

# RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR AÇÃO OU OMISSÃO LEGISLATIVA

*Alexandre Alves Feitosa,  
Advogado da União, Especialista em Teorias do Estado e  
do Direito Público pela Universidade Tiradentes.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Responsabilidade. Categoria jurídica; 3 Pressupostos da responsabilidade; 4 Do estado irresponsável à responsabilidade objetiva; 5 Estado: uma sociedade política; 6 Responsabilidade objetiva. alcance do art. 37, § 6º, da constituição federal; 7 Processo legislativo; ato político típico; 8 Princípios da supremacia e da máxima efetividade em uma constituição dirigente; 9 Responsabilidade por ação legislativa; 10 Responsabilidade do estado por omissão legislativa; 11 Conclusão; 12 Referências.

**RESUMO:** A responsabilidade do Estado por ação ou omissão legislativa tem sido tratada pela doutrina nas mesmas bases teóricas em que se desenvolveu a responsabilidade do Estado Administrador, desprezando-se, contudo, a distinção entre atos políticos e administrativos e os diferentes fundamentos jurídicos de ambos. Ao cabo do estudo, questionar-se-á a própria existência de uma responsabilidade por ação legislativa. Sob o prisma da unidade do sistema jurídico, o tema é analisado sem perder de vista a conformação jurídica do instituto da responsabilidade, que não dispensa onexo causal, a generalidade e abstração das leis com a necessária intervenção administrativa para a concretização de seus fins, tudo levando a crer que, em verdade, a suposta responsabilidade do Estado legislador não existe, uma vez que é absorvida pelo nexode causalidade direto e imediato entre a atividade administrativa e o dano. A necessidade de convivência harmônica entre os princípios constitucionais torna difícil fundamentar e caracterizar a responsabilidade por omissão inconstitucional. Entretanto, não se pode conferir ao mandando de injunção a mesma função da ADI por omissão, uma vez que aquele, diferentemente desta, possibilita compatibilizar a supremacia e a máxima efetividade da Constituição com o princípio da separação de poderes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Estado. Legislador. Responsabilidade.

## 1 INTRODUÇÃO

Consolidada a evolução da responsabilidade do Estado por atos da Administração, surge novo foco de discussões: a responsabilidade por ação ou omissão legislativa. Serão abordados nesse trabalho algumas questões consideradas relevantes no enfrentamento da matéria, especialmente o respeito aos primados do Estado de Direito Democrático, à supremacia da Constituição, à organicidade e unidade do ordenamento jurídico e à independência e harmonia entre os Poderes.

Advirta-se, de início, que os objetivos desse trabalho não permitem reflexões aprofundadas acerca das diversas questões jurídico-filosóficas subjacentes a cada um dos tópicos desenvolvidos. Nada obstante, buscou-se apresentar um panorama tão completo quanto possível dos diversos posicionamentos encontrados na doutrina. Recomenda-se especial atenção aos autores referenciados, tendo em vista a profundidade com que estudaram certos temas abordados no texto, a exemplo de Pereira<sup>1</sup>, Esteves<sup>2</sup> e Machado.<sup>3</sup>

Para melhor situar o tema, discorreu-se, inicialmente, acerca da responsabilidade como categoria jurídica e, portanto, difusora de conceitos para todo o ordenamento jurídico. Assim, chegou-se à conclusão de que o nexos causal, independentemente da culpa ou do risco, é fundamental à caracterização da responsabilidade, seja na esfera penal, civil ou administrativa. Essa definição vai ser extremamente relevante quando se tratar da ação legislativa e da potencialidade lesiva das leis.

Não menos importante é a distinção entre atos políticos e atos administrativos, os quais, regidos por diferentes ramos do direito, influenciarão, direta ou indiretamente, nas reflexões acerca da teoria da separação dos poderes, controle de constitucionalidade, finalidade do Estado, entre outras.

Numa leitura apressada pode o trabalho parecer conservador. Ao final, contudo, perceber-se-á, que o texto busca simplesmente o fortalecimento das instituições democráticas, com supedâneo no respeito à lógica e organicidade do sistema jurídico, indispensáveis

1 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

3 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**. Um instrumento de efetividade da Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

à própria existência do Estado. Por essa razão não se aceita a tese de que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal daria o suporte jurídico para empenhar a responsabilidade objetiva do Estado por ação ou omissão legislativa, entendendo-se que tal solução rompe com a lógica do ordenamento jurídico.

Encerra-se o trabalho enfrentando as conseqüências da omissão inconstitucional sobre o eventual direito, a reparação civil conferido ao particular, impossibilitado de exercer direitos subjetivos ante a ausência de intervenção legislativa na integração de norma constitucional. O tema é apresentado sob o enfoque dos princípios da supremacia e da efetividade da Constituição, bem como dos respectivos mecanismos de controle existentes no ordenamento jurídico brasileiro: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Por fim, por questões didáticas, toda referência à lei, norma ou ato normativo, salvo quando relacionada a dispositivos constitucionais, deve ser entendida como ato normativo dotado de abstração e generalidade, independentemente do órgão que o produziu, a exemplo das medidas provisórias.

## 2 RESPONSABILIDADE. CATEGORIA JURÍDICA

O dever de reparar um dano antes de representar uma obrigação jurídica, constitui, inelutavelmente, um anseio de ordem moral.<sup>4</sup> O convívio em sociedade, entretanto, exige a submissão a regras e princípios que, irradiando-se sobre todos os campos da atividade humana, buscam assegurar a paz social, informando ou determinando comportamentos. A função do Direito, portanto, é assegurar a manutenção do teórico equilíbrio existente na sociedade, preservando a harmonia entre seus integrantes. Tendo o Estado assumido o monopólio da força contra seus súditos, ficou o indivíduo impossibilitado de, por seus próprios meios, buscar eventual reparação de um mal ou prejuízo que lhe foi imposto por outrem. Desse modo, abolida a *vendetta*, o problema da responsabilidade diz respeito exatamente às respostas que o ordenamento jurídico reserva às condutas que provocam o desequilíbrio do sistema, restabelecendo o *status quo* ou, na impossibilidade, impondo sanções e compensações.

Por questões de sistematização, o Direito é dividido em dois grandes troncos – público e privado – com seus respectivos ramos. Costuma-se, assim, aludir a responsabilidades de cunho civil, tributário,

<sup>4</sup> PEREIRA, op.cit., p. 10-11.

penal ou administrativo, para se referir às obrigações oriundas de regras de Direito Civil, Tributário, Penal ou Administrativo, respectivamente. Ontologicamente, contudo, a responsabilidade não comporta divisões e surge da violação de um preceito, seja uma norma jurídica positivada, uma disposição contratual, do dever geral de cautela ou por ação deliberada. Vários são os exemplos de institutos originalmente aplicados em um ramo e posteriormente assimilados por outro, conforme exemplifica Pereira,<sup>5</sup> ao explicar que o fato antecede o Direito:

Esse conceito do pressuposto material do direito foi desenvolvido pela ciência jurídica alemã no vocábulo *Tatbestand*, a princípio circulando na ciência penal, e ulteriormente deslocado para as relações jurídicas de direito privado, para mencionar as condições materiais que a ordem legal considera como determinantes dos efeitos jurídicos.

A responsabilidade, portanto, é uma categoria jurídica que não podendo ser classificada, *a priori*, como civil, penal, administrativa etc. Evidentemente, não se desprezam tais adjetivações. Contudo, é preciso ter em mente que cumprem apenas uma função de sistematização, na medida em que cada ramo do Direito tem princípios próprios que, obviamente, irão influenciar o tratamento dado à matéria.

Desse modo, os pressupostos gerais da responsabilidade – dano,nexo causal e culpa – são os mesmos para todos os ramos do Direito, com as respectivas adaptações, decorrentes dos princípios que informam cada disciplina jurídica, sobrelevando-se a substituição da culpa pelo risco, conforme se verá adiante.

Em que pese ser a responsabilidade uma categoria jurídica, para efeitos de estudo e sistematização, adotar-se-á, nesse trabalho, a terminologia corrente, a qual classifica como civil a responsabilidade não decorrente da violação de deveres específicos em matéria penal, administrativa ou tributária, por exemplo.

### 3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE

#### 3.1 CULPA E RISCO

Reside no consciente coletivo a certeza de que todo aquele que causar dano a outrem deve repará-lo. Acolhida tal regra pelo Direito,

<sup>5</sup> PEREIRA, op. cit., p. 27.

torna-se imperioso romper a barreira da moral, atribuindo-lhe contornos que garantam sua aplicação de maneira geral e abstrata, indispensável à segurança jurídica.

Impõe-se, pois, assentar em bases jurídicas identificar a obrigação de reparar um dano. Nesse sentido, a noção mais precisa é aquela que busca na ilicitude da conduta o fundamento da reparação. Partindo desse pressuposto, assegura-se ao indivíduo liberdade para agir em sociedade, desenvolvendo plenamente suas atividades, pois terá a certeza de que somente atuando à margem de um dever jurídico, por ação ou omissão – dolosa ou culposa – estará obrigado a reparar um dano.

Para a teoria da culpa, portanto, não basta a existência do dano, devendo-se perquirir se o agente causador praticou um ato ilícito, descumprindo uma obrigação contratual ou jurídica, seja com dolo ou culpa, em sentido estrito.

A regra geral de que a culpa deve ser provada passou a representar óbices, muitas vezes intransponíveis, para as vítimas de determinadas atividades, danosas por sua própria natureza ou demasiado complexas, para que o lesado conseguisse produzir a prova de culpa do causador do dano. Dentre as soluções apresentadas pela doutrina para enfrentar as inúmeras injustiças decorrentes da pura e simples aplicação das teorias subjetivas, destacou-se a Teoria do Risco, fundamento da responsabilidade objetiva, a qual pode ser assim definida:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante de elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outra) assenta na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. Com a teoria do risco, diz Philippe Le Tourneau, o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretense responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> PEREIRA, op. cit., p. 268.

Para alguns a teoria objetiva atende ao princípio da equidade, na medida em que atribui o risco da atividade àquele que lucra com sua exploração.<sup>7</sup>

No atual estágio evolutivo da matéria, não subsistem disputas entre qual das teorias deve ter a primazia no estudo da responsabilidade civil. A regra é a aplicação da teoria subjetiva, exigindo-se apuração da culpa do agente. Posto isso, a responsabilidade objetiva, informada pela teoria do risco, surge como exceção, aplicável apenas nos casos expressamente previstos em lei.

### 3.2 DANO

Trata-se de elemento essencial à responsabilidade civil, uma vez que sua inexistência, obviamente, afasta qualquer pretensão indenizatória. Ante o objetivo desse trabalho, não se analisará de forma minudente o tema. Importa que, conceitualmente, é o prejuízo moral ou material sofrido por alguém, representando uma redução em seu patrimônio jurídico ou a supressão de uma determinada vantagem. O dano há que ser atual e certo, ou seja, só há lugar para reparação quando houver certeza quanto à sua existência, não havendo, em regra, responsabilidade por dano hipotético, eventual e futuro.

### 3.3 NEXO DE CAUSALIDADE

Identificados os primeiros pressupostos da responsabilidade civil, percebe-se que dano e ação estão diretamente vinculados, independentemente de dos conceitos teóricos acerca de culpa e risco. Estabelecer o vínculo entre a conduta e o dano, portanto, é crucial para configurar a responsabilidade do agente. Nas palavras de Venosa<sup>8</sup>

O conceito de nexa causal, nexa etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexa causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexa causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Definir o conteúdo jurídico da relação de causa e efeito, para fins de responsabilidade, deu margem para as disputas doutrinárias.

<sup>7</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>8</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 35.

Ferreira<sup>9</sup> cita as três teorias que, na atualidade, detêm a preferência da doutrina:

a da equivalência das condições que admite face a várias circunstâncias, a possibilidade de qualquer delas ser causa eficiente; a teoria da causalidade adequada, mais adotada pelo direito continental, como se demonstrará, defendendo que o fato gerador da responsabilidade deve ser adequado a causar o dano; e a terceira é a teoria da causalidade imediata, adotada pelo sistema pátrio defendendo a necessidade da existência de relação de causa e efeito, imediata e direta, entre o fato e o dano.

