

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

LEONARDO CONTIN

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS
INCONSTITUCIONAIS**

Porto Alegre
2018

LEONARDO CONTIN

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS
INCONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem.

Porto Alegre

2018

LEONARDO CONTIN

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS
INCONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: Porto Alegre/RS, ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem (orientador)
UFRGS

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini
UFRGS

Prof. Dr. Fabiano Menke
UFRGS

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Jaqueline e Valdesir, vão os meus primeiros e mais excelsos agradecimentos. Cada um a seu modo, devotaram – e devotam – em mim a mais alta dedicação, heroicamente incansáveis nesse mister. Carinho e amor insuperáveis, inigualáveis, sem os quais eu nada seria.

Ao meu irmão, Pedro, tenro em idade, mas com incrível sensibilidade em entender a ausência do “mano” em razão dos estudos. À sua compreensão e paciência.

À Telma, pelo carinho, pelo afeto e por estar sempre presente em minha vida.

Ao Eduardo, pelo zelo, pela preocupação para comigo e pelas construtivas conversas.

Aos meus amigos, pela parceria, pela paciência e pelo alento nos momentos difíceis que permearam este trabalho. Em especial: Jenny, Luan, Matheus e Filipe.

Ao amigo Filipe, ainda, pela inestimável ajuda para com este trabalho, em sua fase final, já em vésperas de seu nascedouro, ao fotografar páginas e mais páginas da derradeira bibliografia, diante de viagem que me impossibilitou de estar presente fisicamente na Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRGS.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Bruno Miragem, pela liberdade com que me permitiu esquadrihar o tema por mim escolhido, bem como por sua disponibilidade e pelos valiosos apontamentos.

A todos os demais que foram importantes para a consecução destas páginas, mas que, por algum lapso inexplicável da memória, se me olvidaram neste momento.

“Reflete sobre isto, filho. Todos os homens
comungam do erro.
Uma vez cometido, esse não pode ser
considerado
tolo ou desdito, que, afundado em culpa,
repara o mal e não se obstina.
A arrogância atrai a loucura.”

(Sófocles, *Antígona*, p. 71)

RESUMO

Este trabalho tem por objeto a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos inconstitucionais. O objetivo consiste em elaborar uma sistematização da matéria, recorrendo-se à doutrina e à jurisprudência, a evidenciar, assim, a necessidade do reconhecimento da responsabilidade do Estado Legislador ao editar lei inconstitucional como meio para ampliação da proteção à esfera jurídica do cidadão lesado. Inicialmente, demonstra-se a evolução por que passou o instituto, da total irresponsabilidade do Estado à objetivação desta, progresso agasalhado pela Constituição brasileira de 1988. Assentada a viabilidade em se admitir a responsabilidade estatal em virtude de lei inconstitucional, o estudo analisa os requisitos dessa responsabilidade, buscando dirimir alguns questionamentos relacionados ao tema, tais como se há necessidade de declaração da inconstitucionalidade da lei para que incida a responsabilidade estatal e qual é o sentido e o alcance do dano indenizável, bem como se o fato de o lesado concorrer para o dano ou para seu agravamento poderia mitigar a responsabilidade do Estado. O trabalho ainda tem por escopo abordar a modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei como limite à responsabilidade civil do Estado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Atos legislativos inconstitucionais. Evolução. Requisitos. Modulação dos efeitos da decisão. Limite.

ABSTRACT

The object of this final paper is the state liability for unconstitutional legislative acts. Its aim consists in providing a systematization of the theme, by using doctrine and precedents, and thereby to evidence the need for recognition of legislative state liability when the state issues an unconstitutional law as a mean to enlarge the protection of the judicial sphere of the aggrieved party. This paper initially shows the evolution of the institute, from the moment the state did not have liability until its objectification – a progress sheltered by the Brazilian Constitution of 1988. Having the viability of the state liability for unconstitutional legislative acts, the study analyzes the requisites of this liability, seeking to answer some questions about the theme, for example, if there is a need of declaration of unconstitutionality of the law in order to focus on the state liability and what the meaning and the range of the indemnified damage are, as well as whether the fact of the aggrieved party contributes to the damage or its aggravation might mitigate the state liability. The work also aims to address the issue of the modulation of the effects of the decision that declares the unconstitutionality of law as a limit to the state liability.

Keywords: State liability. Unconstitutional legislative acts. Evolution. Requisites. Modulation of the effects of the decision. Limit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS.....	14
1.1. O ESTADO LEGISLADOR.....	14
1.1.1. A função legislativa e o agente legislativo.....	14
1.1.2. O conceito de lei.....	19
1.2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO LEGISLADOR.....	24
1.2.1. A irresponsabilidade do Estado.....	24
1.2.2. O Estado Legislador responsável.....	26
1.2.2.1. Evolução da responsabilidade do Estado.....	27
1.2.2.2. A Constituição Federal de 1988 e a responsabilidade civil do Estado Legislador.....	29
2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS INCONSTITUCIONAIS.....	33
2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	33
2.2. A LEI INCONSTITUCIONAL.....	36
2.3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	40
2.4. REQUISITOS PARA A ADMISSÃO DO DEVER DE INDENIZAR ESTATAL NA HIPÓTESE DE LEI INCONSTITUCIONAL.....	49
2.4.1. Conduta antijurídica.....	53

2.4.2. Dispensabilidade de prévia declaração de inconstitucionalidade da lei para fins de responsabilização do Estado pela edição de ato legislativo.....	55
2.4.3. Dano indenizável.....	60
2.4.3.1. A questão da lei formal ou organicamente inconstitucional.....	60
2.4.3.2. A questão da execução da lei inconstitucional.....	64
2.4.4. Fato do lesado.....	66
2.5. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE COMO LIMITE À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	79
REFERÊNCIAS.....	87

INTRODUÇÃO

Matéria sensível em se tratando de responsabilidade civil do Estado constitui a atuação inconstitucional da função típica legiferante. Doutrina há que propugna pela irresponsabilidade estatal quando diante de atos legislativos inconstitucionais. Ou, por sua vez, ainda se encontra posicionamento no sentido da impossibilidade de se falar em responsabilidade do Estado Legislador, porquanto a obrigação de indenizar restaria aferida tão somente na seara administrativa.

Este trabalho tem por escopo principal elaborar uma sistematização da matéria, recorrendo-se à doutrina e à jurisprudência, a demonstrar, conseqüentemente, não só a viabilidade em se admitir a responsabilidade civil do Estado em virtude de lei inconstitucional, como também sua necessidade para uma ampliação da proteção da esfera jurídica do cidadão lesado. Reconhecer tal possibilidade erige-se fulcral para a satisfação de direitos fundamentais, tais como o acesso ao Judiciário e a busca de uma efetiva tutela dos direitos, insculpidos no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

Costumam-se dividir as hipóteses de responsabilidade civil do Estado Legislador em três categorias, tendo em vista a função que os diferentes atos legislativos exercem. Distinguem-se atos legislativos inconstitucionais, constitucionais e atos decorrentes de omissão legislativa inconstitucional.

O estudo em tela cuida dos atos legislativos inconstitucionais, também denominados *leis inconstitucionais*. Excluem-se do objeto da pesquisa, portanto, os atos constitucionais e as omissões legislativas inconstitucionais, já que, por complexos que se apresentam, demandam espaço de observação específico, o que extrapolaria os limites do presente trabalho.

A responsabilidade aqui tratada é a patrimonial, do tipo extracontratual. Conforme define Marçal Justen Filho, a responsabilidade civil do Estado afigura-se no “dever de indenizar, por via do pagamento de quantia certa em dinheiro, as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado”.¹ Especificamente no que diz com o tema abordado neste trabalho, a responsabilidade estatal

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 226-248, p. 227.

consiste na recomposição dos prejuízos causados pelo desempenho inconstitucional do legislador à esfera jurídica do cidadão lesado.

Nessa senda, esta investigação ganha relevo ao proceder a uma esquematização da matéria, trazendo a lume a doutrina e a jurisprudência tradicionais, atualizando-as quando cabível. Para galgar tal fim, divide-se a estrutura do trabalho em dois capítulos. O primeiro adquire dimensões gerais. Constrói-se em duas partes. A primeira busca elucidar os conceitos introdutórios ao tema, como, por exemplo, a função legislativa, o agente legislativo e o conceito de lei a ser utilizado. A segunda parte aspira a demonstrar a evolução da responsabilidade civil do Estado, tendo-se sempre no horizonte a função legislativa típica. Mostra-se, de modo cronológico, como o fluxo das ideias transmutou-se da total irresponsabilidade do Estado à objetivação da responsabilidade, em virtude do advento da teoria do risco administrativo. Ainda, empreendem-se esforços para assentar a legitimidade em se estabelecer obrigação de indenizar ao Estado Legislador, em vistas do amparo estatuído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 à matéria.

No capítulo segundo, o tema torna-se específico. À guisa de considerações preliminares, intenta-se firmar a plausibilidade da responsabilidade do Estado decorrente do Poder Legislativo quando no exercício de sua função típica, a refutar, portanto, o posicionamento segundo o qual não se poderia falar em responsabilidade do Estado Legislador.

Uma vez admitida a consistência do argumento que admite a responsabilidade civil do Estado no momento do exercício de sua função legislativa, tecem-se comentários acerca do objeto ensejador do dever indenizatório, qual seja, a lei inconstitucional. Seria ela inexistente, nula ou anulável? Qual seria a posição adotada pela doutrina brasileira? E pelo Supremo Tribunal Federal?

Ato contínuo, lançam-se breves olhares sobre o controle de constitucionalidade adotado no Brasil, porquanto ser através dele que a lei, até então vigente e presumidamente constitucional, passará a ser considerada inconstitucional e, por consequência, apta a gerar dano injusto, indenizável em face do Estado. Nesse tópico, fundamental também se analisarem os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei, assim pronunciada em ação direta de inconstitucionalidade. Esses efeitos importarão para ulterior ponderação em torno da limitação da responsabilidade estatal em razão da modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei.

Vencidos esses aspectos “iniciais”, adentra-se no âmago da questão. Desbravam-se os requisitos ensejadores do dever de indenizar estatal em virtude de lei inconstitucional. Antes, porém, definem-se os pressupostos da responsabilidade civil do Estado, sem os quais não há falar em obrigação indenizatória.

Desses pressupostos exsurtem quatro questionamentos que permeiam o estudo da responsabilidade civil do Estado por lei inconstitucional. (i) O dever indenizatório estatal basta-se na configuração de um fato ilícito ou, antes, incidirá em uma conduta antijurídica? (ii) Há necessidade de declaração da inconstitucionalidade da lei para que surja a responsabilidade estatal? Ou existem casos em que esta poderá ser dispensada e, mesmo assim, restará configurada a obrigação de indenizar do Estado? (iii) Qual o sentido e o alcance do dano indenizável? Nesse ponto, investiga-se se a lei formal ou organicamente inconstitucional e a execução de lei inconstitucional podem provocar dano indenizável. E (iv) indaga-se acerca do fato do lesado, isto é, se o fato de o lesado ter concorrido para o dano eximiria o Estado do dever de indenizar ou poderia ser considerado como causa mitigadora da responsabilidade estatal.

Por último, luzes são lançadas em direção a um tema ainda não muito explorado pela doutrina brasileira em matéria de responsabilidade civil do Estado por lei inconstitucional. Trata-se da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade enquanto agente limitador da responsabilidade civil do Estado. Os efeitos da decisão poderiam, de fato, afetar a responsabilidade estatal? Em que medida?

A partir do estudo do controle de constitucionalidade, vislumbram-se três efeitos possíveis da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de uma lei: *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*. Os efeitos *ex tunc* atuam, em princípio, de maneira diversa sobre a responsabilidade imputada ao Estado quando em comparação aos efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*. Por essa razão, buscam-se construir elementos que apontem para uma mitigação da responsabilidade do Estado em virtude dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade da lei.

Há de se salientar, entretanto, que a observação realizada em relação à limitação da responsabilidade por efeito da declaração de inconstitucionalidade não tem pretensões de exaurir a problemática. Ofício tal exigiria um trabalho específico sobre o tema. Como já exposto acima, a aspiração é tão somente “lançar luzes” sobre o assunto, sem o fito de se erigir

conclusões firmes e aprofundadas, o que renderia, por certo, nova investigação científica, desbordando nitidamente dos objetivos deste trabalho.

