excluído da responsabilidade civil por danos resultantes de manifestações orais ou escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato ou externadas em razão deste.

Questões recentemente analisadas pelo Supremo Tribunal Federal, como a mudança de posicionamento quanto à possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos, a inconstitucionalidade da alteração da base de cálculo do PIS e da COFINS feita pela lei 9.718/98, e a discutida insuficiência dos critérios estabelecidos pelo § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 para a concessão do benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal, geram reflexões interessantes sobre a caracterização da responsabilidade do Estado por prejuízos provenientes de leis declaradas inconstitucionais.

A responsabilidade civil do Estado é um instituto essencial à construção do Estado Democrático de Direito, pois assegura os direitos do cidadão diante de um injusto dano causado pelo Poder Público a seu patrimônio. Sendo a responsabilidade do Estado consequência lógica da noção de Estado de Direito, se houve conduta estatal lesiva a bem jurídico de terceiros, deve haver a reparação do dano causado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2005.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos. Coimbra: Almedina, 1974.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Alvino. A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem. 2ª edição revista e atualizada por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Orlando. Tendências Modernas da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOARES, Orlando. Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro: teoria, prática forense e jurisprudência. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOTA, Maurício Jorge Pereira. Responsabilidade Civil do Estado Legislador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MENEGALE, José Guimarães. Direito Administrativo e Ciência da Administração. 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsói, 1957.

CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade Civil do Estado. Rio de Janeiro: Borsói, 1957.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. 1.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993.

MEDEIROS, Rui. Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos. Dissertação de mestrado em ciências jurídico políticas. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CORREIA, Maria Lúcia C. A. Amaral Pinto. Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.