Percebe-se, sem muito esforço, que a teoria da equivalência das condições alarga demasiadamente o espectro de possíveis responsáveis pelo dano, sendo fator de insegurança jurídica, na medida em que qualquer ação, ainda que indiretamente relacionada ao evento, pode acarretar a responsabilidade. Em matéria penal, cita-se, comumente, o exemplo do fabricante de armas, que poderia ser responsabilizado pelo tiro que matou a vítima, pois se não houvesse produzido o armamento, não ocorreria o crime.

A teoria da causalidade adequada busca atenuar os efeitos da equivalência das condições, selecionando, dentre as diversas concausas, aquela sem a qual o evento não ocorreria. Critica-se a teoria pelo grau de imprecisão na escolha da causa determinante.<sup>10</sup>

Por fim, a causalidade imediata, na qual se procura identificar a causa direta e imediata do dano nas palavras de Gandini e Salomão:<sup>11</sup> “será causa do dano aquela que está mais próxima deste, imediatamente (sem intervalo) e diretamente (sem intermediário).”

Conforme já visto, esta é a teoria legalmente adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, seja pelo atual ou pelo anterior Código Civil, respectivamente nos artigos 403 e 1.060, além de estar sedimentada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do RE 130.764-1/PR, do qual foi relator o Ministro Moreira Alves:

<sup>9</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. A responsabilidade civil e o nexo de causalidade. **Unopar Cient., Ciênc. Juríd. Empres.**, Londrina, v. 1, n. 1, p. 15-21, mar. 2000.

<sup>10</sup> PEREIRA, op. cit., p. 79

<sup>11</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. ANO 7. N.106. Teresina: Jus Navigandi, ano 7, n. 106, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>>. Acesso em: 02 jan. 2007.



Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes.

- A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.

- Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.<sup>12</sup>

[...]

O entendimento foi mantido em outros julgados, a exemplo do RE 369.820/RS, publicado no D.J. de 27.02.2004, tendo por relator o Ministro Carlos Velloso:

Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim<sup>13</sup> só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Daí, dizer Agostinho Alvim (1. c): “os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito

<sup>12</sup> STF, RE nº 130.764-1/PR, D.J. 07.08.92, sem destaques ou omissões.

<sup>13</sup> ALVIN, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações**. 5. ed. n. 226. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 370.

necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis.”<sup>14</sup>

É de fácil constatação a importância do estudo das teorias que explicam o nexo causal, mormente em sede de responsabilidade patrimonial do Estado, uma vez que, independentemente de ser esta objetiva ou subjetiva, a relação de causalidade é indispensável à configuração do dever de reparar o dano. O exemplo do RE 130.764-1/PR é emblemático, pois, adotada a teoria do dano direto e imediato, a simples fuga de um presidiário não atende à fórmula “sem intervalo e sem intermediário” exigida para formar o liame entre o ato ou omissão estatal e o dano sofrido pelo particular. Entre a fuga e a prática do crime foram necessários diversos atos preparatórios que romperam o nexo entre eventual falha do Estado e a consumação do delito. Essa é, portanto, a idéia que deve nortear o estudo da responsabilidade civil ou patrimonial do Estado, como de resto ocorre em todo o ordenamento jurídico.

#### 4 DO ESTADO IRRESPONSÁVEL À RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A responsabilização do Estado por atos de seus agentes é relativamente recente. Cretella Junior<sup>15</sup> cita o Caso Blanco<sup>16</sup>, de 1873, como ponto culminante e decisivo para publicização da responsabilidade estatal. A partir de então, evoluiu-se de uma idéia de responsabilidade calcada exclusivamente em termos civilistas, para se chegar à conclusão de que o Estado responde por seus atos em bases hauridas do próprio Direito Público. Advirta-se, contudo, na linha do que já dito em tópico anterior, que não se trata de proclamar a existência de distinção ontológica entre responsabilidade de Direito Público e Privado. Em verdade, o que pretende a doutrina é manter o caráter de independência entre as esferas civil e administrativa, buscando fundamentar nessa

<sup>14</sup> RE 130.764/PR, RTJ 143/270, 283.

<sup>15</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 27-32

<sup>16</sup> Agnès Blanco foi atropelada ao cruzar os trilhos de uma estrada de ferro da estatal Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. Seu pai, sob o fundamento de que o Estado Francês era responsável pelos danos causados por seus agentes, ajuizou ação de reparação, nos termos da lei civil. E é exatamente essa a importância do caso Blanco. A França adota o sistema de contencioso administrativo, para o julgamento de causas entre o administrado e a Administração, em matéria administrativa. O caso Blanco, entretanto, teve início em Tribunal Judiciário e somente após o julgamento de um conflito de atribuições, definiu-se que a competência para julgá-lo seria do Conselho de Estado. Ali, o relator do processo julgou a demanda declarando que a responsabilidade do Estado por danos causados ao particular deveria ser fundamentada em bases jurídicas diversas daquelas consagradas pelo Direito Civil. Fundavam-se as bases para o desenvolvimento das teorias publicistas.

última a responsabilidade estatal. Ademais, a distinção diz mais com a dificuldade de prova da culpa do Estado, que, em um primeiro momento, seguia a regra geral proclamada pelas teorias subjetivas.

#### 4.1 A IRRESPONSABILIDADE ESTATAL

Vigorou incólume, até bem pouco tempo, a teoria da irresponsabilidade do Estado. Nem mesmo as revoluções burguesas que culminaram com o Estado liberal, afastaram-na imediatamente. A gênese de tal pensamento pode ser encontrada em Bastos<sup>17</sup>, segundo o qual na Antigüidade e nas monarquias absolutistas, o Estado se confundia com o soberano e tendo este recebido seu poder diretamente da divindade, somente a ela prestava contas de seus atos, culminando na máxima “*the king can do no wrong*”. Lembra, entretanto, que em Roma já se previa a responsabilidade dos agentes estatais, mas sem assegurar os meios necessários à obtenção da reparação.

Cretella Júnior<sup>18</sup> informa que a teoria já sofria críticas no período imediatamente posterior à Revolução Francesa, sintetizando-as nos seguintes termos:

A teoria da irresponsabilidade estatal – que, em síntese, se funda nos seguintes argumentos:

1º) o Estado, por ser pessoa jurídica, ou ficção legal, não tem vontade própria;

2º) como o Estado, pessoa jurídica, age por intermédio de seus funcionários, não se entende que queira praticar atos ilícitos. Se os representantes legais os praticam, é a eles, e não ao Estado, que a responsabilidade cabe;

3º) sendo absurdo supor que os funcionários estão autorizados a agir fora da lei, subentende-se que, quando o fazem, agem fora de sua qualidade de funcionários e não é possível, pois, atribuir a responsabilidade ao Estado (Guimarães Menegale: <sup>19</sup>

1º) a teoria da ficção legal, superada em nossos dias, não justifica a irresponsabilidade do Estado, cuja vontade autônoma se supõe;

<sup>17</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 287-288.

<sup>18</sup> CRETELA JÚNIOR, op. cit., p. 64-65.

<sup>19</sup> MENEGALE, Guimarães. **Direito Administrativo**. 3. ed. 1957. p. 501-502.

2º) o princípio geral da culpa in eligendo e in vigilando aplica-se ao Estado, pessoa dotada de capacidade;

3º) o Estado, como ente dotado de personalidade, é sujeito de direitos e obrigações.

Contudo, Garcia<sup>20</sup> lembra que a própria ideologia liberal não oferecia campo fértil ao desenvolvimento de teorias acerca da responsabilidade civil do Estado, já que este tinha sua existência voltada apenas para a garantia que os cidadãos pudessem desenvolver livremente suas potencialidades. Um Estado mínimo, obviamente, causa poucos ou raros prejuízos ao particular.

Para tentar minimizar as conseqüências da total irresponsabilidade desenvolveu-se doutrina de que a atuação estatal desenvolvia-se em duas esferas com naturezas distintas, uma regida pelo poder de império do Estado e outra baseada em regras de direito comum. A existência de atos de império e atos de gestão representou, no campo teórico, um avanço, em que pese a imunidade dos primeiros, possibilitava, ao menos em tese, a responsabilidade pelos danos decorrentes de atos regidos pelo direito comum. Para o administrado, entretanto, não houve mudanças significativas, dada a grande dificuldade de se demonstrar, na prática, a distinção entre atos realizados sob a proteção do Poder de império e atos de mera gestão.

#### **4.2 ATOS DE GESTÃO E DE IMPÉRIO E A RESPONSABILIDADE COM BASE NA CULPA CIVILISTA**

A distinção entre atos de império e de gestão tem origem na França.<sup>21</sup> Fundamenta-se na idéia que a Administração ora age com fundamento no poder inerente ao Estado e suas respectivas prerrogativas, ora atua como particular, submetendo-se às regras do direito comum.

Critica-se a teoria tanto pela dificuldade prática de se delimitar a fronteira entre gestão e império, quanto pela necessidade – atribuída ao lesado – de provar a culpa do funcionário. Mesmo superada tal fase, esse nítido caráter civilístico serviu de base para o desenvolvimento das teorias subseqüentes, que entendiam ser a responsabilidade do Estado decorrente da relação de preposição entre aquele e seus funcionários. Logo, além da culpa do agente, exigia-se que não tivesse agido com

<sup>20</sup> GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. **A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas**. Portugal: Conselho de Económico e Social, 1997. p. 5.

<sup>21</sup> CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p.67.

abuso ou excesso de poderes, pois, nesse caso, a responsabilidade seria pessoal e não do Estado.<sup>22</sup>

#### 4.3 DIREITO PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO E AS TEORIAS PUBLICISTAS

Viu-se linhas atrás que a doutrina situa o caso Blanco como divisor de águas na história da responsabilidade extracontratual do Estado. Por se tratar de decisão emanada de órgão eminentemente administrativo, passou-se, então, a buscar no Direito Público o fundamento da responsabilidade estatal, em contraposição às teorias fundadas no conceito tradicional de culpa do Direito Civil.

As chamadas teorias publicistas procuram alterar o conceito tradicional de culpa, agregando-lhe elementos de direito público. O caráter inovador, contudo, ainda não rompeu, imediatamente, a regra que impunha ao administrado o ônus da prova, limite não raro intransponível, conforme deflui do conceito de culpa administrativa apresentado por Cretella Júnior<sup>23</sup>:

No âmbito da responsabilidade administrativa, a culpa é compreendida de maneira ampla. É a culpa publicística que, positiva, obrigará o Estado a indenizar.<sup>24</sup> Caso contrário, mesmo havendo dano para o administrado, a Administração é isenta do ressarcimento.

Ou seja, não se desincumbindo o particular do ônus da prova, estaria o Estado isento de responsabilidade. Tal solução não era compatível com os novos paradigmas do Estado Social e com a crescente conscientização de que o particular não poderia suportar sozinho os riscos de uma atividade que beneficiava a todos. Por tal razão, aprofundaram-se os estudos. Primeiro, pretendeu-se separar a culpa do serviço da culpa pessoal do agente, fundamentando a teoria do acidente administrativo. Nesse caso, se o dano fosse decorrente de uma falha – ou falta – na prestação do serviço, respondia a Administração; se, por outro lado, decorreu de culpa exclusiva do agente público, a responsabilidade seria a este imputada. A teoria do acidente administrativo compreende as idéias de falha no serviço, mal funcionamento, ausência ou funcionamento atrasado.

Coube novamente ao Conselho de Estado francês inovar concretamente: ao julgar o caso Canes, em 1895, com amparo na teoria

<sup>22</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 548-550.

<sup>23</sup> CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 78.

<sup>24</sup> Cf. Rivero, *Droit administratif*, 8 ed. 1977, p. 274.

do risco profissional, responsabilizou o Estado por dano decorrente de acidente de trabalho, afirmando que:

no caso, não houve nem culpa do operário, nem do Estado, mas que os estabelecimentos que trabalhavam para a defesa nacional constituíam serviços públicos e a responsabilidade da Administração por prejuízos causados pelos serviços públicos não está sujeita necessariamente, ao direito comum.<sup>25</sup>

Abriu-se, assim, o caminho para a introdução no Direito Administrativo das teorias derivadas do risco: teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. Importante destacar que nem todos os autores adotam essa classificação,<sup>26</sup> por exemplo, não faz qualquer distinção conceitual. Di Pietro<sup>27</sup> afirma que a maior parte da doutrina não vê distinção entre risco administrativo e risco integral, contudo,

Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade objetiva, que implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos parecem concordar em que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado.