Posto isso, convida-se o leitor a uma incursão no admirável mundo da responsabilidade civil do Estado, entrincheirada entre os atos legislativos inconstitucionais e o direito de indenização do cidadão lesado.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS

1.1. O ESTADO LEGISLADOR

1.1.1. A função legislativa e o agente legislativo

A fim de que melhor se entenda o instituto da responsabilidade civil do Estado Legislador, é mister estudar, por mais que em lacônicas linhas, a função legislativa, bem assim o modo como esta se dispõe na Constituição Federal de 1988. Também não se poderão omitir considerações acerca do conceito de lei, haja vista ser esta o objeto primeiro ensejador da responsabilização estatal em virtude de lei inconstitucional, matéria a que este trabalho se dedica.

Por questão metodológica, *ab initio* convém debruçar-se sobre a função legislativa.

Conforme destaca Rafael Calil Tannus, a imputação ao Estado de ter de suportar os danos causados a seus administrados tanto administrativa como judicial e legislativamente advém de três grandes circunstâncias: consagração do Estado de Direito, consolidação do princípio da legalidade e reconhecimento da personalidade jurídica estatal.² Tais características, grosso modo, dão azo à concretização da teoria objetiva da responsabilidade, hoje consagrada no artigo 37, § 6º, CF/88.

Nada obstante, antes de adentrar o universo específico da possibilidade de responsabilização do Estado, tema que será tratado com maior vagar a partir da metade deste capítulo em diante, cabe, no momento, focar-se sobre a função legislativa, tendo em vista a estrutura levada a cabo pela Constituição de 1988.

Seguindo os cânones do princípio da separação de poderes desenvolvidos, mormente, por Locke, Rousseau e Montesquieu, três dos grandes pensadores iluministas, a Constituição

² TANNUS, Rafael Calil. Responsabilidade do Estado por leis inconstitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Revista dos Tribunais, vol. 65/2008, pp. 245-273, out./dez. 2008, p. 1. Acessado digitalmente por meio da plataforma Thomson Reuters.

da República Federativa do Brasil de 1988, coadunando-se com a maioria das Constituições ocidentais contemporâneas, consagra em seu artigo 2º a tripartição do poder estatal. Prescreve como Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Cabe lembrar que tais Poderes são independentes e harmônicos entre si, a significar a adoção do método de *freios e contrapesos* (*checks and balances* no direito de *common law*), segundo o qual, em que pese cada Poder detenha autonomia funcional, poderá vir a sofrer limitação por outro. Esse mecanismo se justifica à medida que as limitações sofridas por cada Poder no exercício de suas atribuições garantem que nenhum ente estatal agirá arbitrariamente ou abusará do poder que se lhe foi conferido.

Sob essa perspectiva, Hely Lopes Meirelles refere-se à função *precípua* de cada Poder de Estado, porque não existe, de fato, separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas "distribuição das três funções estatais precípua entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível".³ Desse modo, não só se configura possível, como é normal a prática por um dos Poderes de atos atinentes à função típica de outro.

Nessa esteira, e ainda se alicerçando nas lições de Hely Lopes Meirelles, pertence ao Judiciário a função *precípua* judicial, consistente na aplicação coativa da lei aos litigantes, dirimindo os conflitos de interesse provenientes da práxis social. Ao Executivo corresponde a função administrativa, por meio da qual a lei é convertida em ato individual e concreto. E, por fim, ao que mais de perto diz com o presente trabalho, é atribuída a função legislativa ao Legislativo, dotada de caráter normativa, uma vez que tem por objetivo a elaboração de leis.⁴

Incumbe, pois, à função legislativa a edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, ao que se denomina *lei*.⁵ É a lei o fim último do processo legislativo. Em outros termos, tem o Poder Legislativo a elaboração de leis como função típica. E esta função primordial constitui-se naquela a que este estudo se interessa.

Entretanto, como é assente, sabe-se que este Poder no exercício de suas atribuições exerce também funções atípicas, necessárias para levar a efeito atividades administrativas e,

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 62-63.

⁴ *Ibidem*, p. 62.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 110.

por vezes, até mesmo judiciais. Assim o é quando, por intermédio de ato administrativo, concede férias a seus agentes ou no caso de proceder ao processamento e julgamento do Presidente da República em crimes de responsabilidade (art. 52, I, CF/88). Nesta hipótese, que poderá levar ao *impeachment* do Presidente, haverá atividade jurisdicional - além do caráter político intrínseco a esse julgamento - de competência privativa do Senado Federal.

De igual modo, há de se reconhecer que não apenas o Legislativo tem competência para editar normas gerais e abstratas. A Constituição atribui ao Executivo, em caso de relevância e urgência, a faculdade de adotar medidas provisórias, nos termos do artigo 62. Igualmente, compete ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos (art. 84, IV), bem como elaborar leis delegadas (art. 68). Tampouco se olvide de que, no âmbito do Judiciário, para se ater a apenas um exemplo de atividade legislativa exercida atipicamente, também os Tribunais detêm competência para a elaboração de seus regimentos internos.

Especificamente respeitante ao exercício legiferante pelo Executivo, ressalte-se que as normas por ele editadas, a despeito de possuírem caráter geral e abstrato, não se tratam de leis. Isso porque não provêm do órgão constitucionalmente competente para a criação de leis. Esse, inclusive, é o entendimento de Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas, que assim preleciona:

Estes atos, porém, somente se caracterizarão como legislativos quando provierem do Parlamento, órgão ao qual se atribui precipuamente a função de legislar, ou seja, de produção das normas jurídicas, gerais e abstratas, segundo um procedimento constitucional, que por excelência são as leis formais ou leis em tese.⁶

Destarte, há edição de normas pelos demais Poderes da União. Normas gerais e abstratas, mas não elaboradas pelo Parlamento, e, exatamente devido a este particular, não podem ser consideradas leis.

Sobre o assunto, inconteste o fato de que ao longo da história o Poder Executivo tem ganhado atribuições que até então pertenciam exclusivamente ao Poder Legislativo. Para Rafael Calil Tannus, esse avultamento, contudo, não pode hipertrofiar a função precípua do Parlamento, sob pena de afronta ao Estado de Direito. Diz o autor que "esse entendimento

⁶ FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos*. Franca: UNESP-FHDSS, 2001, p. 62.

advém diretamente do art. 2º da Carta Magna, que consagra a independência e a harmonia entre os Poderes".⁷

Do acima dito, impende, desde logo, delimitar o objeto deste trabalho. Para o escopo de responsabilidade civil do Estado por lei inconstitucional, entende-se por *lei* a norma (i) geral e abstrata, (ii) que inova o ordenamento jurídico e (iii) que provém do Parlamento. Por extensão, exclui-se o estudo das demais normas que são editadas pelos demais Poderes do Estado (Judiciário e Executivo), ainda que sob elas jazem os requisitos da generalidade e abstração e, até mesmo, da criação do direito. Isso se dá porque só goza do *status* de lei a norma que, ademais dessas características, for elaborada pelo Poder cuja função precípua, constitucionalmente estabelecida, seja justamente esta, qual seja, a de ter por fim último de seu exercício a edição de normas gerais e abstratas, criadoras do direito. E a essa função legiferante primordial a Constituição delega ao Poder Legislativo.

Assentadas as bases da função legislativa, interessa ainda abordar a noção de agente legislativo, por se tratar de aspecto umbilicalmente conectado à noção de responsabilidade civil do Estado Legislador.

Como se sabe, o Estado prescinde de atributo físico, arvorando-se como pessoa jurídica de direito público. Devido a ser um ente abstrato, manifesta sua vontade por intermédio de órgãos, vocacionados para o desempenho das respectivas funções.⁸ Essas funções, contudo, têm de ser executadas por pessoas físicas dotadas de competência para representar os interesses estatais. A elas se lhes nomeiam agentes públicos.

Consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta".⁹ Ainda, de acordo com a autora, para a Constituição de 1988, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 18/98, quatro são as categorias de agentes públicos: a) agentes políticos; b) servidores públicos; c) militares; e d) particulares em colaboração com o Poder Público.¹⁰

A função legislativa é exercida por agentes públicos (gênero), especificamente por agentes políticos (espécie). Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua agentes políticos como

⁷ TANNUS, op. cit., p. 5.

⁸ FREITAS, op. cit., p. 65.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 596.

¹⁰ *Ibidem*, p. 596.

"os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder".¹¹ Por conseguinte, caracterizam-se por serem os "formadores da vontade superior do Estado".¹² Daí que o rol se restringe ao Presidente da República, aos Governadores, Prefeitos e vices, aos Ministros e Secretários do Executivo, assim como aos Senadores, Deputados federais e estaduais e Vereadores.¹³

Como ressalta o administrativista paulista, o vínculo que tais agentes possuem com o Estado é de natureza política, e não profissional. Quer dizer, o fator de ligação entre o ente público e eles reside na qualidade que detêm de serem cidadãos; ao Estado não interessa suas aptidões técnicas profissionais. Exercem, pois, um *munus* público. Daí decorre que a relação jurídica existente entre agente político e Estado é de natureza institucional, estatutária, uma vez que provém da Constituição e das leis, não de um contrato celebrado com o Poder Público.¹⁴

Por conseguinte, no direito pátrio, são agentes políticos aqueles que exercem mandato e atividades de governo. A forma de investidura é a eleição, salvo no caso de Ministros e Secretários, que se faz mediante nomeação.¹⁵

No âmbito do Poder Legislativo, qualquer do povo a que se intitula genericamente *político* é eleito pelo voto direto dos cidadãos, submetendo-se a regime jurídico próprio, sujeito a uma série de privilégios que advêm da imunidade parlamentar prevista no artigo 53 da Constituição. Uma vez eleito, adquire *status* de agente público, espécie agente político, porquanto está encarregado de elaborar normas gerais e abstratas em prol do bem comum. Presta, assim, ao Estado e à sociedade serviço de editar leis que visem ao interesse coletivo.

Nesse diapasão, diz-se agente legislativo o agente político a que se lhe concede mandato político representativo, elemento basilar da democracia representativa.

Criação do Estado liberal burguês, o mandato representativo não estabelece uma relação contratual. Quer com isso se afirmar que o representante não se encontra estritamente vinculado ao representado. O representante estará vinculado à vontade geral, isto é, à vontade da Nação,

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 257.

¹² *Ibidem*, pp. 257-258.

¹³ *Ibidem*, p. 258.

¹⁴ *Ibidem*, p. 258.

¹⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 598.

adstrito a buscar o bem comum de toda a sociedade, e não somente dos cidadãos que o elegeram. Suas ações devem estar focalizadas para todas as pessoas do território nacional. É ele representante político do Estado em sua totalidade, e não apenas da parte que diz respeito a seu eleitorado.

É nesse sentido que José Afonso da Silva afirma ser o mandato representativo *geral, livre e irrevogável*.¹⁶ Geral porque o eleito por uma determinada circunscrição ou distrito representa todas as pessoas que habitam o território nacional. Livre pois o representante não se encontra vinculado a seus eleitores, "de quem não recebe instrução alguma, e se receber não tem obrigação jurídica de atender, e a quem (...) não tem que prestar contas, juridicamente falando, ainda que politicamente o faça".¹⁷ Ressalta o constitucionalista que, em razão do mandato descender de poderes pela Constituição estabelecidos, o representante tem autonomia de vontade, o que o garante liberdade de consciência. E, por fim, irrevogável porque o eleito tem o direito de manter seu mandato durante o tempo previsto para sua duração, salvo hipóteses expressamente prescritas na Constituição.

Uma vez em poder de mandato representativo, o eleito torna-se agente público, passando a fazer parte do agir estatal, por meio de suas deliberações no Parlamento. Com isso, quando exercendo sua função estatal típica de elaborar normas gerais e abstratas, o parlamentar, agente político legislativo, expressa a vontade estatal.¹⁸ Do desempenho de suas funções pode decorrer dano injusto ao patrimônio de um particular em virtude de lei inconstitucional, de modo que incida o instituto da responsabilidade civil do Estado.