Para os que advogam a distinção conceitual entre as teorias, o risco integral afasta qualquer escusa à responsabilidade estatal, sendo suficiente o nexa entre o serviço ou ato de agente público e o dano. Já o risco administrativo admite excludentes, tais como a culpa da vítima ou de terceiros, o caso fortuito e a força maior.

A teoria da responsabilidade objetiva decorre da teoria do risco. Logo, assim como naquela, basta o nexa causal entre dano e atividade estatal, para que se configure o dever de indenizar, independentemente da culpa do agente público. A Administração somente se eximirá do encargo se conseguir demonstrar a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior, uma vez que tais situações rompem, obviamente, o nexa causal. Nesse contexto, a teoria da causalidade a que se filie o intérprete é crucial para o solução de qualquer controvérsia – causalidade adequada, equivalência das condições ou causalidade imediata, sendo esta, conforme se viu, a que possui a preferência da

<sup>25</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 96.

<sup>26</sup> PEREIRA, op. cit., p. 133.

<sup>27</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 551

doutrina e da jurisprudência – pois o rompimento ou não da cadeia causal é que determinará o momento em que cessa ou se inicia a influência dos atos praticados em razão do serviço público, vinculando ou não o Estado.

Cumpra registrar que a maioria da doutrina, a exemplo de Bandeira de Mello<sup>28</sup>, entende que a responsabilidade objetiva somente tem lugar quando deriva de uma postura comissiva do Estado. Para os atos omissivos a responsabilidade é subjetiva, cabendo ao particular demonstrar que o dano sofrido tem como causa direta a ausência de uma prestação positiva do Estado. Outros autores são contra, não fazendo distinção quanto à ação ou omissão, é o caso de Meirelles.<sup>29</sup> Contudo voltar-se-á ao tema logo adiante, ao se analisar a amplitude do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

## 5 ESTADO: UMA SOCIEDADE POLÍTICA

Salveti Neto<sup>30</sup> define o Estado como “a sociedade política e juridicamente organizada para atender ao bem comum”. A sucinta definição demonstra que a condução dos negócios estatais não se submetem, exclusivamente, as regras de cunho jurídico. E isso se explica na própria gênese do Estado, cuja conformação jurídica é relativamente recente. Viver em sociedade, abrindo mão de parte de sua liberdade, submetendo-se à vontade coletiva foi uma opção do indivíduo, assim traduzida por Aristóteles:<sup>31</sup>

Sabemos que uma cidade é como uma associação, e que qualquer associação é formada tendo em vista algum bem; pois o homem luta apenas pelo que ele considera um bem. As sociedades, todas elas, portanto, propõem-se algum lucro – especialmente a mais importante de todas, visto que pretende um bem mais elevado, que envolve as demais: a cidade ou sociedade política.

O bem comum, portanto, é o fim principal do Estado. Entretanto, sendo a sociedade política formada por indivíduos com múltiplos interesses, torna-se imperativa a escolha, dentre eles, daqueles

<sup>28</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 818-823.

<sup>29</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 624.

<sup>30</sup> SALVETTI NETO, Pedro. **Curso de Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 42.

<sup>31</sup> ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Marin Claret, 2001. p. 11.

efetivamente voltados ao atendimento das necessidades coletivas. Nas democracias representativas há o consenso de que os representantes eleitos pelo povo enfeixem a soberania do Estado, e têm liberdade para decidir, por critérios de oportunidade e conveniência, quais interesses mais se aproximam do ideal coletivo. A participação popular no processo de escolha dos governos garante legitimidade às decisões políticas. Assim, posto que represente a vontade da maioria, o exercício da Democracia exige que todos a ela se submetam.

O político, portanto, apesar de manter estreitas relações com o jurídico, com esse não se confunde. A política, em sentido amplo, encerra alto grau de discricionariedade, estando fortemente informada por critérios de oportunidade e conveniência, conforme já afirmado. Assim, e. g., se determinado povo decide formar um Estado, tem-se uma decisão política, tomada com base em critérios de oportunidade e conveniência. Entretanto, sendo o Estado uma sociedade política e juridicamente organizada, essa decisão – política – somente se aperfeiçoa com a respectiva juridicização – elaboração da Constituição, leis etc.

Nos Estados regidos pelo Direito, político e jurídico se complementam. Entretanto, os atos políticos, em razão de sua peculiar natureza, possuem altíssimo grau de discricionariedade e, desde que não descambem para o abuso, raramente possibilitam controles exteriores. Daí que, ao se falar em responsabilidade extracontratual do Estado, a questão dos atos políticos – em especial seu maior expoente, o ato legislativo típico – ganha destaque e divide opiniões.

### 5.1 ATOS POLÍTICOS E ATOS ADMINISTRATIVOS

Anteriormente foi dito que para efeito de responsabilização estatal houve época em que se fez distinção entre atos de império e atos de gestão. Afirmava-se que a Administração, em determinadas circunstâncias, atuava com base no Poder soberano do Estado, estando desobrigada de indenizar o particular por eventuais danos decorrentes dessa atividade. Não se confunda, entretanto, a separação que ora se faz entre atos políticos e atos administrativos com aquela calcada na distinção entre império e gestão. Para Bandeira de Mello<sup>32</sup> atos políticos ou de governo são aqueles

praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função

<sup>32</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 342-343.



puramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, sub color de que é contrária ao interesse público, etc. Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar.

Meirelles<sup>33</sup>, seguindo o mesmo raciocínio, leciona:

Atos políticos são os que, praticados por agentes do Governo, no uso de competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência e oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos. São atos governamentais por excelência, e não apenas de administração. São atos de condução dos negócios públicos, e não simplesmente de execução de serviços públicos. Daí seu maior discricionarismo e, conseqüentemente, maiores restrições para o controle judicial.

Fácil perceber que, juridicamente, a nota de distinção entre as duas espécies de atos é a fonte de sua legitimação: atos políticos são fundamentados, basicamente, na Constituição, no Direito Constitucional, portanto; atos administrativos, em que pese a inafastável vinculação à Carta Magna, são legitimados por normas de hierarquia inferior, notadamente as leis e regulamentos, objeto de estudo do Direito Administrativo. Os atos administrativos são fortemente vinculados à lei e aos princípios, muitos dos quais positivados constitucionalmente, ao passo que os atos políticos são basicamente informados por preceitos éticos ou ideológicos, ainda que sua legitimação provenha diretamente da Constituição e dela não possa se afastar.

Pode parecer inócua a distinção, na medida em que Administração e Governo, em muitas situações, representam duas faces de uma mesma moeda. Contudo, não se pode negar que diferem a decisão política de construir uma ponte em determinada localidade, alocando recursos no orçamento ou fazendo constar o projeto na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e os respectivos atos administrativos destinados à concretização da obra – licitação, contrato etc. Em exemplo citado por Bandeira de Mello<sup>34</sup>, a concessão de indulto traduz uma postura

<sup>33</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 676.

<sup>34</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 343.

política que demandará a prática de atos administrativos destinados a verificar quais interessados preenchem os requisitos genéricos contidos no respectivo decreto.

Pode-se citar, outrossim, o veto presidencial ou a rejeição a um projeto de lei, atos cuja validade dispensa a prática de qualquer providência administrativa, diversamente, a adjudicação do objeto de uma licitação ou a aplicação de sanções disciplinares são atos regidos pelo Direito Administrativo, não se admitindo, validamente, em tais casos, decisões com cunho meramente político.

A diferença, embora sutil em alguns casos, possui grande relevância para a temática da responsabilidade do Estado. Ressalte-se, mais uma vez, que não se trata de distinguir entre atos de império e de gestão. Nesse caso, embora aqueles tenham como fundamento a soberania do Estado, ambos são praticados pela Administração, nessa condição. Os atos políticos – ou de governo – também se fundamentam na soberania, mas, ainda que possam ter reflexos na esfera administrativa, possuem base ontológica diversa.

## **6 RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ALCANCE DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

### **6.1 CONDUTAS COMISSIVAS E OMISSIVAS**

A responsabilidade objetiva do Estado está positivada no art. 37, § 6º da Constituição Federal, *verbis*:

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.

Viu-se anteriormente que não há consenso na doutrina apenas quanto ao tratamento a ser dado aos casos de omissão. Divergem, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>35</sup> e Hely Lopes Meirelles,<sup>36</sup> conforme citado.

Gandini e Salomão<sup>37</sup> afirmam que a maioria da doutrina e da jurisprudência adotam o entendimento de que a responsabilidade objetiva é regra que se aplica em qualquer caso. Não é o que deflui,

<sup>35</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit.

<sup>36</sup> MEIRELLES, op. cit.

<sup>37</sup> GANDINI, op. cit., p.14.

entretanto, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do seguinte aresto:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO.

1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexa causal entre o dano e o comportamento do preposto.

2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.

3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.

4. [...] (*omissis*)

5. [...] (*omissis*)

6. [...] (*omissis*)<sup>38</sup>

Em que pesem as vozes que proclamam a responsabilidade objetiva, independentemente da ação ou omissão estatal, não se pode olvidar que o ordenamento jurídico constitui-se de um sistema lógico e que toda exegese deve partir dessa premissa. Assim, apesar de o art. 37, § 6º, da Constituição Federal proclamar a responsabilidade objetiva do Estado, não se pode ignorar que a conformação jurídica do conceito não é fornecida pelo Direito Constitucional. Entendida a responsabilidade como categoria jurídica é evidente que seu conteúdo deve ser buscado nos estudos desenvolvidos em outros ramos do Direito.

A substituição da culpa pelo risco, no conceito de responsabilidade, fundamentou-se na percepção de que determinadas atividades são potencialmente lesivas, por sua própria natureza. Mesmo prescindindo

<sup>38</sup>

REsp 602102/RS – Relatora Ministra ELIANA CALMON – DJ 21.02.2005.

do elemento subjetivo, a teoria do risco não dispensa o nexos de causa e efeito. Desse modo, adotada pelo Direito pátrio, a teoria do dano direto e imediato, inexistindo o nexos causal, não se configura a responsabilidade objetiva. Considerando que a omissão, por si só, não produz efeitos no mundo fenomênico, inexistindo uma ação, não há como vincular, direta e imediatamente, o dano à atividade estatal. Por tais razões, no caso de condutas comissivas, a responsabilidade deverá ser apurada em bases subjetivas, devendo o lesado demonstrar que o Estado violou uma regra de garantia e que essa violação foi a causa determinante do evento. Não se trata de impor restrição onde o constituinte não previu. Isso porque a Constituição consagra princípios, mas não define conceitos. Entender diversamente equivaleria a transmudar a responsabilidade civil do Estado em seguro universal, o que certamente não está compreendido nos conceitos hauridos da teoria do risco, acatada pelo ordenamento jurídico pátrio.

## **6.2 ADOÇÃO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO**

Sem embargo dos posicionamentos doutrinários que não vislumbram diferenças conceituais entre as teorias do risco, perfilha-se aqui o entendimento daqueles que adotam a teoria do risco administrativo, que prevê a hipótese de excludentes da responsabilidade, sem vinculá-la à licitude ou ilicitude da conduta do agente. Isso porque, sendo o Estado concebido para promover o bem comum, muitas vezes, as ações legítimas, destinadas a concretizar tal desiderato, causam lesões ao particular. Considerando, pois, que a sociedade é, em última análise, a beneficiária da atividade estatal, deve, obviamente, suportar o respectivo risco. Não se trata de privilegiar o individual ante o coletivo, mas de uma verdadeira espécie de socialização dos prejuízos, calcada no princípio da solidariedade que rege todo conglomerado social.

## **6.3 DIMENSÃO DO TERMO AGENTE**

Da redação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, deflui que a responsabilidade do Estado é consequência da prestação de serviços públicos. Rigorosamente, toda atividade estatal encerra um serviço público. Contudo, para fins de responsabilidade objetiva é necessário verificar o alcance da norma constitucional. No tocante à atividade administrativa, essencialmente desenvolvida pelo Poder Executivo, enquanto função estatal, não se vislumbra nenhuma dificuldade para a aplicação da norma constitucional. Entretanto, quando se trata de atos

típicos dos demais Poderes – Legislativos e Judiciários – não parece tão simples o enquadramento. Em princípio, tais atividades não podem ser enquadradas no conceito tradicional de serviço público, cuja finalidade é proporcionar comodidades ou utilidades ao administrado por meio de ações concretas que podem causar danos diretos ao particular. Os atos típicos do Parlamento, a seu turno, por possuírem alto grau de abstração e generalidade, dificilmente causam danos diretos e imediatos ao particular. Quanto à atividade jurisdicional, não sem razão há expressa previsão constitucional de reparação por erro judiciário entre as garantias individuais – art. 5º, LXXV, CF/88 – o que seria despidendo se a atuação do Poder Judiciário, em sua esfera típica de atribuições, estivesse submetida ao regime geral de responsabilidade do Estado.

Há, no entanto, quem afirme a transcendência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal<sup>39</sup>, adotando-o como fundamento da responsabilidade extracontratual do Estado em todas as suas esferas de atribuições típicas. No entanto, interpretando sistematicamente a Constituição, não parece ser essa a melhor exegese. No Título III, Capítulo VII da Constituição da República cuida-se “Da Administração Pública”. Seus dispositivos evidenciam claramente que o objetivo do constituinte foi traçar ali as diretrizes para o exercício da função típica do Poder Executivo, a administração do Estado: regras sobre arrematação de servidores, preenchimento de cargos, licitação, serviços públicos, aposentadoria etc. Pode-se argumentar que o texto constitucional utiliza o termo genérico agente, compreendendo, pois, as atividades desenvolvidas por todos aqueles investidos de função pública, incluindo-se aí a atividade parlamentar.

Uma interpretação assim elástica menoscaba toda a lógica de micro-sistemas encerrada na Constituição. Note-se, com efeito, que o constituinte fez nítida distinção ontológica entre atividades políticas e administrativas, ao dispor sobre o Poder Executivo no Capítulo II, do Título IV, da Carta Política, deixando entrever que apesar da inegável vinculação, cada uma daquelas atribuições possuem base jurídica própria. Assim, a constitucionalização de regras e princípios de Direito Administrativo não lhes altera a natureza. O objetivo do constituinte foi assegurar-lhes estabilidade, evitando casuísticas alterações, que seriam facilitadas caso não estivessem protegidas por um processo legislativo diferenciado: o das emendas à Constituição. Logo, atos políticos, entre os quais os legislativos e jurisdicionais, e atos administrativos pertencem a

<sup>39</sup> ESTEVES, op. cit., p.188-187.

ramos distintos do Direito, ainda que seus princípios específicos estejam previstos na Constituição.

Desse modo, o enquadramento jurídico da responsabilidade do Estado, por ação ou omissão legislativa, se possível, deve ser buscado em outras bases, não na teoria objetiva consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, cuja evolução histórica é indissociável da atividade Administrativa.

## **7 PROCESSO LEGISLATIVO. ATO POLÍTICO TÍPICO**

Caracterizam-se os atos políticos por seu altíssimo grau de abstração e discricionariedade, normalmente desvinculados e submetidos apenas às regras formais de validade. O veto presidencial a um projeto de lei, por exemplo, é ato eminentemente político, discricionário e, desse modo, desvinculado. Normalmente os vetos são acompanhados de razões ou motivos que os justificam. Pela teoria dos motivos determinantes, poder-se-ia cogitar da possibilidade de controle de tal ato pelo Judiciário e, conseqüentemente, da reparação de eventuais danos causados ao particular. O veto, entretanto, faz parte das prerrogativas políticas constitucionalmente asseguradas ao chefe do Poder Executivo, decorrência do mecanismo de freios e contrapesos, indispensável à teoria da separação harmônica dos Poderes. Assim, somente a ação política do Parlamento pode controlar o veto, derrubando-o, nos termos da Constituição.

Raciocínio semelhante pode ser adotado em relação às demais fases do processo legislativo. A liberdade de atuação, essencial aos regimes democráticos, impede qualquer espécie de coação institucional sobre Parlamento ou parlamentares, com o objetivo de forçar a apresentação de projetos de lei ou as respectivas discussões, aprovação ou rejeição. Por essa razão, a lei é a resultante do embate de idéias em determinado momento histórico, representando em uma sociedade ideal a vontade da maioria, externada por meio de seus representantes. Somente a vontade popular é capaz de interferir no processo legislativo. Jamais o Poder Judiciário poderá determinar que se edite uma lei, sem ofender o princípio constitucional da separação de poderes. Politicamente, entretanto, o povo, detentor originário do poder, pode influenciar decisivamente a atuação parlamentar. Obviamente, não se olvida as distorções decorrentes do pragmatismo e do fisiologismo político-partidário. Mas, ao se estudar juridicamente um sistema, deve-se ter em mente não os desvios decorrentes das paixões, mas sim as regras imutáveis que

nortearão seu funcionamento ideal. E, no contexto jurídico-filosófico em que surge o Estado, o poder político emana do povo, ainda que em outras Ciências possa-se chegar a conclusão diversa.

Voltando aos mecanismos de controle, pode-se argumentar que, no âmbito do Congresso Nacional, o Poder Judiciário, via Supremo Tribunal Federal, exerce controle de atos políticos, quando, por exemplo, concede liminares em mandado de segurança contra atos das mesas da Câmara e do Senado; das Comissões Parlamentares de Inquérito e no próprio controle concentrado de constitucionalidade. É preciso esclarecer que efetivamente, não cabe ao Poder Judiciário interferir na prática dos chamados atos *interna corporis* do Parlamento. No entanto, havendo regulamento interno que discipline determinado procedimento, ainda que de natureza política, prevalece a garantia constitucional do devido processo legal, assegurado tanto para processos judiciais quanto administrativos. Ao STF, portanto, não é permitido adentrar no mérito da decisão política, mas a Constituição Federal lhe confere o poder de verificar a observância da regularidade formal do procedimento.

Em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, a atuação da Corte Suprema não pode ser entendida como o simples exercício de uma atividade jurisdicional. A história do controle abstrato de normas, parte do princípio da supremacia da Constituição, modelo teórico segundo o qual a validade de todas as leis está condicionada à compatibilidade vertical, com a Carta Magna. É nesse contexto que surge um órgão com atribuição exclusiva para o controle de constitucionalidade: o Tribunal Constitucional, ao qual competiria a verificação da constitucionalidade das normas, independentemente de qualquer situação concreta. Seu idealizador,<sup>40</sup> assim o define:

Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente

<sup>40</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 263.

à produção jurídica, ou seja, atuando – como formulei anteriormente – como legislador negativo.

Nada obstante seu caráter jurisdicional, a aceitação da teoria somente foi possível com a desvinculação da Corte ou Tribunal Constitucional das estruturas do Poder Judiciário, superando o temor de uma possível quebra do princípio da separação dos poderes. Por essa razão, desenvolveu-se a tese de que o controle concentrado de constitucionalidade não é uma atividade tipicamente jurisdicional, mas sim um controle político da atividade legislativa, exercido por um órgão especialmente constituído para esse fim. Sua estatura constitucional asseguraria a separação dos poderes e, enquanto o Parlamento atuaria como “legislador positivo”, exercendo sua função típica de produção de normas com conteúdo geral e abstrato, ao Tribunal Constitucional era atribuída a função de verificar a compatibilidade dessas normas com a Constituição. Se o tribunal formulasse um juízo negativo de constitucionalidade, a norma seria retirada do ordenamento jurídico sem considerar qualquer situação concreta ou direito subjetivo dela decorrente. A decisão teria, então, os mesmos atributos da lei – abstração e generalidade – atuando o órgão como verdadeiro legislador, só que negando a validade da norma. Daí a expressão legislador negativo.

Não é difícil concluir que a liberdade do Parlamento é essencial à concretização da democracia. Mas como o poder do Parlamento advém do povo e é exercido em seu nome, deve se submeter somente aos limites traçados por quem lhe outorgou tal poder, os quais se encontram expressos na Constituição Federal.

O desafio que se propõe, portanto, é superar o aparente paradoxo entre a supremacia da Constituição, que reclama a efetivação de suas normas, com a garantia de liberdade conferida ao Parlamento, como um dos pilares do Estado de Direito Democrático, de modo a assegurar a efetividade de direitos previstos constitucionalmente, mas que dependam de integração por parte do legislador infraconstitucional.

## **8 PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E DA MÁXIMA EFETIVIDADE EM UMA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE**

O poder do Estado legitima-se no povo e dele decorre a soberania dos Governos. Entretanto, pouca serventia teria o reconhecimento dessa premissa sem a existência de instrumentos de garantia. Höffe<sup>41</sup>

<sup>41</sup> HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 385.



afirma com precisão que “contra o Estado primário de natureza não fala o fato de nele imperar a injustiça, mas o fato de nele imperar a ausência de regras e, com ela, a ausência de direito”. Nesse contexto, a Constituição surge como a expressão jurídica do pacto político firmado entre o povo, estabelecendo as regras e princípios que irão nortear suas relações entre si, bem como a atividade de seus representantes na concretização do objetivo do Estado: o bem comum. A isso Canotilho<sup>42</sup> denomina função de auto-vinculação e por ser a Constituição a norma matriz de todo o sistema jurídico a ela estão subordinados, inclusive, os próprios subsistemas constitucionais. O que poderia ser motivo de conflito resolve-se pela aplicação de princípios específicos de hermenêutica constitucional.

Assim, pelo princípio da unidade afasta-se qualquer possibilidade de existirem antinomias normativas ou normas constitucionais originárias inconstitucionais.<sup>43</sup> Logo, onde houver aparente contradição, ao invés de se negar validade a uma ou outra norma, busca-se compatibilizar os preceitos, uma vez que ambos se encontram no mesmo patamar hierárquico.

Por outro lado, ainda com Canotilho<sup>44</sup>, deve-se atribuir às normas constitucionais o sentido que lhe dê maior efetividade, ressaltando-se que o princípio da efetividade tem caráter “operativo”, de concretização, notadamente em relação às chamadas normas programáticas, contudo sem se limitar a elas.

Concatenando as idéias, tem-se o pressuposto de que a Constituição, realidade histórica e fruto da soberana vontade popular, determina o modelo de Estado que deve ser perseguido, devendo-se atribuir o máximo de efetividade às suas disposições, seja pela supremacia da Carta Magna, seja pela auto-vinculação imposta a partir de sua promulgação.

É nesse cenário que se deve verificar a responsabilidade do Estado por ação ou omissão legislativa, buscando compatibilizar a liberdade e a discricionariedade conferidas ao legislador com o pacto firmado pelo povo quando da elaboração da Constituição.

---

<sup>42</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 1447.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 1183-1223.

<sup>44</sup> *Ibidem*. p.1223.

## 9 RESPONSABILIDADE POR AÇÃO LEGISLATIVA

A lei, entendida como produto da função precípua do Parlamento, é ato tipicamente político, dotado, em regra, de generalidade e abstração. O processo de elaboração da lei constitui prerrogativa do Poder Legislativo e os atos que compõem seu procedimento, desde a apresentação do projeto até sua aprovação ou rejeição, constituem atividade vinculada apenas aos ditames formais, sendo insusceptíveis de gerar qualquer ônus para o Estado.

Importa, desde já, afastar qualquer hipótese de responsabilização individual do parlamentar, no âmbito de sua atividade legislativa, a qual por impositivo constitucional encontra-se protegida pela imunidade decorrente do chamado estatuto dos congressistas, positivado no art. 53 da Constituição Federal. Posto que já se tenha sugerido não se submeter a eventual responsabilidade do Estado, por atividade legislativa, às disposições do art. 37, § 6º, da Carta Política, é preciso esclarecer que não se está defendendo a tese da irresponsabilidade do Estado, com fulcro na imunidade parlamentar. Relembre-se que a conclusão a que se chegou ao analisar as dimensões do dispositivo decorre de uma análise sistemática da Constituição, evidenciando que o dispositivo consagrador da responsabilidade objetiva deve ser interpretado no âmbito do microsistema em que se insere, qual seja, o da Administração Pública.