1.1.2. O conceito de lei

A responsabilidade do Estado Legislador demanda a compreensão do conceito de lei. Não apenas importa por este trabalho se prestar ao estudo dos prejuízos causados no patrimônio dos administrados em face de lei inconstitucional, mas também porque ainda há certa resistência na doutrina e na jurisprudência em aceitar a necessidade de o Estado vir a ressarcir particulares

¹⁶ SILVA, op. cit., p. 141.

¹⁷ Ibidem, p. 141.

¹⁸ TANNUS, op. cit., p. 8.

quando do exercício atentatório à Constituição por parte de seus agentes políticos no momento da elaboração das leis.

Precisar o conceito de lei não se lança à tarefa fácil. Muitos são os sentidos em que o termo pode ser empregado. Rubens Limongi França aponta para a possibilidade desde um ponto de vista *interno* e outro *externo*. Aquele visa a perquirir as origens da lei, os primeiros fundamentos de sua obrigatoriedade, sendo matéria de maior interesse para a filosofia do direito e para a teoria geral do Estado.¹⁹

Por outro lado, desde uma perspectiva externa, buscam-se descobrir os elementos essenciais do conceito de lei. Como expressão do direito positivo, existem características uníssonas que permeiam a lei, a despeito de seu entendimento ter variado ao longo da História e das diferentes posições filosóficas que a conceituaram.²⁰ Destarte, mesmo que o entendimento acerca da lei tenha ganhado nuances diversas de acordo com o período histórico, impera definir-se um conceito atual, que venha a condensar a evolução por que passara.

Nesse sentido, Rubens Limongi França conceitua lei como "um preceito jurídico escrito, emanado do poder estatal competente, com caráter de generalidade e obrigatoriedade".²¹

Ao decompor a formulação supra, o autor a desmembra em sete partes. A um, lei é um *preceito*, isto é, um mandamento, uma norma de ação humana, o que a difere das "leis" físicas. A dois, goza de *natureza jurídica*, relacionada à justiça, não se confundindo com "lei" moral, cuja área de incidência, mais ampla, refere-se a todas as virtudes humanas na ordem natural. A três, é *expressão escrita*, pois torna-se obrigatória somente a partir de sua publicação. Norma jurídica positiva não escrita é costume, e não lei. A quatro, reveste-se de generalidade e de obrigatoriedade, haja vista ser mediante sanção coercitiva que o Estado faz valer os direitos subjetivos garantidos pela norma. Ainda, para que uma norma se revista do caráter de lei, precisa ela ser emanada do poder estatal competente; ou seja, deve ser elaborada pelo poder estatal com competência legiferante.²²

Recorrendo à História, percebe-se que, na Antiguidade, a lei era compreendida a partir de um ponto de vista material, a refletir atributos de justiça. Na Idade Média, o pensamento

¹⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 12. ed. Atualização: Antonio de S. Limongi França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 58.

²⁰ *Ibidem*, pp. 60-61.

²¹ *Ibidem*, p. 61.

²² *Ibidem*, pp. 61-64.

tomista atrelava-a ao cumprimento do bem comum e da justiça. Em ambas cosmovisões, a lei aludia ao justo, não inovando a ordem jurídica e, por conseguinte, não criando direito.²³

Tal concepção trasmuda-se com o alvorecer do Estado moderno. Passa este a ter o monopólio da violência física, e a lei alça-se a uma manifestação de poder.²⁴ É por meio dela que o soberano, no Estado absolutista, garante a obediência a seus comandos.

Pouco mais tarde, a filosofia iluminista, sustentáculo teórico das revoluções burguesas dos oitocentos, deu um passo importante para dissociar da lei seu aspecto material. Sedenta de segurança jurídica que assegurasse o sucesso das trocas comerciais, a incipiente sociedade burguesa necessitava elevar a valor supremo a autonomia da vontade. Isso se daria a partir de um conceito de lei formal, em que apregoasse a um só tempo igualdade e liberdade.

Como assevera Fábio Konder Comparato, o constitucionalismo moderno desenvolveu o atributo da generalidade como elemento justificador da igualdade. Citando Carl Schmitt, o autor demonstra que a igualdade perante a lei era considerada como imanente ao Estado de Direito. Daí a conclusão de que "[l]ei para um só caso, ou um só indivíduo, não é lei: é privilégio".²⁵

Em consonância com a igualdade de tratamento, à lei delega-se a defesa da liberdade. De tal sorte que a ela se incumbe a proteção da propriedade e dos demais direitos individuais. Nesse momento, erige-se à guardiã da liberdade do indivíduo. E é através dela que a liberdade pode expressar-se.

Diante desse contexto, compreendia-se a lei como imutável, geral e abstrata. Geral e abstrata porque as leis deveriam ater-se apenas a princípios fundamentais, de modo que abarcassem a vontade geral. Imutável porquanto a norma jurídica positiva consolidava direitos naturais, inalienáveis e inextinguíveis, descobertos pelo legislador como expressão da Razão humana. Portanto, não estava nas intenções dos revolucionários do século XVIII a supremacia

²³ CLÉVE, Clémerson Merlin. A lei no Estado contemporâneo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Revista dos Tribunais, vol. 21/1997, pp. 124-138, out./dez. 1997, p. 1. Também disponível em: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 4, pp. 145-166, maio/2011. Acessado digitalmente por meio da plataforma Thomson Reuters.

²⁴ *Ibidem*, p. 1.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Precisoões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*, vol. 750/1998, pp. 11-19, abr. 1998, p. 6. Também disponível em: *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, vol. 2, pp. 453-466, ago. 2011. Acessado digitalmente por meio da plataforma Thomson Reuters.

incontrastada da vontade do legislador.²⁶ Queriam, na realidade, a consagração da supremacia da lei, ou seja, a "supremacia da Razão sobre o arbítrio dos governantes".²⁷ Viam ali o instrumento idôneo a tutelar o interesse comum.

No Direito Constitucional clássico, conforme aduz Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a supremacia do Poder Legislativo é inerente à "separação de poderes".²⁸ Nesse sistema, cabe ao Legislativo a elaboração da lei. Isso se explica porque é ele o órgão estatal de caráter representativo, responsável, portanto, por expressar a vontade nacional, que nada mais é do que os imperativos da Razão.²⁹

A lei adquire, sob essa perspectiva, uma definição estritamente formal. Passa a ser somente forma. O ato proveniente do Poder Legislativo, elaborado a partir do procedimento estabelecido na Constituição. Desvincula-se dos ideais de justiça substancial para arrimar-se ao rigor do procedimento de sua edição.

No entanto, acontecimentos históricos veem para abalar, ao menos parcialmente, essa concepção. A partir da primeira metade do século XX, embebido no ideário do *Welfare State*, o intervencionismo deslocou o foco da ação do Legislativo da política para a economia. A nova necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico e social veio a ocasionar, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a paralisia dos Parlamentos, o que levou à paulatina abdicação de sua hegemonia e preeminência.³⁰

Tal conjuntura fez com que ecoasse nos regimes pluralistas contemporâneos a expressão de uma *vontade política*, e não mais da ideia rousseauiana de vontade geral. Lei como *vontade política* significa dizer que é ela expressão de uma vontade da maioria, fruto de uma determinada concepção de governo, que se sagrou vitoriosa nas urnas e que, transcorrido o período do mandato eleitoral, estará novamente passível de mudança. Deixa de ser uma limitação ao poder para transformar-se no instrumento desse poder, no instrumento de poder de quem está no governo.³¹

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 55.

²⁷ *Ibidem*, p. 81.

²⁸ *Ibidem*, p. 117.

²⁹ *Ibidem*, p. 70.

³⁰ *Ibidem*, p. 123.

³¹ *Ibidem*, p. 79.

Ademais, as exigências hodiernas decorrentes de um mundo tecnológico e especializado demandam processos deliberativos pelo Estado cada vez mais céleres. Acrescentem-se a isso as reivindicações dos setores socialistas da sociedade no sentido de intervenção do Estado na economia e no meio social. Todos esses fatores levam o Legislativo gradativamente a delegar seu poder de legislar em favor do Executivo.³² Assim, no Estado contemporâneo, o Executivo é alçado à supremacia.

Nesse cenário, a lei nasce para resolver situações particulares e efêmeras. O número de leis prolifera-se vertiginosamente, a importância de assuntos por elas tratados apequena-se, seu objeto torna-se insignificante, podendo inclusive servir a particularismos de interesses. Ocorre, por conseguinte, a desvalorização das leis.³³

Como pontua Clémerson Merlin Cléve, no Estado contemporâneo, a ideia de lei, mesmo que independa de conteúdo, vincula-se a determinado regime jurídico.³⁴ Construção de seu tempo, por suposto que a Constituição brasileira de 1988 congregou em si a definição de lei a partir de seu regime jurídico e de sua forma. Assim, "lei é todo ato normativo revestido de forma de lei",³⁵ sendo suas espécies previstas no artigo 59 da *Lex Fundamentalis*. Cabe lembrar que o rol ali apresentado afigura-se *numerus clausus*, tendo em vista vigorar o princípio da tipicidade dos atos legislativos no sistema constitucional pátrio.³⁶

O sistema constitucional brasileiro adotou o critério formal no que diz respeito à lei; contudo, não poderá ela estar livre para veicular qualquer conteúdo. Embora a sua substância não a defina, seu conteúdo deverá sempre ser autorizado pela Constituição.³⁷ É dizer, o conteúdo que poderá disciplinar se limitará aos preceitos e princípios constitucionais. Daí Clémerson Merlin Cléve concluir que, no ordenamento pátrio, a lei injusta configura-se potencialmente inconstitucional.³⁸

Como se mostrou, a Constituição de 1988 plasmou em seu artigo 59 o princípio da tipicidade dos atos legislativos, a consagrar, com isso, a adoção do critério formal para definição da lei, além de o vincular ao regime jurídico. Ainda, admitiu a função legislativa para além do

³² Para outros fatores, cf. FERREIRA FILHO, op. cit., pp. 124-127.

³³ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 129.

³⁴ CLÉVE, op. cit., p. 4.

³⁵ Ibidem, p. 6.

³⁶ Ibidem, p. 6.

³⁷ Ibidem, p. 5.

³⁸ Ibidem, p. 5.

Legislativo, concedendo ao Executivo poder de legislar a partir das medidas provisórias e das leis delegadas, além de seu já tradicional poder regulamentar.

Há de se elucidar, nada obstante, que o presente trabalho se atém à função legislativa típica, isto é, àquela que é exercida pelo Poder estatal cuja competência precípua seja legislar. A função precípua de elaboração de leis cabe, no sistema constitucional brasileira, ao Poder Legislativo, encarregado de editar normas gerais, abstratas e, em regra, permanentes. Tais normas recebem, para fins deste estudo, o nome de *leis*, por serem provenientes do órgão estatal competente para exercer predominante e principalmente a função legiferante.

É certo que atos legislativos advindos dos outros Poderes do Estado, mormente do Executivo, em virtude da adoção cada vez maior de medidas provisórias, podem ensejar a responsabilização civil do Estado em decorrência de atos ilegais e, até mesmo, inconstitucionais. Porém, devido à complexidade da temática, exigem pesquisa própria, aprofundada o bastante para dirimir as perquirições que dali proviriam, situação que, por óbvio, este estudo não tem condições de abarcar.

Por todo o exposto, delimita-se o conceito de lei, para o escopo aqui proposto, como sendo o *ato geral e abstrato, oriundo do Legislativo, elaborado a partir do procedimento constitucionalmente previsto e inovador da ordem jurídica*. Destarte, a responsabilidade do Estado por lei inconstitucional a ser analisada refere-se à lei em sentido formal; é dizer, alude ao ato normativo proveniente do Poder cuja função legislativa se afigura como função típica.

1.2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO LEGISLADOR

1.2.1. A irresponsabilidade do Estado

Por considerável período, foi incogitável imputar ao Estado obrigação de ressarcir dano causado a particular. Como exemplo, a Antiguidade, a despeito de não partilhar a concepção moderna de Estado, estava calcada em regimes teocráticos, em que o chefe político era tido

como personificação divina, e, por isso, jamais erraria. Em um tal contexto, reinava a desobrigação ressarcitória.