Com amparo nos princípios da supremacia e da máxima efetividade da Constituição, pode-se afirmar que a função legislativa é dotada de ampla liberdade, encontrando seus limites unicamente no Texto Constitucional. Desse modo, veda-se completamente a ingerência do Poder Judiciário sobre os critérios de oportunidade e conveniência do Parlamento na elaboração da lei, não havendo mecanismo jurídico-constitucional capaz de obrigar a produção legislativa.

Como regra, portanto, tendo sido a lei elaborada com rigorosa observância dos ditames contidos na Lei Maior, não será possível a glosa por parte de qualquer dos outros Poderes, salvo o veto presidencial, em verificação política, o qual poderá ser derrubado, também por critérios políticos.

Questiona-se, então, se o ato legislativo típico – edição de leis ou atos normativos, de caráter geral e abstrato – enseja a responsabilidade patrimonial do Estado. Para Meirelles<sup>45</sup>

<sup>45</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 677.

Os atos legislativos, ou seja, as leis propriamente ditas (normas em sentido formal e material), não ficam sujeitos a anulação judicial pelos meios processuais comuns, mas sim pela via especial da ação direta de inconstitucionalidade e, agora, também pela ação declaratória de constitucionalidade, tanto para a lei em tese como para os demais atos normativos. E assim é porque a lei em tese e os atos normativos, enquanto regras gerais e abstratas, não atingem os direitos individuais e permanecem inatacáveis por ações ordinárias ou, mesmo, por mandado de segurança.

Di Pietro<sup>46</sup> após fazer referência a um período de total irresponsabilidade, afirma:

Essa concepção, que persistiu mesmo após a referida Constituição [1937], foi aos poucos sendo superada; inicialmente, pelo reconhecimento de que o ato político pode, em determinados casos, causar lesão aos direitos individuais, como ocorre na promoção de juízes e na intervenção federal; disso resultou uma distinção entre atos exclusivamente políticos (que não afetam direitos individuais) e atos quase políticos ou não exclusivamente políticos (que, embora dizendo respeito a interesses superiores do Estado, da nação, da sociedade, afetam também direitos individuais); os primeiros não podiam e os segundo podiam ser submetidos ao Poder Judiciário.

Para a autora, o art. 5º, XXXV, da Constituição em vigor proíbe a distinção. O tema de fato é controverso. Tal conclusão é semelhante à que apresenta Júlio César dos Santos Esteves<sup>47</sup>, o qual faz uma extensa digressão acerca da evolução da matéria, demonstrando que diversamente da responsabilidade da Administração, ainda não há consenso em relação aos atos legislativos. Em seu estudo, o autor faz um extenso apanhado da doutrina pátria e alienígena, fazendo incursões pelos direitos francês, português, espanhol, alemão, italiano, norteamericano, chileno, uruguaio e argentino. O objetivo desse trabalho não permite analisar o tema com a mesma profundidade, entretanto, é possível apresentar um panorama, ainda que resumido.

<sup>46</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 641.

<sup>47</sup> ESTEVES, op. cit., p. 99-201.

Em princípio, são apresentadas as teses que procuram afastar a responsabilidade do Estado com base nos atributos da função legislativa: a soberania, que somente permitiria indenizações se o próprio legislador assim o dispusesse; a abstração e a generalidade da lei, que não seria, desse modo, susceptível de causar danos individuais; o poder atribuído ao legislador para inovar na ordem jurídica, permitindo-lhe dispor livremente sobre qualquer assunto, independentemente do respeito a direitos pré-existentes; a relação de representação entre o legislador e o particular, significando que, em última medida, o parlamentar atua por conta e risco do representado, cabendo a este suportar os ônus do mandato e, por fim, as imunidades parlamentares, que afastando a responsabilidade do legislador por suas opiniões, palavras e votos, transferiria tal prerrogativa ao Estado.

Ressalvada a abstração e generalidade conforme se verá adiante, não é difícil constatar a fragilidade de tais argumentos ante um ordenamento jurídico que se pretenda democrático. Estando o legislador vinculado aos ditames constitucionais, somente uma Constituição despótica poderia conferir-lhe tamanha liberdade. Ainda que seja questionável a tese da responsabilidade do Estado, unicamente em razão da função legislativa, sem dúvida, não são estas as bases em que se deve demonstrar sua impropriedade.

Para Esteves<sup>48</sup> a doutrina contemporânea é majoritariamente favorável à responsabilidade do Estado por atos legislativos, nas hipóteses de lei inconstitucional, mas vacila quando se trata de lei constitucionalmente válida, ainda que se configure um desequilíbrio caracterizador de violação do princípio da igualdade perante os encargos públicos. Mota<sup>49</sup> assim resume o pensamento dominante na doutrina brasileira:

Embora não haja quanto à responsabilização do Estado consenso doutrinário, a maioria da doutrina inclina-se pela tese da admissão do direito à indenização quando o ato legislativo constitucional atingir direta e imediatamente um particular ou grupo específico de particulares. O dano generalizado seria qualificado como encargo social, devendo ser suportado por todos os

<sup>48</sup> ESTEVES, op. cit., p. 200-201.

<sup>49</sup> MOTA, Maurício Jorge P. da Mota. **A responsabilidade do Estado legislador nos Direitos Argentino, Uruguaio e Brasileiro**. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em: <www2.uerj.br/~direito/publicações/publicações/Mauricio\_mota/mm\_12a.html>. Acesso em: 2 jan. 2007. p. 49.

prejudicados, enquanto que o dano excepcional, desigual e grave, produzido pela norma legal, poderia, este sim, originar o ressarcimento sob o fundamento de violação ao princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos. Apesar de relativo consenso, dissentem a seguir os autores na determinação da noção de dano especial e em seus contornos dogmáticos como a relevância do fato do lesado, a relação entre dano decorrente da própria lei e dano resultante da execução da lei etc. [...]

Uma análise dos argumentos apresentados pelos adeptos da teoria da responsabilização do Estado legislador conduz de maneira infismável à conclusão de que todas hipóteses apresentadas pela doutrina surgem de uma violação a um princípio ou direito constitucionalmente protegido. O caso do paradigma no Direito francês, citado por Esteves<sup>50</sup>, demonstra as bases em que se desenvolveram os estudos a partir de então: toda a dogmática sobre o tema assenta-se na proteção ao direito de propriedade ou na violação aos princípios da proporcionalidade e da igualdade - perante as cargas pública. E o que se constata na síntese de Mota<sup>51</sup> em relação aos Direitos uruguaio e argentino:

Reconhece-se nos meios jurídicos uruguaio que a responsabilidade estatal por ato legislativo decorre dos seguintes requisitos: a ocorrência de um dano patrimonial; a certeza do dano, isto é, não hipotético (pode ser futuro, no sentido de que se aperfeiçoa com a aplicação da lei); a particularidade do dano, isto é, este deve ser especial, e não geral, ou seja, não deve importar no exercício de uma faculdade impositiva geral; a motivação legislativa que não deve ter sido determinada por um fim de saúde, higiene ou moralidade pública; e o nexos de causalidade adequado entre o dano sofrido e o ato legislativo, ou seja, o dano sofrido pelo particular deve ter sua causa adequada na lei.

[...]

na doutrina e jurisprudência argentinas, não obstante a respeitável posição contrária de Bielsa, é pacífica

<sup>50</sup> ESTEVES, op. cit., p.100.

<sup>51</sup> MOTA, op. cit., p.8-20.

a admissibilidade da responsabilidade civil do Estado legislador. Fundamenta-se esta na garantia constitucional da incolumidade da propriedade privada (art. 17 da Constituição) que dispõe que toda e qualquer expropriação por utilidade pública deve ser previamente indenizada. Neste sistema constitucional a coletividade carece de direito para exigir, sem justo ressarcimento, sacrifícios particularizados, não gerais, individuais. Via de regra, reconhece-se que a responsabilidade estatal por ato legislativo decorre dos seguintes requisitos: a ocorrência de um dano, patrimonial ou moral, englobado na garantia constitucional da propriedade privada; a certeza do dano, isto é, não hipotético (pode ser futuro, no sentido de que se aperfeiçoa com a aplicação da lei); o dano deve ser particularizado, especial e não geral, ou seja, não deve importar no exercício de uma faculdade impositiva geral; a motivação legislativa não deve ter sido determinada por um fim de saúde, higiene ou moralidade pública; deve existir um nexo de causalidade adequado entre o dano sofrido e o ato legislativo, isto é, o dano sofrido pelo particular deve ter sua causa adequada na lei.

Deve-se estudar a questão, então, sob dois enfoques: leis inconstitucionais e leis constitucionalmente válidas. No primeiro caso, não é difícil reconhecer o direito à reparação. Regra geral, a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos possui efeito *ex tunc*, razão pela qual os atos praticados com amparo na legislação objurgada, perdendo seu suporte legal, passam a constituir verdadeiros atos ilícitos, com o conseqüente dever de indenizar eventuais danos ou repetir o que foi injustamente exigido do particular. A jurisprudência há muito consagra tal entendimento:

Declarada a inconstitucionalidade de certo tributo, não há como defender validade de pagamentos anteriormente feitos, a pretexto de haverem sido espontaneamente pagos. Se o imposto é inconstitucional, o vício ataca-o na origem, sendo nulo o pagamento feito em razão dele.<sup>52</sup>

Obviamente, será indiferente se o reconhecimento da inconstitucionalidade ocorrer no âmbito de ação direta ou por via de

exceção. Isso porque, não obstante a possibilidade legal de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, trata-se de hipótese extrema, somente viável nas hipóteses de grave risco à segurança jurídica ou excepcional interesse social, exigindo, inclusive quorum especial de deliberação<sup>53</sup>, constituindo exceção que apenas confirma a regra. Também é indiferente a natureza do vício que macula a norma: se formal ou material. Contudo, na primeira hipótese, há divergências até mesmo entre os que defendem a responsabilidade total do Estado, a exemplo do próprio Esteves<sup>54</sup>, ao reconhecer que “não haveria o dever de indenizar, na hipótese em que o Estado detivesse a faculdade de imprimir, mediante lei nova, e agora formalmente válida, os mesmos efeitos buscados com a lei invalidada”.

Resta, portanto, enfrentar o tema sob os influxos de legislação formal e materialmente válida. E, nesse ponto, é possível identificar uma das falhas na doutrina da responsabilidade do Estado legislador: a teoria parte de dois princípios basilares: (a) igualdade perante os encargos públicos; e (b) direito fundamental de propriedade.<sup>55</sup> O equívoco consiste em não reconhecer que a lei violadora dos princípios da igualdade e da propriedade está, desenganadamente, em confronto com a Constituição Federal, mesmo que razões de ordem pública justifiquem sua edição. Pode parecer contraditório afirmar que uma norma contrarie princípios constitucionais e mesmo assim seja considerada válida. Não se pode olvidar, contudo, a existência de outro importante princípio constitucional, o da proporcionalidade, assegurando a justa medida entre o sacrifício individual e o coletivo. Na hipótese, a ponderação dos bens jurídicos envolvidos exige que se dê à norma interpretação consentânea com a Constituição, para consagrar, inicialmente, sua supremacia, mas também para impedir a prevalência de uma “igualdade negativa”, decorrente da pura e simples declaração de inconstitucionalidade (MENDES, 2005, p. 341-55). São comuns no Supremo Tribunal Federal os julgados que reconhecem a possibilidade de se formular pedido de interpretação conforme na própria inicial da ação direta de inconstitucionalidade, a exemplo do seguinte aresto:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -  
INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO -  
POSSIBILIDADE JURÍDICA. É possível, juridicamente,

53 Ver art da Lei nº 9.868/199.

54 ESTEVES, op. cit., p.230.

55 ESTEVES, op. cit., p.233-244.

formular-se, em inicial de ação direta de inconstitucionalidade, pedido de interpretação conforme, ante enfoque diverso que se mostre conflitante com a Carta Federal. Envolvimento, no caso, de reconhecimento de inconstitucionalidade. UNIVERSIDADE - TRANSFERÊNCIA OBRIGATÓRIA DE ALUNO - LEI Nº 9.536/97. A constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.536/97, viabilizador da transferência de alunos, pressupõe a observância da natureza jurídica do estabelecimento educacional de origem, a congeneridade das instituições envolvidas - de privada para privada, de pública para pública -, mostrando-se inconstitucional interpretação que resulte na mesclagem - de privada para pública.<sup>56</sup>

Posta assim a questão, é forçoso reconhecer que a responsabilidade do Estado por ato legislativo é fruto da incompatibilidade entre o comando legal e a Constituição. A solução, portanto, não é meramente jurídica uma vez que a atribuição de garantir a supremacia da Constituição exige a necessária formulação de juízos políticos, independentemente do órgão a quem foi conferida tal função, esteja ele inserido ou não nas estruturas do Poder Judiciário.