Já no Estado moderno, surge a teoria da irresponsabilidade do Estado, também conhecido por *feudal*, *regalista* ou *regaliana*. Prevaleceu sobremaneira na época do Estado absoluto, em que predominava o princípio incontestável de que o rei não erra (*the king can do no wrong*), o Estado sou eu (*l'État c'est moi*) ou “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*).³⁹

Conforme assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o Estado absoluto dispõe de autoridade incontestável em relação ao súdito. Exerce a tutela do direito em prol dele e, portanto, contra ele não poderia agir.⁴⁰

Outrossim, nessa época, em que as bases do Estado-nação se estavam assentando, primava a ideia de soberania. O Estado é soberano. E, devido a isso, é infalível. Se o ente estatal é a um só tempo soberano e infalível, é cristalino que jamais poderia causar prejuízos aos cidadãos, até porque exerce o poder absoluto em proveito de seus súditos.

Por conseguinte, pode-se assinalar que a teoria da irresponsabilidade do poder público é um corolário da soberania⁴¹ e da ideia de infalibilidade do Estado. Apresenta três características básicas, sintetizadas por José Cretella Júnior, de acordo com os ensinamentos de Guimarães Menegale, nos seguintes termos: (i) o Estado não tem vontade própria, porquanto é pessoa jurídica ou ficção legal; (ii) por agir por intermédio de seus funcionários, o Estado não pratica atos ilícitos – quem os pratica são seus funcionários, devendo estes responder em caso de dano; e (iii) os funcionários agem de acordo com a lei, sendo-lhes vedado agir contra ela, porém, se o fazem, estão agindo fora de suas atribuições como funcionários, não podendo o Estado ser responsabilizado.⁴²

A crítica à teoria da irresponsabilidade pode ser compilada igualmente em três aspectos: (i) a teoria da ficção legal resta superada, a não justificar a irresponsabilidade estatal; (ii) o

³⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 61.

⁴⁰ DI PIETRO, op. cit., p. 717.

⁴¹ RIVERO. *Droit administratif*. 8. ed., 1977, p. 264 *apud* CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 63.

⁴² MENEGALE, Guimarães. *Direito administrativo*. 3. ed., 1957, pp. 501-2 *apud* CRETELLA JÚNIOR, op. cit., pp. 64-65.

Estado é dotado de capacidade, aplicando-se-lhe a culpa *in eligendo* e *in vigilando*; e (iii) o Estado, ente dotado de personalidade, é sujeito de direitos e obrigações.⁴³

Acrescenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, em razão de ser manifestamente injusta, essa teoria começou logo a ser combatida, pois, “se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações”.⁴⁴

Todavia, ressalta Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas que, apesar de atualmente já se vislumbrar um repúdio cada vez mais veemente, ainda há vozes que defendem a irresponsabilidade do Estado. Cita, entre outros, Themístocles Brandão Cavalcanti, que sustenta a impossibilidade de imputar ao Estado ressarcimento em virtude de atos legislativos, cabendo ao legislador determinar os danos passíveis de indenização, bem como fixar as normas de equilíbrio econômico.⁴⁵

Em que pese ainda haja tais brados na doutrina em defesa da irresponsabilidade, é pacífica hodiernamente a aceitação de responsabilidade do Estado por atos legislativos causadores de danos ao patrimônio do cidadão. Como advertia Amaro Cavalcanti já em meados do século passado, a teoria da irresponsabilidade estatal, “*incondicional, absoluta*, pelos atos dos seus representantes, embora lesivos dos direitos de outrem, não pode ser a regra do Estado, notadamente do Estado moderno”.⁴⁶ Isso porquanto foge da ideia de justiça e de ser o Estado pessoa de direito por excelência, além de pesar contra ela o argumento segundo o qual até mesmo seus partidários admitiam a existência de casos diferentes sobre os quais incidiria a responsabilidade estatal.⁴⁷

1.2.2. O Estado Legislador responsável

⁴³ MENEGALE, Guimarães. *Direito administrativo*. 3. ed., 1957, p. 502 *apud* CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 65.

⁴⁴ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 717.

⁴⁵ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944, v. 6, p. 413-414, nota 61, *apud* FREITAS, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁶ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Atualizador: José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, tomo I, p. 163.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 163.

1.2.2.1. Evolução da responsabilidade do Estado

A irresponsabilidade do Estado foi gradativamente superada a partir do século XIX, quando floresceram teses baseadas nas teorias civilistas da culpa, norteadas pela concepção de responsabilidade subjetiva. Estribadas nos princípios do Direito Civil, diferenciavam atos de império e atos de gestão.⁴⁸ Os primeiros, vinculados à soberania, seriam aqueles impostos unilateral e coercitivamente ao cidadão. Estavam isentos, portanto, de qualquer responsabilidade. De outro lado, o Estado, ao praticar atos de gestão, estaria atuando em situação de igualdade com os particulares, pois a relação dali decorrente se equipararia àquela mantida entre patrões com seus prepostos ou empregos. Neste caso, incidiria a responsabilização do Estado, contanto que comprovada culpa do agente.⁴⁹

Em linhas gerais, consoante Bruno Miragem, a responsabilidade subjetiva depende da demonstração de culpa ou dolo do agente cuja conduta dá causa ao resultado antijurídico. Assim, restaria configurada a responsabilidade subjetiva quando “a lei, ao definir a obrigação de indenizar, exigir que ela seja imputável a determinada pessoa para a qual o dano tenha resultado de um motor subjetivo da sua conduta, culpa ou dolo”.⁵⁰ Nesse contexto, fala-se em culpa em sentido amplo (culpa *lato sensu*), tanto quando o dano decorre de negligência ou imprudência como quando o dano resulta da vontade de causar o dano (*i.e.*, nas situações em que presente o dolo). Culpa em sentido estrito (culpa *stricto sensu*), de sua vez, refere-se apenas às situações de negligência ou imprudência.⁵¹

Em fase ulterior do desenvolvimento da responsabilidade do Estado, o famoso aresto Blanco, do Tribunal de Conflitos, em 1873, inaugura as teorias publicistas. Primeiramente, ainda atrelada à responsabilidade subjetiva do Estado, desenvolve-se a teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa, também chamada teoria do acidente administrativo, que logra separar a responsabilidade do Estado da culpa do funcionário. Fala-se em culpa do serviço público⁵², orientando-se pela ideia francesa de *faute du service*. É dizer, a culpa do serviço ou

⁴⁸ DI PIETRO, op. cit., pp. 717-718.

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 433.

⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 101.

⁵¹ *Ibidem*, p. 101.

⁵² DI PIETRO, op. cit., p. 719.

“falta de serviço”⁵³ pode deflagrar a obrigação de indenizar pelo Estado nas situações em que este não funciona, funciona mal ou funciona atrasado.⁵⁴ Uma vez comprovado dolo do Poder Público, sobre este recairia a obrigação de reparar. E mais: se o Estado se comportasse de modo negligente, imperito ou imprudente, estaria ele agindo culposamente, tendo igualmente o dever de restaurar o *status quo ante* do particular lesado.

Posteriormente, elabora-se a teoria do risco⁵⁵, dando início à responsabilidade objetiva do Estado. Para tal teoria, não se exige mais a demonstração de dolo ou culpa do Estado; basta que se comprove relação de causa e efeito entre ação ou omissão estatal e o dano sofrido ao particular. Centra-se no nexo de causalidade. Desse modo, poderá o Estado ser chamado a reparar dano por ele causado, sem que haja dolo ou culpa do agente, ou mesmo questionamento acerca da licitude ou ilicitude da conduta, do bom ou mau funcionamento dos Poderes do Estado.⁵⁶

Segundo Bruno Miragem, a responsabilidade objetiva desenvolve-se no direito contemporâneo a partir do século XIX, por consequência do desenvolvimento industrial e tecnológico daquela época, bem como da crescente urbanização da vida de relações. Giza duas importantes características de tal responsabilidade. A primeira verifica-se na impossibilidade prática ou mesmo na inutilidade de se investigar a presença de culpa do agente. A segunda reside no desenvolvimento gradual de um novo parâmetro ético da vida de relações. Nesse cenário, permite-se que a responsabilidade seja imputada a partir do risco que a atividade desempenhada representa para as demais pessoas.⁵⁷

Destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro serem três os pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (i) que haja a prática de ato lícito ou ilícito por agente público; (ii) que o

⁵³ Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, a tradução de *faute* por “falta” é inapropriada, o que pode gerar mal-entendido. A melhor tradução seria “culpa”, uma vez que a expressão francesa em nada se refere à responsabilidade objetiva; ao contrário, nasce para designar a responsabilidade subjetiva, baseada na culpa ou dolo. Cf. MELLO, op. cit., pp. 1036-1038.

⁵⁴ MELLO, op. cit., p. 1035.

⁵⁵ Na doutrina brasileira, autores há, como Hely Lopes Meirelles, que distinguem a teoria do risco em duas modalidades: teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. Para esta, o Estado estaria obrigado a indenizar todo dano causado a terceiro, a partir de um sentido absoluto de responsabilidade, enquanto para aquela o Estado estaria isento do dever de ressarcir uma vez comprovado dolo ou culpa da vítima. Para um panorama detalhado e extensivo, cf. MEIRELLES, op. cit., pp. 726-727. Sem embargo, entende Odete Medauar, apoiando-se nas lições de Yussef Said Cahali, que tal distinção mostra-se nebulosa, por carecer de diferença substancial. Isso porque se admite na teoria do risco integral a isenção da Administração em caso de força maior ou culpa da vítima, uma vez que nessas hipóteses restaria prejudicada a demonstração do nexo de causalidade. Cf. MEDAUAR, op. cit., p. 435.

⁵⁶ MEDAUAR, op. cit., p. 433-434.

⁵⁷ MIRAGEM, op. cit., p. 104.

ato cause dano específico e anormal; e (iii) que se comprove nexos de causalidade entre o ato do agente público e o dano.⁵⁸

Outrossim, ressalta a autora que esta modalidade de responsabilidade é respaldada pelo princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Como os benefícios decorrentes da atuação estatal são compartilhados por todos, assim também deverão os prejuízos causados a algum dos membros da sociedade ou mesmo a uma parcela dela ser repartidos. De conseguinte, uma vez rompido o equilíbrio, deverá este ser restabelecido a partir da reparação do dano pelo Poder Público.⁵⁹

1.2.2.2. A Constituição Federal de 1988 e a responsabilidade civil do Estado Legislador

A tratar-se de direito vigente no País, o Código Civil de 2002 acolheu a responsabilidade objetiva em seu artigo 43, sob o seguinte teor:

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

Indo além, a Constituição Federal de 1988 agasalhou também a possibilidade de responsabilidade objetiva do Estado concernente às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, assim dispondo em seu artigo 37, § 6º:

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

Com tal dicção, a Carta Política pátria abriga tanto a responsabilidade objetiva quanto a subjetiva. Esta se perfectibiliza na figura do agente causador de dano a terceiro. É a

⁵⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 719.

⁵⁹ Ibidem, p. 719.

responsabilidade civil do agente, facultado direito regressivo à Administração, desde que provado o dolo ou a culpa do agente.⁶⁰

De outro lado, calcada no nexo de causalidade, encontra-se a responsabilidade objetiva estatal, que poderá ser desencadeada pela atuação de União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Administração direta e autarquias, bem como de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, inseridas ou não na Administração.⁶¹

Respeitante ao artigo 37, § 6º, impende proceder-se ainda a mais uma elucidação. Como aduz Carolina Zancaner Zockun, “o Estado, ou quem lhe faça as vezes, responde *objetivamente* pelos danos causados a terceiros por atos comissivos (lícitos ou ilícitos) e *subjetivamente* pelos danos gerados por sua omissão (sempre ilícita)”.⁶² Explana a autora que somente se poderá imputar ao Estado responsabilidade na modalidade objetiva se existir uma conduta comissiva por parte do Poder Público. Neste caso, vislumbram-se duas possibilidades: (i) conduta lícita causadora de lesão ao patrimônio de terceiros; e (ii) comportamento estatal ilícito que venha a ocasionar dano patrimonial a administrado.⁶³

A autora esclarece que restará configurada responsabilidade subjetiva se a lesão patrimonial a terceiros advier de conduta omissa do Poder Público. Em virtude de a Administração Pública somente poder agir em razão de lei, isto é, seus atos devem obrigatoriamente se pautar em lei, só atuará se lei assim estabelecer, a omissão estatal decorrerá sempre de conduta ilícita. Vale dizer, a responsabilidade subjetiva do Estado reveste-se de natureza jurídica de sanção, devendo em todos os casos estar presente a culpa ou o dolo do agente, haja vista prescindir da demonstração do nexo de causalidade entre a lesão e a atuação estatal.⁶⁴

Assentado o regime jurídico da responsabilidade civil do Estado insculpido na Constituição, adentra-se propriamente na seara legislativa. Âmbito de divergência, ainda hoje se constroem barreiras como óbice à responsabilização do Poder Legislativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro sintetiza os argumentos lançados em defesa da irresponsabilidade, *in verbis*:

⁶⁰ MEDAUAR, op. cit., pp. 437-438.

⁶¹ Ibidem, p. 436.

⁶² ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 70-88, p. 81.

⁶³ Ibidem, p. 79.

⁶⁴ Ibidem, p. 80.

1. o Poder Legislativo atua no exercício da soberania, podendo alterar, revogar, criar ou extinguir situações, sem qualquer limitação que não decorra da própria Constituição;
2. o Poder Legislativo edita normas gerais e abstratas dirigidas a toda a coletividade; os ônus delas decorrentes são iguais para todas as pessoas que se encontram na mesma situação, não quebrando o princípio da igualdade de todos perante os ônus e encargos sociais;
3. os cidadãos não podem responsabilizar o Estado por atos de parlamentares por eles mesmos eleitos.⁶⁵

Em outros termos, Juliana Cristina Luvizotto agrupa os argumentos do seguinte modo:

(i) lei como ato de soberania, (ii) generalidade e abstração da lei, (iii) lei como ato de criação de direitos, (iv) representação dos parlamentares e (v) inviolabilidade dos parlamentares.⁶⁶

Sem embargo, tais argumentos podem ser refutados, a fim de que se admita a responsabilidade do Estado em decorrência de sua atividade legislativa, tendo em vista três premissas. A primeira responsabiliza o Estado pela edição de leis inconstitucionais, haja vista o Legislativo, em que pese deter parcela da soberania, estar sempre submetido à Constituição, jamais a podendo infringir. A dois, nem sempre a lei produz efeitos gerais e abstratos; assim sendo, uma vez caracterizado o dano causado por lei que prejudique o patrimônio de pessoas determinadas, mesmo que esteja em acordo com as normas constitucionais, será caso de imputar ao Estado dever de indenizar. Por fim, a terceira premissa busca elucidar o fato de que a eleição delega aos parlamentares a obrigação de editar leis constitucionais. Vale dizer, a liberdade parlamentar em fazer leis está limitada pela obrigatoriedade de obediência às normas e preceitos entalhados na Constituição.⁶⁷

Diante disso, a doutrina divide as hipóteses de responsabilidade civil do Estado Legislador em três categorias, tendo em vista a função que os diferentes atos legislativos exercem. Distinguem-se, portanto, atos legislativos inconstitucionais, constitucionais e os atos decorrentes de omissão legislativa inconstitucional.⁶⁸

Cumprido frisar, por derradeiro, que este trabalho debruça-se sobre a responsabilização do Estado em virtude de atos legislativos inconstitucionais. Afastam-se do objeto de estudo os

⁶⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 730-731.

⁶⁶ LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade civil do Estado Legislador: atos legislativos inconstitucionais e constitucionais*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010, p. 102.

⁶⁷ DI PIETRO, op. cit., p. 731.

⁶⁸ LUVIZOTTO, op. cit., p. 109.

atos constitucionais e as omissões legislativas inconstitucionais. Estas duas categorias, por complexas que se apresentam, merecem pesquisa específica, o que extrapolaria os limites do presente trabalho.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS INCONSTITUCIONAIS

2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Ab initio, cabe observar que os atos legislativos inconstitucionais ensejadores da responsabilização estatal constituem-se em leis inconstitucionais, editadas pelo Poder Legislativo, com caráter geral e abstrato, caracterizando-se por serem fontes criadoras do direito. Nesse sentido, para os fins deste trabalho, tomam-se como sinônimos atos legislativos inconstitucionais e leis inconstitucionais.

Como adverte Marçal Justen Filho, a responsabilidade civil do Estado em face de lei inconstitucional nasce quando da execução resultar lesão indevida a um sujeito ou quando o desfazimento da lei gerar danos a alguém.⁶⁹ Assim, admite o autor a possibilidade de um indivíduo pleitear reparação de dano injusto a seu patrimônio ocasionado por lei inconstitucional.

Hely Lopes Meirelles, todavia, de tal concepção não partilha. Para ele, não há fundamento jurídico para responsabilizar a Fazenda Pública por dano causado por lei, ainda que declarada inconstitucional. Alega que o ato legislativo típico – isto é, a lei – não ocasiona prejuízo indenizável ao particular, porque é norma geral e abstrata, atuante sobre toda a coletividade, em nome da soberania do Estado. Somente poderia o Estado ser responsabilizado se houvesse demonstração de culpa, o que se afigura impossível diante do fato de ser a própria coletividade quem escolhe os representantes do Legislativo, encarregados da elaboração das leis.⁷⁰

Inobstante o entendimento do douto publicista, parte majoritária da doutrina aceita o dever ressarcitório estatal em decorrência da elaboração, pelo Parlamento, de lei frontalmente defesa à Constituição. Nessa linha, são signatários da tese, dentre outros, Maria Sylvia Zanella

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.218.

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 734-735.

Di Pietro⁷¹, Odete Medauar⁷², Marçal Justen Filho⁷³ e Lúcia Valle Figueiredo⁷⁴. Esta última, inclusive, atrela a obrigação de reparar à própria evolução do Estado de Direito.⁷⁵

Também o Supremo Tribunal Federal tem acolhido a hipótese de lei inconstitucional possibilitar ao particular pretensão de ressarcimento frente ao Estado Legislador. Assim decidira no Recurso Extraordinário nº 8.889, de relatoria do Ministro Castro Nunes, julgado em 19 de julho de 1948, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. O Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional.⁷⁶

O caso cuida de ação de reparação de perdas e danos promovida contra a Fazenda do Estado de São Paulo pelos proprietários de empresa que mantinha serviço de ônibus entre localidades mineiras e a cidade paulista de Franca. *In casu*, as autoridades policiais de Franca exigiam, com base no artigo 3º, parágrafo único, do decreto estadual nº 9.252, de 21 de junho de 1938, o pagamento dos impostos devidos ao Estado, sob pena da impossibilidade de os coletivos poderem trafegar no território de São Paulo.

Porém, o dispositivo legal em que se baseavam as autoridades policiais, alegado inconstitucional pelos empresários, foi posteriormente julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual os recorrentes requeriam reparação dos danos sofridos no período que esteve suspenso o tráfego dos ônibus de sua propriedade (25 de março de 1941 a 20 de setembro de 1942). No voto do Ministro Castro Nunes, acompanhado à unanimidade pelos demais Ministros, reconheceu-se o recurso e se lhe deu provimento, haja vista assistir aos recorrentes direito à reparação, não estando eles submetidos a pagar e promover a repetição do indébito, como quisera o acórdão vergastado. Isso porque não se lhes podia imputar obediência à lei inconstitucional, consoante entendimento do Ministro Relator.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 730-735.

⁷² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 441-442.

⁷³ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1.218.

⁷⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 299-300 e 303.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 300.

⁷⁶ *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 20, pp. 42-45, abr./jun., 1950.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal corroborou esse entendimento, prestigiando-o no julgamento do Recurso Extraordinário nº 158.962, relatado pelo Ministro Celso de Mello, em 04 de dezembro de 1992, sob a seguinte ementa:

ATO LEGISLATIVO – INCONSTITUCIONALIDADE –
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Cabe responsabilidade
civil pelo desempenho inconstitucional da função de legislador.⁷⁷

Trata-se de recursos extraordinários interpostos pelo Banco Central do Brasil e pelo Banco do Brasil S/A contra decisão que, após declarar a inconstitucionalidade de dispositivos normativos da Lei nº 8.024/90, ordenou o desbloqueio imediato de cruzados novos objeto de retenção por efeito dessa lei.

A despeito de os recursos se acharem prejudicados, manifesta-se a Corte Suprema no sentido de que, ao abordar-se a responsabilidade civil do Estado por atos inconstitucionais (leia-se: leis inconstitucionais), há de se reconhecer o “direito de o indivíduo, prejudicado pela ação normativa danosa do Poder Público, pleitear, em processo próprio, a devida indenização patrimonial”⁷⁸. Colaciona ao voto o Ministro Relator a doutrina de Guimarães Menegale, Pedro Lessa, José de Aguiar Dias, Yussef Said Cahali, Amaro Cavalcanti e José Cretella Júnior, bem como precedentes da própria Corte, a fim de proclamar a submissão estatal ao dever jurídico de reconstituir o patrimônio do indivíduo lesado pelo desempenho inconstitucional da função de legislar.

Nesse cenário, *data maxima venia* aos defensores da irresponsabilidade estatal, cristalina revela-se a possibilidade de imputação ao Poder Público do dever de ressarcir os prejuízos causados ao patrimônio de indivíduo em virtude de atos legislativos desfeitos à Constituição. Assim o é pela necessidade de observância ao princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais, segundo o qual, se todos se beneficiam da atuação estatal, todos devem repartir o ressarcimento dos danos causados a indivíduos específicos da sociedade.

Outrossim, eximir o Poder Público do dever de indenizar seria afronta direta a direitos fundamentais do sujeito lesado. Estar-se-ia, na ocasião, não apenas violando o direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF/88), como também o direito a ter um pronunciamento jurisdicional em entendendo lesado seu direito (art. 5º, XXXV, CF/88). A irresponsabilidade, portanto, desconsidera toda a evolução do Direito, que, após nefastas experiências históricas,

⁷⁷ *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 191, pp. 175-177, jan./mar., 1993.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 176.

camminhou no sentido do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do respeito primordial aos direitos fundamentais.

Ante o exposto, cumpre, doravante, perscrutar os requisitos para a admissão da responsabilização estatal por lei inconstitucional. Antes disso, no entanto, mister se faz estudar a lei inconstitucional, pois dela parte toda a obrigação indenizatória estatal. Ainda, busca-se traçar breve panorama do controle de constitucionalidade adotado pela ordem jurídica brasileira, de modo que se tenham elementos para a análise da limitação sofrida pela responsabilidade do Estado frente à modulação dos efeitos da inconstitucionalidade.

2.2. A LEI INCONSTITUCIONAL

O Direito é fenômeno dinâmico. E, como tal, uma norma só se reputa válida se é produzida seguindo determinado procedimento estatuído por outra norma, que, por sua vez, representa o fundamento imediato de validade daquela. Por isso, “[a] ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”.⁷⁹ Quer dizer: a ordem jurídica arvora-se hierarquicamente, de modo que há conexão de dependência entre uma norma e outra que a institui, isto é, que foi fator de validade para a primeira delas. E assim ocorre sucessivamente até se alcançar a “norma fundamental” – pressuposta, hipotética.

Para Hans Kelsen, esta “norma fundamental” é o fundamento de validade último de toda a ordem jurídica. E, em razão disso, erige-se no elemento que dá unidade a todo o ordenamento jurídico.⁸⁰ Esta norma, sobremaneira nos países de *civil law*, é representada pela Constituição escrita, devendo as demais normas jurídicas do ordenamento com ela estarem em conformidade.

Corolário desse entendimento é o *princípio da supremacia da Constituição*, segundo o qual reputa-se à Constituição a lei suprema do Estado. É nela que se encontram a estruturação deste e a organização de seus órgãos. Trata-se de supremacia formal, da qual decorre a rigidez

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 247.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 247.

constitucional, dada a maior dificuldade de sua alteração em relação às demais normas da ordem jurídica.⁸¹

Albergada sob este princípio, considera-se rígida a Constituição Federal de 1988, a implicar que todo o ordenamento jurídico pátrio só será válido – e, portanto, apto para produzir efeitos – se estiver em consonância com ela. No entanto, se assim não se proceder, deflagrar-se-á a inconstitucionalidade da norma.