A essas ponderações deve ser acrescentado um derradeiro questionamento: sendo o nexo causal imprescindível à teoria da responsabilidade, é possível afirmar a existência de causalidade direta e imediata entre o ato legislativo e eventual dano suportado pelo particular?

### 9.1 LEI E NEXO DE CAUSALIDADE

Para responder à questão, é preciso, inicialmente, distinguir atos legislativos formais e materiais. Os primeiros são aqueles que, embora apresentem a estrutura de ato legislativo encerram, em verdade, um ato concreto, desprovido dos atributos de abstração e generalidade. Nas palavras de Canotilho:<sup>57</sup>

A base da distinção nas leis concretas não é a contraposição entre geral-individual mas entre abstracto-concreto. O interesse estará em saber se uma lei pretende regular em abstracto determinados factos ou se destina especialmente

<sup>56</sup> STF, ADI nº 3.324/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, D.J. 05.08.2005.

<sup>57</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 719.



a certos factos ou situações concretos. Também aqui a consideração fundamental radicaria no facto de uma lei poder ser geral, mas pensada em face de determinado pressuposto de facto que acabaria por lhe conferir uma dimensão individual, porventura inconstitucional. Segundo alguma doutrina, caberiam nesta categoria as leis dirigidas a um grupo determinado de pessoas, que, como acabamos de ver, localizamos na categoria de leis pessoais.

Di Pietro<sup>58</sup> afirma que:

A lei de efeito concreto, embora promulgada pelo Legislativo, com obediência ao processo de elaboração das leis, constitui, quanto ao conteúdo, verdadeiro ato administrativo, gerando, portanto, os mesmos efeitos que este quando cause prejuízo ao administrado, independentemente de considerações sobre sua constitucionalidade ou não.

Esse entendimento é perfilhado, outrossim, por Meirelles.<sup>59</sup> Sendo ontologicamente idêntica ao ato administrativo, é fácil concluir que a lei de efeitos concretos pode, efetivamente, causar dano direto e imediato ao particular, subsumindo-se à teoria da responsabilidade objetiva, preconizada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Mas, nesse caso, não é correto fundamentar a responsabilidade no exercício da função legislativa, uma vez que, embora o ato possua forma de lei, pode ser validamente praticado pela Administração com a utilização de outros instrumentos normativos, igualmente idôneos.

Naturalmente, em um Estado de Direito Democrático, não se concebe qualquer função estatal dotada de imunidade absoluta. Nem mesmo os direitos fundamentais possuem tal privilégio. Contudo, é preciso preservar a organicidade do sistema. Verifica-se na doutrina uma extremada tentativa de ampliar a previsão contida no art. 37, § 6º, da Constituição, interpretando o dispositivo não no contexto em que foi inserido – Da Administração Pública. Não se pode olvidar que a responsabilidade objetiva por atos da Administração é uma realidade incontestável, assentada em bases jurídicas sólidas, desenvolvidas no âmbito do Direito Administrativo. Informada pela teoria do risco

<sup>58</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 556.

<sup>59</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 678.

administrativo, exige-se apenas a causalidade direta e imediata entre a ação estatal e o dano.

Por essa razão, a fórmula da responsabilidade objetiva é inapropriada para fundamentar a responsabilidade do Estado legislador, exatamente por não ser possível verificar o nexos causal direto e imediato entre os atos legislativos típicos e qualquer dano causado ao particular. Uma lei ou qualquer ato normativo geral e abstrato pode, no máximo, possuir potencial lesivo. Entretanto, enquanto não ultimadas as medidas administrativas destinadas à sua concretização, a norma permanece em estado de latência. É o que ocorre, por exemplo, com uma lei possibilitando a elevação de alíquotas de um tributo até determinado percentual que, na prática, inviabilize completamente certa atividade. O ato legislativo em si não causa qualquer prejuízo direto e imediato ao particular, e se Administração Fazendária jamais elevar a alíquota do tributo aos percentuais proibitivos nenhum dano poderá ser imputado à lei.

Entretanto, se essa mesma Administração, com amparo no permissivo legal, optar por taxar demasiadamente a atividade, eventual dano terá como causa imediata não a lei, mas sim a atuação administrativa.<sup>60</sup> Poder-se-ia contrapor a tal assertiva o argumento de que a Administração, nessas circunstâncias, exerce mera atividade instrumental, já que a previsão para a prática do ato lesivo encontra-se na lei, sendo dela derivado. Contudo, não se pode perder de vista que à Administração só é permitido fazer aquilo que a lei autorize. O conteúdo normativo do princípio geral da legalidade sofre alteração no âmbito do Direito Público para encerrar a noção de que aquilo que não for permitido está proibido, a ponto de Seabra Fagundes, em sentença que já se tornou de domínio público, afirmar que “administrar é aplicar a lei de ofício”. Em tal contexto, todos os atos administrativos devem ter suporte na lei. Aqueles que dela transbordem, afastem-se ou ignorem, empenham a responsabilidade do Estado por serem ilícitos; os praticados com suporte em seus ditames obrigam a reparação, entre outras razões, pela já referida teoria da distribuição equitativa das cargas públicas.

Significa, então, que a rigor não se pode falar em responsabilidade do Estado pelo ato legislativo, pois a concretização da lei, editada com caráter geral e abstrato, demanda uma necessária atividade

<sup>60</sup> Obviamente, não é preciso aguardar a atuação concreta da Administração para se questionar, em tese, a constitucionalidade de qualquer lei com potencial lesivo ao direito de propriedade ou ao princípio da igualdade, uma vez que para o controle concentrado não importam os danos individualmente causados pela norma e sim a compatibilização desta com a Constituição.

administrativa subsequente, lembrando sempre que as chamadas leis de efeitos concretos são verdadeiros atos administrativos revestindo a forma de lei. Entender diversamente corresponde a afirmar que toda atividade administrativa fundamentada em lei implica na responsabilidade do Estado por ato do Legislador o que, obviamente, não se coaduna com a teoria da divisão tripartite das funções estatais.

## 10 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA

Já se afirmou que a ampla liberdade de atuação conferida ao legislador é corolário do princípio democrático, encontrando limites apenas na Constituição, que também estabelece os respectivos mecanismos de controle. Aliando a essa premissa o princípio da separação dos Poderes, resulta em um sistema que impede ingerências dos Poderes Executivo e Judiciário nas atividades parlamentares, ressaltando-se as hipóteses expressamente previstas no texto constitucional, e. g., o veto presidencial, a declaração de inconstitucionalidade ou as decisões em mandado de segurança que objetivam assegurar o devido processo legal, estabelecido no regimento interno das casas legislativas.

Outrossim, não é possível compelir o Parlamento a legislar, sob pena de afronta a todos os cânones da moderna democracia. Da mesma forma, a nenhum outro Poder é permitido exercer atribuição típica do Congresso, excetuando-se as hipóteses contempladas pela própria Carta Magna, como no caso das medidas provisórias.

Em que pese tais considerações, também é corolário da democracia que a Carta Política, documento que representa o pacto popular que cria o Estado, seja um instrumento efetivo sob pena de faltar-lhe legitimidade. Em uma visão contratualista, pode-se imaginar que o indivíduo, ao abrir mão de parcela de sua liberdade em favor da comunidade, espera que, no mínimo, as cláusulas do acordo que lhe asseguram posições jurídicas favoráveis sejam cumpridas.

E não é outro o sentido do princípio da supremacia da Constituição, que não só condiciona o exercício do poder, permitindo a impugnação de atos contrários ao Texto Fundamental, mas também exige que seus ditames sejam cumpridos. A efetividade da Constituição tornou-se matéria do objeto de estudos doutrinários, principalmente em função das prescrições cuja conformação é atribuída à atividade de integração do legislador infraconstitucional. Na lição de Machado:<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> MACHADO, *op.cit.*, p. 21.

A norma constitucional existe para ser aplicada. As lições de J.J. Gomes Canotilho, no plano da interpretação das normas constitucionais, fazem repercutir no mundo contemporâneo os ensinamentos da doutrina alemã (v. g.: K. Hesse e F. Muller), trazendo argumentos relevantes para a busca da concretização do “princípio da máxima efetividade”, do “princípio da interpretação efetiva”, ou, ainda, do “princípio da eficiência”, porquanto, hoje, o grande desafio dos constitucionalistas é atribuir à norma constitucional o sentido que maior efetividade lhe dê.

O autor contribui, ainda, apresentando a evolução histórica do tema na doutrina, o que não é objeto do presente estudo. Para compreensão do tema, bastará reproduzir, em apertada síntese, suas conclusões acerca da teoria desenvolvida por José Afonso da Silva, que classifica as normas constitucionais em três categorias: normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida. No primeiro grupo, encontram-se as normas dotadas de conformação jurídica plena, aptas a produzir efeitos imediatamente após a entrada em vigor, sem a necessidade de posterior atuação legislativa, sendo exemplo típico aquelas dirigidas à organização do Estado e dos Poderes. No segundo grupo, estariam as normas com “aplicabilidade imediata, direta, mas não integral”, ou seja, possuem conformação jurídica que permite uma ulterior ação parlamentar, mas não dependem dela para surtir efeitos. Por fim, as normas de eficácia limitada, as quais, posto que dotadas de eficácia imediata, demandam a atividade integrativa do legislador para que atinjam os fins colimados pelo Constituinte. Tais normas podem traduzir preceitos de caráter institutivos, ligados à estruturação dos órgãos governamentais ou programáticos, representando os compromissos sociais do Estado.<sup>62</sup>

Dito de outra maneira, as normas de eficácia limitada são, em sua maioria, exatamente aquelas que buscam compensar o indivíduo pela perda de sua liberdade em favor do Estado. O grande desafio é compatibilizar a liberdade de atuação do Parlamento com a máxima efetividade da Constituição, sem afetar a harmonia do sistema jurídico. Desenvolveram-se, então, as teorias acerca das omissões inconstitucionais e o papel do Poder Judiciário na concretização do programa instituído pelo Constituinte. Daí surge o desafio de concretizar tal desiderato, sem abalar um dos pilares em que se sustenta a moderna democracia,

<sup>62</sup> MACHADO, op. cit., p. 29-35.

a separação dos Poderes, na medida em que, em tais hipóteses, estará o Judiciário substituindo a vontade do legislativo. Continentino<sup>63</sup>, sintetizando a preocupação de parte da doutrina, afirma que:

Continentino, sintetizando a preocupação de parte da doutrina, afirma que:

Destarte, deve-se reavivar, dentro do paradigma procedimentalista do Direito, que as grandes conquistas dos direitos e a busca pelo seu implemento e concretização, sobretudo daqueles de alto teor simbólico, devem se dar no plano da ação política, pelo exercício da cidadania, pela plena realização da autonomia pública, e não por provimentos jurisdicionais de nítido caráter tutelar. Caso contrário, corre-se o risco de cair numa concepção “judiciarista” da Constituição e do próprio Estado com sérios riscos à Democracia, em que o juiz se substitui ao legislador na concretização da Constituição, na medida em que essa tarefa é confiada, em nome da própria Democracia, ao jogo político-partidário.<sup>64</sup>

Justifica-se a preocupação e ainda que se busque a máxima efetividade das normas constitucionais, somente a previsão expressa de mecanismos de controle da omissão na própria Constituição permitirão a atuação fiscalizadora de outro órgão sobre o Parlamento, sem ofensa aos ideais democráticos, afastando qualquer questionamento acerca da legitimidade do controle, já que decorre da própria Norma Fundamental. Ressalte-se que essa interpretação restritiva não tem qualquer relação com a maior ou menor relevância dos direitos envolvidos na discussão. Diversamente, busca-se na organicidade do sistema jurídico compatibilizar os diversos princípios envolvidos na questão, evitando soluções populares e de fácil aceitação, que antes de assegurar direitos provocam fissuras no ordenamento, com conseqüências imprevisíveis para o futuro da Democracia.