Ensina José Afonso da Silva que há duas formas de inconstitucionalidade previstas na Carta Política de 1988: inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão (art. 102, I, *a*, e III, *a*, *b* e *c*, e art. 103 e seus §§ 1º e 3º). Esta surge quando o Estado deixa de praticar atos legislativos ou administrativos necessários para a plena efetivação de norma constitucional.⁸² Aquela, por sua vez, aparece quando atos legislativos ou administrativos são praticados em contrariedade às normas e princípios constitucionais.⁸³

Continua o jurista que o fundamento da inconstitucionalidade por ação encontra-se no princípio da supremacia da Constituição, já que deve haver compatibilidade vertical das normas jurídicas do Estado; é dizer, as normas de grau inferior só valerão se compatíveis forem com as de grau superior. *A contrario sensu*, se se verificar incompatibilidade vertical, o conflito deve resolver-se em favor da norma superior.⁸⁴

Essa incompatibilidade vertical recebe o nome de *inconstitucionalidade das leis* ou *dos atos do Poder Público*. Manifesta-se sob dois aspectos: (i) formalmente, quando as normas são produzidas por autoridades incompetentes ou em desconformidade com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Constituição; ou (ii) materialmente, na medida em que o conteúdo da norma contraria preceito ou princípio constitucional.⁸⁵

Nesse diapasão, é certo que o Estado deve ser chamado a restaurar o prejuízo por ele causado quando o Legislativo promulgar lei que afronte formal ou materialmente a Constituição. Quer por não seguir os procedimentos estabelecidos, quer por veicular conteúdo defeso pela Constituição, ato legislativo típico que acarrete dano injusto ao cidadão merece ser reparado.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 47.

⁸² Como se sabe, a omissão inconstitucional não é matéria deste trabalho.

⁸³ SILVA, op. cit., p. 49.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 49.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 49.

Esse também é o entender de José Guimarães Menegale, que, ao tratar do tema, admite, se ato da autoridade legislativa confrontar a Constituição, deve este ser expungido do sistema jurídico, cabendo, em caso de dano ou lesão, reparação por parte do Estado.⁸⁶ Como reforço da necessidade de aplicação da lei em acordo com a Lei Fundamental, traz à baila o clássico *leading case* *Marbury vs. Madison*, em que, ademais de dar início ao controle judicial de constitucionalidade, assentou-se de vez a supremacia da Constituição.⁸⁷

Equiparando, de certo modo, o ato de legislar ao serviço público que, por acidente, funciona mal, José Cretella Júnior igualmente admite a possibilidade de o Estado arcar com a responsabilidade advinda de lei inconstitucional danosa.⁸⁸ Se lei eivada de inconstitucionalidade causar danos, estes serão ressarcíveis via ação judicial.

Elucida o publicista, ainda, que lei inconstitucional é aquela que, seja na esfera federal, estadual ou municipal, choca-se com dispositivo expresso da Constituição Federal.⁸⁹ De igual modo, pode afigurar-se também como aquela que, a despeito de não conflitar com dispositivo constitucional expresso, “infringiu o processo, trâmite ou *iter legis*, contrariando ou saltando os passos prescritos para a tramitação legislativa, na própria Constituição, desde a iniciativa até a *promulgação* ou *sanção*”.⁹⁰ Nesse sentido, arremata o autor a frisar que, para fins de responsabilização estatal, não interessa a *causa* do erro legislativo ocasionador da inconstitucionalidade, mas importa, em primeiro lugar, o *dano* e, ao depois, o *nexo causal* entre o ato legislativo inconstitucional e a lesão ao patrimônio.⁹¹

Outro aspecto de relevo ao tratar-se da lei inconstitucional reside em saber se seria ela inexistente, nula ou anulável. Determinar sua natureza torna-se elemento essencial para a discussão da declaração de inconstitucionalidade e, especialmente, para os casos de responsabilidade civil do Estado em decorrência do desempenho inconstitucional do legislador.

Celso Ribeiro Bastos afirma ser a lei inconstitucional inexistente. Baseando-se no preceito de que a validade da norma decorre de sua adequação à norma hierárquica superior, aduz que a própria condição de ser *lei* exige a observância da norma constitucional. Com efeito,

⁸⁶ MENEGALE, José Guimarães. *Direito Administrativo e Ciência da Administração*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1950, v. 2, p. 350.

⁸⁷ Para mais detalhes, cf. MENEGALE, op. cit., p. 350-351.

⁸⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por ato legislativo. *Revista de Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, vol. 153, pp. 15-34, jul./set., 1983, p. 28.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 26.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 26.

⁹¹ *Ibidem*, p. 27.

lei, nesse sentido, só poderia ser lei constitucional. Sob a perspectiva da técnica jurídica “absoluta”, toda norma infringente da Lei Maior haveria de se considerar inexistente.⁹²

Em ulterior passagem, elucida o constitucionalista que, por força da presunção de legitimidade de que goza toda norma – com o fito de se garantir segurança e estabilidade das relações reguladas pelo Direito –, a lei, posteriormente declarada inconstitucional, só perderá sua eficácia após passar por um processo específico de invalidação. Este processo é previsto pela Constituição e visa a anular as normas que a desrespeitem, de modo que se declare a invalidez/inconstitucionalidade da lei adversa à Carta Política.⁹³

De outra senda, para Alfredo Buzaid, o direito brasileiro, por estar alicerçado no sistema constitucional norte-americano, consagra o entendimento de que qualquer lei adversa à Constituição será reputada absolutamente nula, e não apenas anulável. Assim, “[a] eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade”.⁹⁴ Em razão disso, a lei inconstitucional jamais adquire eficácia.

Entretanto, em momento posterior, ressalva que a lei contrária à *Lex Fundamentalis* terá caráter executório, até o julgamento pelo tribunal da declaração de inconstitucionalidade. Poderá ser, então, aplicada, executada, fato que, no entanto, não lhe retira a invalidez. Nesse sentido, continuará ela sendo absolutamente nula.⁹⁵

Também se posiciona nesse sentido o Supremo Tribunal Federal, para o qual atos inconstitucionais são nulos e destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica. É o entendimento exarado na Questão de Ordem da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652-MA, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que este, em seu voto, assim propugna:

É por essa razão que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos do passado com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse *supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público*, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para

⁹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, pp. 626-627.

⁹³ *Ibidem*, pp. 629-632.

⁹⁴ BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, pp. 128-129.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 132.

produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito.⁹⁶ (*grifou-se*)

Ainda consoante o voto do Ministro Relator, a nulidade plena do ato inconstitucional decorre do princípio da supremacia da Constituição. Preceitos normativos de menor grau de positividade jurídica devem estar concordes com a Carta Política, sob pena de sua ineficácia e de sua completa inaplicabilidade.

Nesse diapasão, alinhando-se a Rafael Calil Tannus, pode-se inferir que a lei inconstitucional é, em essência, um “caso específico de invalidade de um ato jurídico”.⁹⁷ Desse modo, ainda que se lhe repute nula, poderá ela produzir efeitos concretos. Isso porque sua eficácia advém da presunção de legitimidade das normas, já que a toda lei se lhe deve conceber esteja consentânea aos preceitos e princípios estabelecidos na Constituição. Diante disso, para o referido autor, a lei só será tachada inconstitucional depois de o órgão competente, atendido o devido procedimento, assim a declarar. Até então, porém, será presumida constitucional, podendo causar dano injusto, surgindo ao lesado direito de demandar reparação frente ao Estado Legislador.

Muitas são, neste ponto, as indagações que surgem e que têm levantado acirrados debates na doutrina. No entanto, antes de se adentrar em perquirições tais, impendem lançar-se breves olhares aos aspectos gerais do controle de constitucionalidade adotado no Brasil, bem como focar-se, especificamente, nas questões que, em virtude desse controle, incide – ou pode incidir – a responsabilidade civil do Estado por ato legislativo inconstitucional.⁹⁸

2.3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 652-MA. Questão de Ordem. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 2 de abril de 1992. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266472>. Acessado em 14.10.2017.

⁹⁷ TANNUS, Rafael Calil. Responsabilidade do Estado por leis inconstitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Revista dos Tribunais, vol. 65/2008, pp. 245-273, out./dez. 2008, p. 14. Acessado digitalmente por meio da plataforma Thomson Reuters.

⁹⁸ Com isso, claro está que o estudo do controle de constitucionalidade empreendido neste trabalho não visa a esgotar o tema, a trazer a lume as controvérsias doutrinárias e/ou jurisprudenciais. Para tanto, muito se produziu de substancial, produz-se e se produzirá, dedicando obras, tomos e volumes exclusivos ao tema. De conseguinte, repisa-se que aqui será realizado um recorte do estudo do controle de constitucionalidade de leis com o escopo exclusivo de vislumbrar como este controle incide (ou pode incidir) sobre a responsabilidade do Estado Legislador, quando de sua atuação inconstitucional.

Como preleciona Gilmar Ferreira Mendes, quanto ao órgão responsável pela aferição da constitucionalidade das leis, pode-se ter um controle político, ou um controle jurisdicional ou, mesmo, um controle misto. De outra parte, em relação ao modo, o controle pode ser incidental ou principal. Aquele se constitui em questão prejudicial, que deve ser decidida pelo Poder Judiciário, de modo incidental, no curso de um processo ou ação judicial; associa-se ao modelo difuso, em vista de sua relação direta com este modelo, desenvolvido primeiramente no sistema norte-americano. Já o controle principal ocorre quando a questão constitucional é suscitada autonomamente em processo ou ação principal, permitindo a impugnação *in abstracto* da lei ou ato normativo.⁹⁹

Ainda, o sistema de controle de constitucionalidade poderá ser, dependendo do momento em que se dá, preventivo ou repressivo (também denominado sucessivo). O primeiro tem lugar antes de afeição o ato normativo, ocorrendo em projetos de lei e tratados internacionais. É o modelo exercido, por exemplo, pelo Conselho Constitucional francês, órgão político, atrelado ao Legislativo, responsável pelo controle de constitucionalidade. No Brasil, vislumbra-se nas Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso e no veto presidencial por considerar projeto de lei inconstitucional (art. 66, §1º, CF/88), bem como no controle judicial preventivo nos casos de mandado de segurança impetrado por parlamentar em face de projeto de emenda constitucional lesiva às cláusulas pétreas.¹⁰⁰

Inobstante este último caso, o modelo judicial é, em regra, repressivo, conforme salienta Gilmar Ferreira Mendes. Significa dizer que o controle de constitucionalidade somente será admitido uma vez promulgada a lei ou após ter entrado em vigor.¹⁰¹

Adota-se, no Brasil, o modelo *judicial* de controle de constitucionalidade. Vale dizer, a constitucionalidade das leis é exercida pelo Poder Judiciário. E mais, o modelo brasileiro consagra o sistema misto, em que convivem, a um só tempo, o modelo difuso (ou americano) e o modelo concentrado (ou austríaco). Em tal estrutura, o órgão judicial poderá afastar, no caso concreto, de modo incidental, a aplicação de lei que considere incompatível com a ordem constitucional (modelo difuso); ao mesmo tempo, a lei inconstitucional poderá ser objeto de

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, pp. 305-378, pp. 335-336.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 336.

¹⁰¹ Ibidem, p. 336.

ação judicial autônoma – a saber, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva –, de competência do Supremo Tribunal Federal, em que se realizará um controle concentrado, analisando a lei *in abstracto*.¹⁰²

Consoante Paulo Bonavides, o controle judicial verifica-se por via de ação e/ou por via de exceção.¹⁰³ Esta, com raízes já profundas no sistema constitucional brasileiro, dado fazer-se presente desde a Constituição de 1891, tem por fito a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder; trata-se, pois, de via direta, proporcionada ao indivíduo para salvaguardar seus direitos individuais.¹⁰⁴

Por outro lado, a via de ação fora introduzida somente na Constituição de 1934, consolidando-se a partir da Constituição de 1946.¹⁰⁵ Constitui-se naquela em que o objetivo próprio da ação judicial é a questão acerca da constitucionalidade da lei.

Em síntese, o sistema misto adotado pelo Brasil prevê que o controle judicial de constitucionalidade pode ser exercido pela via de exceção, em controle difuso, ou pela via de ação, em controle concentrado. Nesta última possibilidade, quatro são as espécies de ação agasalhadas pela Constituição de 1988, quais sejam, ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Destas interessa ao presente estudo a ação direta de inconstitucionalidade, por ser o instrumento adequado a buscar a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

De competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *a*, CF/88), a ação direta de inconstitucionalidade (genérica) objetiva declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual e, como destaca Alexandre de Moraes, distrital, no exercício de competência estadual. Deverá, ademais, preencher o requisito de estar a lei ou o ato normativo ainda em vigor e ter sido editado posteriormente à promulgação da Constituição Federal.¹⁰⁶

¹⁰² *Ibidem*, p. 337-338.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 332 *et seq.*

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 333.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 335-339.

¹⁰⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 761.

À guisa de adendo, a legitimação para a ADI, antes exclusiva do Procurador-Geral da República, passa a ser concorrente a partir da promulgação da Constituição de 1988. Com previsão no artigo 103, podem hoje propô-la o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Uma vez assentados os atributos centrais da ação responsável por declarar e extirpar do ordenamento lei eivada de inconstitucionalidade, direciona-se a atenção agora aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, matéria que se conecta diretamente à possibilidade de responsabilização estatal pelo desempenho inconstitucional da função legiferante típica.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se poderão avistar tanto no controle concentrado quanto no difuso. Concernente ao controle abstrato, assinala Alexandre de Moraes que os efeitos, no sistema brasileiro, são *erga omnes* (gerais), *ex tunc* (retroativos), vinculantes e repristinatórios.¹⁰⁷

Conforme estabelecido pelo parágrafo 2º, do artigo 102, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade produzirão eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

De conseguinte, a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de lei, após passada em julgado, tornar-se-á de vinculação obrigatória, devendo os órgãos do Poder Judiciário e do Executivo pautarem-se pela interpretação constitucional proferida pelo Pretório Excelso.¹⁰⁸

Como destaca Alexandre de Moraes, em regra, a decisão, em controle concentrado, que declara a incompatibilidade de lei ou ato normativo federal ou estadual com a Lei Maior terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), “desfazendo, desde sua origem, o ato

¹⁰⁷ Ibidem, p. 788.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 794.

declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas”.¹⁰⁹ Isso porque os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, conforme entendimento já pacífico da Corte Suprema e também da doutrina majoritária – tratados já em passagem anterior.

Diante disso, a retroatividade da declaração torna nula a lei inconstitucional desde sua publicação, abrangendo todos os atos pretéritos praticados com base nela.¹¹⁰ É de salientar que a nulidade alcança, inclusive, sentenças judiciais transitadas em julgado, tendo-se em vista o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, consoante se manifestou o STF no Agravo Regimental na Reclamação nº 2.600 – SE, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgado em 14 de setembro de 2006.¹¹¹

É mister referir-se, entretanto, que inovação relevante foi introduzida pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99, *in verbis*:

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

Este dispositivo legal positiva a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em sede de controle abstrato de constitucionalidade das leis. É dizer, o Supremo Tribunal Federal está legitimado a manipular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, desde que atendidos dois requisitos: um de natureza formal – decisão por maioria de dois terços de seus membros – e outro de natureza material – necessidade de ser a modulação indispensável para fins de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 788.

¹¹⁰ Ibidem, p. 789.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Julgamento. Sentença de mérito. Oponibilidade erga omnes e força vinculante. Efeito *ex tunc*. Ofensa à sua autoridade. Caracterização. Acórdão em sentido contrário, em ação rescisória. Prolação durante a vigência e nos termos de liminar expedida na ação direta de inconstitucionalidade. Irrelevância. *Eficácia retroativa da decisão de mérito da ADI. Aplicação do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.* Liminar concedida em reclamação, para suspender os efeitos do acórdão impugnado. Agravo improvido. Voto vencido. *Reputa-se ofensivo à autoridade de sentença de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade, com efeito ex tunc, o acórdão que, julgando improcedente ação rescisória, adotou entendimento contrário, ainda que na vigência e nos termos de liminar concedida na mesma ação direta de inconstitucionalidade.* (Rcl 2600 AgR, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14.09.2006, publicado no DJ em 03.08.2007) (*grifou-se*) Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474618>. Acessado em 20.10.2017.

Presentes os requisitos formal e material, a modulação poderá operar-se tanto em relação à amplitude como em relação a seus efeitos temporais. Assim, tendo em vista a garantia da segurança jurídica, poderá o Supremo Tribunal Federal afastar os efeitos *erga omnes* a fim de preservar situações jurídicas já consolidadas. Ainda, poderá limitar os efeitos temporais da declaração ou os efeitos repristinatórios da decisão, a permanecerem válidos alguns atos praticados sob a égide da lei inconstitucional.¹¹²

No que concerne aos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, Alexandre de Moraes sintetiza as possibilidades trazidas pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99 em três situações. Como se sabe, a regra geral, sustentada no sistema jurídico pátrio, é a de que a declaração de inconstitucionalidade retroage à publicação da lei. Opera, pois, efeitos *ex tunc* (retroativos).¹¹³

A segunda e a terceira situações representam inovações à ordem jurídica positiva. Uma delas possibilita que a decisão module a declaração para que tenha efeitos *ex nunc*, isto é, não retroativos, iniciando a vigorar a inconstitucionalidade da lei a partir do trânsito em julgado da decisão. Já a terceira alude aos efeitos *pro futuro* em que a decisão se sustentar. Nesta hipótese, aceita-se que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade incidam apenas a partir de qualquer momento escolhido pelo Supremo Tribunal Federal.¹¹⁴

Aclarando a decisão com efeitos *pro futuro*, destaca Gilmar Ferreira Mendes haver suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença. Explica que a eficácia da declaração de inconstitucionalidade se dará em algum momento no futuro, a ser fixado pelo *decisum*. Desse modo, a lei inconstitucional continuará a ser aplicada dentro do prazo fixado pelo Tribunal. Trata-se, pois, de situação excepcional a estabelecer-se em virtude da garantia da segurança jurídica ou do interesse social. Frisa o autor que a fixação do prazo é de inteira discricionariedade do Tribunal, haja vista o legislador ter silenciado a respeito.¹¹⁵

Em resumo, pode-se afirmar que, no controle concentrado de constitucionalidade adotado pelo Brasil, tendo por horizonte a ação direta de inconstitucionalidade genérica, a decisão que declara a inconstitucionalidade de lei poderá ter os seguintes efeitos principais: *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*.

¹¹² MORAES, op. cit., p. 790 *et seq.*

¹¹³ Ibidem, p. 791.

¹¹⁴ Ibidem, p. 792.

¹¹⁵ MENDES, op. cit., pp. 374-375.

Assinale-se que a regra no direito brasileiro é a de que a decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei terá efeitos *ex tunc*, retroagindo à sua publicação. A despeito disso, por força do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, é facultado ao Supremo Tribunal Federal atribuir à decisão efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, desde que a segurança jurídica ou o excepcional interesse social o aconselhem e que haja maioria de dois terços de seus membros.

De outra banda, questão que igualmente importa para a temática da responsabilidade civil do Estado por lei inconstitucional é saber se a declaração incidental de inconstitucionalidade teria força bastante para ensejar o instituto da responsabilidade estatal. Por isso, a importância de assentar entendimento a respeito.

Na seara do controle difuso, são dois os pontos que devem aqui ser estudados, devido a sua potencial possibilidade de influência em matéria de responsabilidade do Estado. O primeiro será saber se, no atual sistema jurídico brasileiro, admite-se a limitação dos efeitos da sentença também para o controle difuso. Já o outro presta-se a constatar a possibilidade, ou não, de a declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade de lei pelo Plenário do STF dar azo a efeitos *erga omnes*.

Antes de mais nada, advirta-se que ambos os temas ocupam-se da mais alta – e nobre – polêmica acadêmica, motivo pelo qual ao que aqui incumbe será apresentar o estado da arte em que se encontra a matéria, tomando-se por base entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em recente precedente. Abordar com meticulosidade e com tinta crítica o tema seria desviar do objeto do estudo, bem como cair em superficialidades, não dignas da lucubração intelectual a que se destina a investigação científica. Por essa razão, aceitar-se-á o posicionamento da mais alta Corte judicial na matéria, para que se possa deter, com maior propriedade, sobre o instituto da responsabilidade estatal.

Posto isso, perfilhando-se a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, imperativo se apresenta a admissão da limitação de efeitos no sistema difuso de constitucionalidade. Em que pese a Lei nº 9.868/99 tenha conferido autorização para o STF fazê-lo em controle abstrato, valendo-se de interpretação extensiva, assevera o autor a extensão de tal faculdade também ao controle difuso. Entende ser possível tal técnica em razão de a capacidade da decisão proferida pela Corte Suprema afetar os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas

instâncias inferiores. Essa decisão poderá ser modulada a fim de não causar insegurança jurídica.¹¹⁶

Pode-se inferir, portanto, que tanto em controle concentrado como em controle difuso admite-se a modulação dos efeitos da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de lei.

Em se tratando de controle difuso, cabe ainda averiguar se a declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Plenário do STF em sede incidental adquire, ou não, efeitos *erga omnes*.

Nesse ponto, a doutrina majoritária concebe que a declaração de inconstitucionalidade, na via indireta (incidental), tem efeitos *inter partes*, não anulando nem revogando a lei. A lei continua em vigor, produzindo seus efeitos, até que o Senado Federal suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição da República. Constitui questão prejudicial, que deve ser decidida preliminarmente para resolução do caso. Tem vez no caso concreto, fazendo a sentença declaratória coisa julgada apenas no caso e para as partes.

Como sustenta José Afonso da Silva, “qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional”¹¹⁷. Nesse sentido, mesmo que o tribunal que declare *incidenter tantum* a inconstitucionalidade seja o Supremo Tribunal Federal, o efeito da decisão se restringirá tão somente às partes, até que o Senado Federal, em sua competência privativa, suspenda a executoriedade da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

A declaração de inconstitucionalidade incidental por decisão definitiva do Supremo Tribunal poderá redundar em duas consequências no que diz com seus efeitos. Para as partes, terá efeitos *ex tunc*, prestigiando a teoria da nulidade, de maneira a fulminar a relação jurídica baseada na lei inconstitucional desde seu início. Porém, se houver ulterior suspensão da execução da lei pela Alta Casa do Congresso, os efeitos serão para todos (*erga omnes*) e *ex nunc*, tendo em vista que a lei não foi revogada nem anulada.¹¹⁸

¹¹⁶ Ibidem, p. 377.

¹¹⁷ SILVA, op. cit., p. 56.

¹¹⁸ Ibidem, p. 56.

Todavia, avanço importante ocorreu no julgamento da Reclamação nº 4.335 - AC. De relatoria do Ministro Gilmar Mendes, trata-se de reclamação ajuizada pela Defensoria Pública da União contra decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que indeferiu pedido de progressão de regime a favor de condenados a penas de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática de crimes hediondos.

Alegou-se ofensa à autoridade da decisão da Corte Suprema no HC nº 82.959 – SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, o qual proibia a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos.

Após julgamento que tardou de 2007 até 2014, o Tribunal, por maioria, conheceu e julgou procedente a reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da reclamação, mas concediam *habeas corpus* de ofício.

Alinhando-se ao voto do Ministro Teori Zavascki, a Corte reconheceu efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Rechaçada a tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual haveria se operado mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição de 1988, o então Ministro gaúcho admitiu, no entanto, ter havido uma evolução no direito brasileiro no sentido da valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores. Sustentou estar ocorrendo no Brasil uma paulatina aproximação ao sistema da *common law*, no qual predomina a cultura do *stare decisis*.

Vislumbra-se esse novo cenário na ordem jurídica pátria, de acordo com o Ministro, a partir da extensa evolução processual civil na assunção de força aos precedentes operada nas sucessivas reformas do Código de Processo Civil de 1973, bem como pela eficácia subjetiva que transcende aos partícipes da relação processual no âmbito das ações civis públicas, das ações coletivas e dos mandados de segurança coletivos. Nas palavras do próprio Ministro: “esse panorama ilustra a inequívoca força *ultra partes* que o sistema normativo brasileiro atualmente atribui aos precedentes dos tribunais superiores e, especialmente, do STF”.¹¹⁹ Ou seja, há verdadeira *força expansiva ultra partes* dos precedentes, conforme expressão por ele utilizada.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335 – AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 20.03.2014, publicado no DJe em 22.10.2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acessado em 01.11.2017.