Assim, a Constituição Federal prevê dois mecanismos de controle da omissão legislativa, um em abstrato e outro para o caso concreto: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; e o mandado de injunção,

<sup>63</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão**. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coords.). *Processo nos Tribunais Superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 448.

<sup>64</sup> O autor se refere a CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 329-330.

respectivamente. Seus reflexos para a responsabilidade do Estado estão diretamente relacionados à conformação que lhes der o intérprete. Para alguns, a simples omissão será suficiente para configurar o dever de indenizar; outros, adotando uma postura mais conservadora, tendo em vista a unidade do ordenamento jurídico, filiam-se a uma corrente mais cautelosa.

### **10.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: EFEITOS E REFLEXOS NA RESPONSABILIDADE DO ESTADO**

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é espécie do controle concentrado e suscita diversos questionamentos, os quais não caberiam nesse trabalho. Reconhecendo a importância do jogo democrático, representado pela interação de forças políticas existentes na sociedade, Canotilho<sup>65</sup> procura distinguir a exigência constitucional de ação do dever geral de legislar, separando normas constitucionais que impõem concretamente uma obrigação de legislar, por já trazerem explicitamente o conteúdo da ação parlamentar, daquelas por ele conceituadas como normas-fim ou normas-tarefa, concluindo que:

O incumprimento dos fins e objectivos da constituição é também inconstitucional, mas sua concretização depende essencialmente da luta política e dos instrumentos democráticos, ao passo que as omissões legislativas inconstitucionais, em sentido estrito, podem originar uma acção de inconstitucionalidade [...]

A conclusão é importante, uma vez que considera inconstitucional toda inação legislativa, mas reconhece que somente é possível a ação fiscalizadora quando a norma a ser integralizada possui elementos concretos suficientes para limitar o livre arbítrio do legislador.

Quanto às normas programáticas<sup>66</sup>, apesar de abandonada a visão conservadora que as consideram meras intenções do constituinte, não se pode olvidar a importância da teoria da reserva do possível, que, em síntese, trata da adequação das disponibilidades orçamentárias às exigências de efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 1034-1035.

<sup>66</sup> CANOTILHO (2003, p. 1176) decreta a "morte" das normas programáticas, substituindo-as pelas "normas-fim, norma-tarefa, normas-programa que "impõem uma atividade" e "dirigem" materialmente a concretização constitucional".

<sup>67</sup> Ver BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista de doutrina do TRF da 4ª Região*, 30 jun. 2004, Disponível em: <<http://www.revistadoutrina>>

O debate, como se percebe, envolve diversas reflexões e quando a ele se alia os fins buscados no controle concentrado de constitucionalidade, esbarra-se em óbice de difícil transposição: o órgão de fiscalização constitucional não atua na defesa de interesses subjetivos, concretos. E mais, excetuando-se as especialíssimas exceções constitucionais, somente ao Poder Legislativo é conferida a atribuição de inovar na ordem jurídica, em caráter geral e abstrato. No Brasil, a Constituição Federal prevê o controle da inconstitucionalidade por omissão no art. 103, § 2º, nos seguintes termos:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Silva<sup>68</sup> critica a redação do dispositivo por entender que o simples comunicado ao Poder omissor não é suficiente para atender ao anseio de dar efetividade à Carta Política, uma vez que o Legislativo não é obrigado a legislar. E mesmo reconhecendo que essa é a melhor solução, entende que o constituinte deveria ter ido além, permitindo que o Supremo Tribunal Federal emitisse a norma ausente até que a omissão fosse sanada pelo órgão competente.

Ousa-se, *data venia*, discordar do eminente constitucionalista. Nenhum sistema político é perfeito, mas evidentemente a Democracia se destaca pelo relativo grau de liberdade concedido aos cidadãos. O modelo teórico da separação dos Poderes, com mecanismos de freios e contrapesos, é uma conquista democrática e como tal deve ser preservada, pois a fiscalização mútua dos Poderes é uma proteção contra o arbítrio. Ultrapassa os limites dessa proteção, contudo, conferir a um Poder a prerrogativa de realizar a atividade do outro, quanto este for omissor. Se for permitido ao Judiciário criar norma geral e abstrata, quando o Legislativo não o fizer, corre-se o risco de, posteriormente, pleitear o Legislativo a função de julgar quando os juízes não se desincumbirem dessa atividade, após determinado lapso temporal, sob o argumento de se preservar os direitos fundamentais de acesso à Justiça e de celeridade processual.

Por tais razões, em respeito aos cânones democráticos e à garantia da estabilidade das instituições pode a solução preconizada na parte final

---

trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani\_bigolin.htm, Acesso em: 20 jan. 2007.

<sup>68</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 50.

do art. 103, § 2º, da Constituição Federal não ser aquela que melhor resolva concretamente o problema da efetividade. Mas, é sem dúvida, a única que compatibiliza a atuação do Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato de normas, com o respeito à função típica do Poder Legislativo. No mais, é preciso acreditar que a sociedade atingirá um grau de maturidade política suficiente para reconhecer que a simples comunicação da mora legislativa é um fato tão grave que obrigará o Congresso a adotar medidas para saná-la.

Resta saber, então, se reconhecida a inconstitucionalidade por omissão se pode o particular pleitear indenização do Estado em decorrência de eventual prejuízo resultante da ausência da norma. Exemplo prático são as ações judiciais que buscam da União reparação civil em razão da omissão do Presidente da República em enviar ao Congresso Nacional projeto de lei que procedesse à revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais, nos termos do art. 37, X, da Constituição Federal. As ações têm por fundamento a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 2.061, que declarou a inconstitucionalidade por omissão do Chefe do Poder Executivo.

Decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL<sup>69</sup> :

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC Nº 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, a, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC nº 19/98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, *in fine*, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação.

<sup>69</sup> ADI nº 2.069, Relator Min. Ilmar Galvão, 2001.



Acompanhando o relator, o Ministro Marco Aurélio delimitou precisamente a abrangência e finalidade funcional da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme referido há pouco:

A omissão, a meu ver, está escancarada, [...]. Posso atribuir a autoria desta omissão a um órgão meramente legislativo? A resposta é desenganadamente negativa, por mais que minha visão no campo acadêmico seja pela efetividade do que se contém na Carta da República. A iniciativa, no caso do projeto, não é de uma autoridade simplesmente administrativa, como referida no art. 103, § 2º, da Constituição Federal; a mora no encaminhamento do projeto é do Chefe do Poder Executivo. [...] Espero, porque confio no perfil democrático de Sua Excelência, que o Presidente da República [...], diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, do Órgão de cúpula do Poder Judiciário, certificando clara, precisa, o ato omissivo, encaminhe o projeto, objetivando a revisão da remuneração dos servidores públicos. Com isso, as instituições demonstrarão à sociedade brasileira que estão funcionando, como é próprio no Estado Democrático de Direito.

Mesmo diante de tais considerações, vislumbrou-se a possibilidade de compelir o Estado a indenizar seus servidores, em substituição à revisão geral. O pleito recebeu o beneplácito de parte das instâncias ordinárias do Poder Judiciário. O Pretório Excelso, contudo, não tem chancelado as pretensões, conforme demonstram os seguintes arestos:

CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO.

I - A iniciativa para desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual aos servidores públicos é ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, não cabendo ao Judiciário suprir sua omissão.

II - Incabível indenização por representar a própria concessão de reajuste sem previsão legal.

III - Agravo não provido.<sup>70</sup>

<sup>70</sup> STF, 2006, RE-AgR 421828/DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski.

AGRAVO REGIMENTAL. REVISÃO GERAL ANUAL DE VENCIMENTOS. OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. DEVER DE INDENIZAR. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

Não sendo possível, pela via do controle abstrato, obrigar o ente público a tomar providências legislativas necessárias para prover omissão declarada inconstitucional - na espécie, o encaminhamento de projeto de lei de revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos - com mais razão não poderia fazê-lo o Poder Judiciário, por via oblíqua, no controle concreto de constitucionalidade, deferindo pedido de indenização para recompor perdas salariais em face da inflação.<sup>71</sup>

A conclusão é inevitável: por mais que se deva lutar pela efetividade da Constituição, não se podem desprezar os fundamentos da democracia, sob pena de abrir flancos ao autoritarismo. Assim, a decisão em ação direta de inconstitucionalidade por omissão legislativa deve ter exatamente a amplitude que lhe deu o constituinte: reconhecimento em abstrato da inconstitucionalidade, sem gerar, no entanto, qualquer direito subjetivo para o particular.

Nada obstante, para o caso concreto, o constituinte previu remédio que assegurando a efetividade de direitos individuais, preserva a estabilidade do ordenamento jurídico, o mandado de injunção.

## 10.2 MANDADO DE INJUNÇÃO E RESPONSABILIDADE

Na busca por mecanismos que garantam a efetividade da Constituição, sem desprezar os princípios democráticos da República, o Constituinte de 1988 criou o mandado de injunção. Machado<sup>72</sup> já notara o caráter inovador do instituto ao fazer um estudo comparativo com o direito alienígena.

Ao mandado de injunção se aplica boa parte da argumentação exposta anteriormente, tendo em vista que, em princípio, buscam atacar a omissão legislativa. Contudo, a conformação jurídica dos institutos confere-lhes funções diversas. Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão reconhece a mora legislativa, em tese, o mandado de injunção se destina a verificar os efeitos da omissão no caso concreto, “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável

<sup>71</sup> STF, 2006, RE-AgR 485087/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia.

<sup>72</sup> MACHADO. op. cit., p. 59.

o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.<sup>73</sup> Bonavides<sup>74</sup>, escudado no magistério de J.J. Calmon de Passos, também afirma o caráter subjetivo do mandado de injunção e sua aplicação ao caso concreto.

Revelam-se importantes as considerações de Machado<sup>75</sup> acerca da natureza jurídica da decisão proferida no *writ*, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Destaca o autor as lições de Alexandre de Moraes<sup>76</sup>, separando as teorias em dois grupos: concretistas e não-concretistas. No primeiro grupo, a teoria concretista geral, segundo a qual pode o Tribunal atribuir efeitos erga *omnes* à decisão; ou *concretista individual*, quando a situação for regulada inter-partes, podendo, na espécie, a norma para o caso concreto vir expressa na própria sentença – concretista individual direta – ou fixando-se um prazo para a providência legislativa, findo o qual seria a omissão suprida pelo Judiciário – concretista individual intermediária. Não concretista seria a teoria que reconhece ao mandado de injunção os mesmos efeitos da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A postura defendida ao longo desse trabalho conduz à inevitável filiação à teoria que atribui à decisão proferida no mandado de injunção um caráter concretista individual, seja direto ou intermediário. Com efeito, tal solução não conflita com a divisão funcional dos poderes, uma vez que, na hipótese, o Poder Judiciário não estará criando norma de caráter geral e abstrato, mas sim exercendo atribuição típica de jurisdição, qual seja, a de criar lei entre as partes. Não se vislumbra, pois, risco ao primado da separação dos poderes, quando a decisão se limitar a decidir um caso concreto, com efeito inter-partes. E, em tais circunstâncias, é perfeitamente possível responsabilizar o Estado pela omissão legislativa, se dela resultar algum dano efetivo ao particular.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, não conferiu tal alcance ao instituto. Preferiu se filiar à doutrina não concretista, nos termos do paradigma representado pelo MI nº 107-QO/DF, relatado pelo Ministro Moreira Alves. Evidentemente, nem todos os casos de omissão inconstitucional poderão ser integrados por provimentos injuncionais,

<sup>73</sup> art. 5º, LXXI, da Constituição Federal

<sup>74</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.551.

<sup>75</sup> MACHADO, op. cit., p.105-113

<sup>76</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 1977. p. 149-153, citado pelo autor.

conforme já referido anteriormente com Canotilho.<sup>77</sup> Acrescente-se, àqueles argumentos a advertência de Calmon de Passos<sup>78</sup>, *verbis*:

Entendemos, entretanto, descaber mandado de injunção quando o adimplemento, seja pelo particular, seja pelo Estado, envolve a organização prévia de determinados serviços ou alocação específica de recursos porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela, inexistentes os recursos ou o serviço, e construir-se o mandado de injunção como direito de impor ao Estado a organização de serviços constitucionalmente reclamados teria implicações de tal monta que, inclusive constitucionalmente, obstam, de modo decisivo, a pertinência do *mandamus* na espécie.<sup>79</sup>

Também do voto condutor do acórdão colhe-se que certos direitos fundamentais, em tese protegidos pelo mandado de injunção, são insusceptíveis de regulamentação individual, dada sua natureza ontologicamente coletiva, citando o exemplo dos direitos inerentes à soberania popular. São pertinentes as observações, contudo, não se pode criar uma regra a partir de exemplos extremos. Por se buscar no mandado de injunção um provimento de natureza eminentemente concreta, é na análise do caso particular que se deve verificar a ocorrência das exceções e não, em razão delas, esvaziar o instituto.

Machado<sup>80</sup>, nota, contudo, que o Supremo Tribunal Federal parece que começa a romper a barreira paradigmática erigida a partir do MI nº 107-QO/DF, citando julgados no qual a Corte reconhece a omissão legislativa, fixa prazo para a integração da norma e, mantido o silêncio, assegura ao particular o direito de buscar a reparação, nos termos do direito comum, vedando, ainda, a possibilidade de se alterar a coisa julgada, então formada pela superveniência da norma.

Trata-se, apesar da restrição, de filiação à corrente concretista intermediária e, mesmo não regulamentando o caso concreto, confirma a possibilidade de se obter, em mandado de injunção, a responsabilidade do Estado por omissão legislativa.

<sup>77</sup> CANOTILHO, op. cit.

<sup>78</sup> 1989, p. 112-113, apud STF, MI nº 107-QO/DF, Rel. Min. Moreira Alves

<sup>79</sup> Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data. Constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 112/113

<sup>80</sup> MACHADO, op. cit., p.111.

## 11 CONCLUSÃO

Consagram os ordenamentos jurídicos democráticos a responsabilidade do Estado Administrador, sem maiores divergências. Não é diferente no sistema adotado pela Constituição brasileira, que institui a responsabilidade objetiva como regra, divergindo a doutrina apenas quanto ao tratamento das condutas omissivas. Se a responsabilidade civil do Estado por atos da Administração possui sólida base teórica, o mesmo não verifica quando se pretende justificar uma possível responsabilidade por atos legislativos. Com efeito, encontram-se desde teses que a negam complementemente até aquelas com viés de responsabilidade integral. Dentre os que adotam uma postura intermediária é a nítida preocupação em proteger o particular contra o gigantismo do Estado, ressaltando-se o caráter antidemocrático de qualquer forma de isenção da responsabilidade estatal.

De fato, em um Estado Democrático não se concebem, obviamente, imunidades absolutas, principalmente quanto ao ente que tem como objetivo primordial promover o bem comum. Contudo, a força de um Estado Democrático decorre, em boa medida, da segurança proporcionada pela estabilidade de seus institutos jurídicos. Mas, na tentativa de proteger o patrimônio particular contra a ação de qualquer dos Poderes públicos, o que se verifica é uma pura e simples transmutação para o âmbito do Direito Constitucional de conceitos próprios do Direito Administrativo, em especial a previsão do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

É forçoso reconhecer que os exemplos comumente utilizados pela doutrina encerram algum tipo de ofensa à Constituição, a qual pode ser afastada por meio dos mecanismos de controle de constitucionalidade, seja pelo expurgo da norma, seja pelo emprego de técnicas interpretativas que, preservando a validade da norma, adaptam-na aos preceitos constitucionais. É o caso, por exemplo, das ofensas ao direito de propriedade ou aos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

A lei em sentido material, dotada de abstração e generalidade, ainda que potencialmente lesiva, demanda a prática de atos concretos para causar dano direto e imediato ao particular. O nexos causal é fundamental ao conceito de responsabilidade civil, adote-se a teoria da culpa ou do risco. Pela teoria da causalidade imediata, adotada no ordenamento jurídico pátrio, afasta-se o vínculo direto entre a

lei e eventual dano, o qual somente poderá ser imputado à ação da Administração. Pode-se argumentar que, no caso, não haveria outra alternativa ao administrador, senão cumprir a determinação legal. Ora, mas essa é exatamente uma das funções constitucionalmente confiadas ao Poder Executivo, no exercício da administração estatal. O Parlamento edita leis, mas não as executa. Desconsiderar essa premissa significa reduzir a Administração a um mero instrumento do Poder Legislativo. Assim, considerando que toda atividade administrativa lícita deve fiel obediência à lei, seria forçoso concluir que a quase totalidade dos atos administrativos empenharia a responsabilidade do Estado legislador.

Evidentemente, não é essa a conformação dada à divisão funcional dos Poderes. Ademais, o Chefe do Poder Executivo tem participação crucial no processo legislativo, vetando ou sancionando o projeto votado pelo Parlamento. Nesse momento, pode exercer um juízo prévio de constitucionalidade ou verificar se a norma é lesiva ao erário ou ao particular. Sua anuência ao conteúdo de projetos que imponham ônus à Administração atrai a respectiva responsabilidade pelos atos subsequentes. Caso não concorde com o projeto e seu veto seja derrubado, poderá determinar aos órgãos administrativos que não cumpram a lei ou, para preservar a harmonia com o Poder Legislativo, ajuizar ação direta de inconstitucionalidade.

Quanto às leis de efeitos concretos, por serem verdadeiros atos administrativos, podem, de per si, ensejar a responsabilidade civil do Estado, sem maiores dificuldades interpretativas.

A lei, portanto, pode até fundamentar uma ação estatal, mas, em geral, é o ato administrativo que causa dano ao particular, fundamentando-se, aí sim – com amparo na teoria da causalidade imediata – a responsabilidade extracontratual do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Em relação às omissões legislativas, reconhecida a supremacia da Constituição e a necessidade de se dar efetividade a suas normas, deve-se buscar solução que não conflite com os ideais democráticos – em especial a separação dos poderes – nem com organicidade do sistema jurídico.

Por tais razões, apesar das críticas ferrenhas à solução constitucional preconizada para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se deve esquecer que o instituto encontra-se inserido no conjunto de mecanismos políticos de controle concentrado de

constitucionalidade, cuja principal característica é a abstração e generalidade dos provimentos. Para não usurpar prerrogativa funcional do Poder Legislativo, as Cortes Constitucionais, na espécie, podem, no máximo, atuar como legislador negativo, extirpando do ordenamento lei contrária à Constituição. Jamais, entretanto, como legislador positivo, criando norma geral e abstrata.

Assim, como forma de manter a estabilidade das instituições democráticas, outra não poderia ser a função da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja simples certificação da mora legislativa pelo órgão encarregado da guarda da Constituição, seria fato extremamente grave em uma sociedade politicamente evoluída, demandando a imediata atuação parlamentar, independentemente da existência de meios formais de coação. Logo, em razão da natureza de seus efeitos, não há como buscar reparação civil em decorrência da declaração de inconstitucionalidade por omissão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal. E não se trata de afastar ao controle do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, em afronta ao disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e sim de compatibilizar princípios, conforme repetido várias vezes ao longo desse trabalho.

Para solucionar o problema da efetividade, cada ordenamento deve encontrar os mecanismos que melhor se adaptem à sua tradição jurídica. O constituinte de 1988, de forma inovadora, instituiu o mandado de injunção. Diversamente da ADI por omissão, busca-se aqui a declaração da mora legislativa em um caso concreto. Não se pretende, pois, uma declaração geral e abstrata, mas sim a conformação da norma constitucional para que surta efeitos apenas inter partes. Pela via do mandado de injunção, portanto, é possível obter um provimento que conduza à responsabilidade do Estado pela mora legislativa. Contudo, o Supremo Tribunal Federal ainda tem sido tímido em seus julgados, já chegando, até mesmo, a considerar o writ espécie de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, apenas com legitimidade ampliada, atribuindo-lhe, pois, os mesmos efeitos. É compreensível a cautela da Corte Suprema, mormente em uma democracia ainda em formação.

Certamente, o fortalecimento das instituições conduzirá a decisões mais consentâneas com o real objetivo do instituto. Não esquecendo a lição de Calmon de Passos, citada no MI nº 107-QO/DF, pode-se perfeitamente alcançar a máxima efetividade da Constituição, através do mandado de injunção, sem menoscabo de quaisquer princípios constitucionais.

Com julgamento dos MI nº 670/DF, MI nº 708/DF e MI nº 712/DF<sup>81</sup>, o STF parece estar escrevendo uma nova página na história do instituto do mandado de injunção, resgatando sua função constitucional. Ao determinar a aplicação da Lei nº 7.783/89 – que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores regidos pela CLT – aos servidores públicos, até a edição de lei específica para a categoria, nos termos do art. 37, VII, da Constituição Federal, a um só tempo reconheceu a ausência de lei regulamentadora e solucionou a questão, para as partes envolvidas no processo, sem precisar invadir a esfera de atribuições do Poder Legislativo. Cumpriu seu papel constitucional sem abalar os pilares da separação dos Poderes.

A conclusão é que, mesmo sem negar a responsabilidade do Estado, é preciso estudá-la no âmbito do contexto jurídico-institucional idealizado pelo Constituinte de 1988, não sendo necessária a quebra da unidade do sistema jurídico nem o desprezo à sua organicidade lógica para deixar sem punição qualquer ato estatal que cause dano ao particular. A estabilidade do ordenamento é essencial ao fortalecimento e preservação da Democracia e, quiçá, do próprio Estado, representando perigoso precedente abrir fissuras em suas bases a pretexto de responsabilizar o Estado legislador.

## 12 REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Marin Claret, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coords.). **Processo nos Tribunais Superiores**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 437-467.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

---

<sup>81</sup> Julgados em 25/10/2007 e publicados no D.J. De 06/11/2007.



DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Transformações do recurso extraordinário. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 104-121.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **A responsabilidade civil e o nexó de causalidade**. Unopar Cient., Ciênc. Juríd. Empres., Londrina, v. 1, n. 1, p. 15-21, mar. 2000.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. **A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas**. Portugal: Conselho de Económico e Social. Portugal: 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. Ano 7. n. 106. Teresina: Jus Navigandi, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>>. Acesso em: 02 jan. 2007

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção. Um instrumento de efetividade da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 1977.

MOTA, Maurício Jorge P. da Mota. **A responsabilidade do Estado legislador nos Direitos Argentino, Uruguaio e Brasileiro**. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro. <[www2.uerj.br/~direito/publicações/publicações/Mauricio\\_mota/mm\\_12a.html](http://www2.uerj.br/~direito/publicações/publicações/Mauricio_mota/mm_12a.html)>. Acesso em: 02 jan. 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.061-7/DF**. Relator Min. Ilmar Galvão, D.J. 29.06.2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Acórdão na Questão de Ordem no Mandado de Injunção nº 107-3/DF**. Relator Min. Moreira Alves, D.J. 02.08.1991.

---

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Acórdão no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n° 485087/RS**. Relatora Min. Cármen Lúcia, D.J. 07.12.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Acórdão no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n° 421828/DF**. Relator Min. Ricardo Lewandowski, D.J. 19.12.2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SALVETTI NETO, Pedro. **Curso de Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.