O caráter *expansivo* da decisão do STF, mesmo que em sede incidental, garante a autoridade da decisão, que deverá ser observada pelos demais tribunais e juízes. Reconhece-se, assim, a partir da referida Reclamação, a eficácia *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso.

Diante de todo o exposto concernente ao controle de constitucionalidade no Brasil, faz-se mister, por último, sistematizarem-se algumas conclusões que servirão de base para o questionamento que se empreenderá ao final deste trabalho no tocante à limitação da responsabilidade civil do Estado em razão da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

A primeira conclusão, valendo-se igualmente do entender de Juliana Cristina Luvizotto, é a de que, no sistema jurídico brasileiro, algumas situações jurídicas devem ser mantidas, ainda que baseadas em lei posteriormente declarada inconstitucional.¹²⁰ Assim se deve proceder a resguardar-se a segurança jurídica ou o interesse social. Daí se falar em efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* da decisão.

Outra ilação a que se chega esteia-se no caráter expansivo reconhecido às decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo que de modo incidental, a partir do precedente formado no julgamento da Reclamação nº 4.335 – AC. Admite-se, por conseguinte, eficácia *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal em controle difuso. Além disso, também se verifica possível modular os efeitos temporais da decisão em sede difusa de constitucionalidade.

2.4. REQUISITOS PARA A ADMISSÃO DO DEVER DE INDENIZAR ESTATAL NA HIPÓTESE DE LEI INCONSTITUCIONAL

Como restou assente em páginas passadas, é ampla a aceitação do dever de indenizar face o desempenho inconstitucional da função típica do Poder Legislativo. Esse cenário engendra-se, sobremaneira, a partir da positivação da teoria do risco na responsabilidade estatal, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Com efeito,

¹²⁰ LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade civil do Estado Legislador: atos legislativos inconstitucionais e constitucionais*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010, p. 120.

esse dispositivo consagra, como regra geral, a responsabilidade objetiva do Estado no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sistema, prescinde-se da demonstração de dolo ou culpa a fim de que ao Estado se impute o dever de indenizar. Causando danos a terceiros, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos ocasionados por seus agentes. Exige-se, pois, tão somente o nexo de causalidade entre a ação estatal e o prejuízo antijurídico.

Em tal contexto, entende Cesar Viterbo Matos Santolim que não há falar-se em responsabilidade por ato legislativo inconstitucional, pois a questão resulta em falso problema. Para o autor, o ato legislativo em descompasso com a norma constitucional aparta-se da legalidade, tornando-se “mera atividade da administração, cuja responsabilidade será apurada em atenção a princípios largamente conhecidos”.¹²¹

Esse não é, contudo, o entendimento que prospera nos dias de hoje. O não reconhecimento do dever de indenizar por ato legislativo inconstitucional levaria, conforme destaca Júlio César dos Santos Esteves, a uma diminuição da proteção da esfera jurídica do lesado, caso houvesse a desconsideração da *origem* antijurídica do ato estatal que ocasiona o dano.¹²²

A distinção entre atos legislativos lícitos e ilícitos ainda se mostra importante na averiguação da responsabilidade civil do Estado, já que se prestam a disciplinar situações diferentes. Preleciona Júlio César dos Santos Esteves que, “na hipótese de lei inconstitucional, a ilicitude do exercício da função legislativa, somada à ocorrência do dano, funcionará como fundamento bastante do dever de reparar”, ao passo que, no caso de lei constitucional, outros serão os requisitos a serem atendidos, a saber, especialidade e gravidade do dano.¹²³

Mais à frente em sua argumentação, o autor assim propugna:

Acresce que se atribui ao ato legislativo a presunção de constitucionalidade, do que ressaí, entre outros efeitos, sua imediata validade e surtimento de efeitos. Desta feita, a submissão do administrador público ao princípio da legalidade determina que a conduta administrativa se dê segundo a pauta legal. A circunstância de intermediação, isto é, da prática de ato administrativo fiel ao comando

¹²¹ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. A responsabilidade civil do Estado por ato legislativo. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo – RS, n. 55, v. 22, pp. 45-53, 1989, p. 48.

¹²² ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 220-221.

¹²³ *Ibidem*, p. 220.

legal e necessário à sua execução, não desnatura, na hipótese de dano, a realidade de que a causa da lesão se situa na inconstitucionalidade da lei, originada, pois, no desempenho da função de legislar.¹²⁴

Ademais, o que dizer frente à admissão da responsabilidade estatal em virtude de lei que apresente vícios formais ou orgânicos? Como se verá em páginas posteriores, essas leis, que não se confundem com ato administrativo, poderão causar prejuízos indenizáveis em algumas situações. Cuida-se de âmbito circunscrito aos atos legislativos, a incidir, uma vez mais, a causa da lesão na inconstitucionalidade da lei.

Lembra Juliana Cristina Luvizotto que, na experiência constitucional brasileira, a lei não é definida tão somente por seu conteúdo, nem só por sua origem (ato proveniente do Poder Legislativo) ou estrutura (generalidade, abstração e permanência). Importa para sua conceituação seu regime jurídico e sua forma. Isto é, deve ser emanada do Poder com competência constitucional para tal, além de serem atendidas as formalidades exigidas para sua preparação.¹²⁵

Dessas características, conclui a autora, amparada em lições de Rui Medeiros, pela impossibilidade de equiparar-se, para todos os casos, a lei inconstitucional e o ato administrativo. Entende que nem mesmo no caso de leis-objetivo, ou seja, leis vocacionadas à resolução de circunstâncias concretas, a um só tempo lei e execução de lei, retirar-se-ia a característica de ato legislativo. Isso porque “a lei, ainda que no sentido formal, não deixa de ser um ato com características e procedimentos próprios”¹²⁶.

Em se tratando de ato legislativo inconstitucional, não se lhe pode rogar similitude *total* aos atos administrativos. As características próprias da lei, ainda que eivada de vício de inconstitucionalidade, bem como o procedimento peculiar para sua elaboração, desaconselham aludir-se lei como se mero ato administrativo fosse. Guardam diferenças fundamentais, a exigir reconhecimento da responsabilidade do Estado Legislador.

Todavia, em que pese se possa falar (e recomendável o seja) em responsabilidade civil do Estado por lei inconstitucional, o regime a ser adotado será o insculpido no artigo 37, § 6º, da Constituição da República. Consoante ressalta Juliana Cristina Luvizotto, a responsabilidade estatal é unitária, prevendo a Constituição um só regime para a responsabilidade por atos

¹²⁴ Ibidem, p. 221.

¹²⁵ LUVIZOTTO, op. cit., p. 122.

¹²⁶ Ibidem, p. 123.

comissivos e omissivos praticados pelo Estado, operando-se, porém, a divisão funcional do poder, exercido por órgãos diferentes.¹²⁷

Fundamentada a relevância de se investigar a responsabilidade civil do Estado Legislador por ato inconstitucional, importa definirem-se os *pressupostos* ensejadores dessa responsabilidade.

De acordo com Marçal Justen Filho, três são os elementos configuradores da responsabilidade civil extracontratual do Estado: (i) dano material ou moral sofrido por alguém; (ii) ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado; e (iii) nexos de causalidade entre o dano e ação ou omissão estatal. Por conseguinte, a responsabilidade estatal depende da existência do nexos de causalidade entre um dano, material ou moral, e a conduta antijurídica a ele imputável.¹²⁸

A relação de causalidade entre a conduta estatal antijurídica e o resultado danoso deve ser necessária e suficiente, uma vez que “[a] mera consumação do dano na órbita individual de um terceiro é insuficiente para o surgimento da responsabilidade civil do Estado”.¹²⁹ Mostra-se imprescindível a demonstração de que da conduta estatal originou-se o dano.

Outrossim, não se cogita de responsabilidade no exercício do poder constituinte originário. É a partir dele que se constitui a ordem jurídica e a estrutura política do Estado, sendo insuscetível de causar danos indenizáveis. De modo diverso, contudo, opera o poder constituinte derivado, haja vista já ser poder condicionado pela ordem jurídica. Neste caso, torna-se plenamente sindicável a responsabilidade estatal.¹³⁰

Com o fito de se estabelecer um quadro sinóptico, pode-se concluir que o Estado Legislador será chamado a indenizar o cidadão uma vez perfectibilizados três elementos: (i) uma conduta antijurídica no desempenho da função legislativa típica, (ii) que leve a um dano material ou moral na esfera jurídica do lesado, (iii) uma vez comprovado o nexos de causalidade entre a conduta estatal e o dano a ela imputável.

Desses pressupostos exsurtem quatro questionamentos que permeiam o estudo da responsabilidade civil do Estado por lei inconstitucional. São eles: o dever indenizatório estatal

¹²⁷ *Ibidem*, p. 124.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 226-248, p. 229.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 230.

¹³⁰ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *Responsabilidade civil do Estado Legislador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 136.

basta-se na configuração de um fato ilícito ou, antes, incidirá em uma conduta antijurídica?; há necessidade de declaração da inconstitucionalidade da lei para que surja a responsabilidade estatal?; qual o sentido e o alcance do dano indenizável? Nesse ponto, investiga-se se a lei formal ou organicamente inconstitucional e a execução de lei inconstitucional podem provocar dano indenizável. E, por último, indaga-se acerca do fato do lesado.

2.4.1. Conduta antijurídica

A responsabilidade civil do Estado Legislador pressupõe o descumprimento, pelo legislador, de um dever jurídico imposto pelo ordenamento jurídico. Essa inobservância legislativa decorre da contrariedade às regras e aos princípios constitucionais. Mas não somente. Também advém de lei ordinária que ofende a preceitos de lei complementar, uma vez que estas, do ponto de vista formal, contêm matéria constitucional.¹³¹

Diversamente, a desconformidade entre o direito infraconstitucional anterior e a Constituição nova não configura violação de dever jurídico.¹³² Caso a norma pré-constitucional guarde compatibilidade com a Constituição nova, será ela recepcionada; *a contrario sensu*, será caso de revogação.

Consoante Maurício Jorge Pereira da Mota, a responsabilidade estatal implica o reconhecimento de dois elementos, um formal e um material. Aquele constitui-se na violação de um dever jurídico preexistente, ao passo que o elemento material identifica-se com o dano, moral ou material, infligido a outrem.¹³³

Dano, segundo o autor, apoiando-se na doutrina de Ludwig Enneccerus, é “toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição, etc.)”.¹³⁴ Por conseguinte, o dano, para ser indenizável, deve atingir um interesse *juridicamente* protegido.

¹³¹ Ibidem, p. 137.

¹³² Ibidem, p. 138.

¹³³ Ibidem, p. 138.

¹³⁴ Ibidem, p. 138.

Este também é o entender de Rui Medeiros, para quem, ao analisar a Constituição portuguesa, haverá responsabilidade do Estado por ilícito legislativo na medida em que da inconstitucionalidade da lei resulte um fato ilícito. Para o autor,

há um facto ilícito legislativo sempre que a aprovação da lei inconstitucional (ou ilegal), em face da legislação em vigor nesse momento, viole direitos, liberdades e garantias ou ofenda quaisquer outros direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares.¹³⁵

Destarte, para o autor português, o dano indenizável poderá advir da violação de qualquer direito subjetivo ou interesse legalmente protegido. Alerta, entretanto, que a ilicitude (aqui entendida em sentido amplo) da conduta do legislador não guarda relação com a possibilidade de ele, legislador, vir a revogar lei anterior que protegesse determinado interesse dos particulares. Nesse caso, é plenamente possível a revogação, contanto que esteja conforme a Constituição.¹³⁶ Trata-se de ato legislativo lícito que não enseja a obrigação de indenizar.

Sob perspectiva similar, a lei pode afigurar-se como fato ilícito, e, ainda assim, não dar azo ao surgimento do dever de indenizar estatal. Ocorre que o fato ilícito proveniente do desempenho inconstitucional da função legiferante pode não vulnerar um interesse *juridicamente* protegido, a desincumbir o Poder Público da responsabilidade.¹³⁷

Importa observar, ainda, que o *fato ilícito* mencionado por Maurício Jorge Pereira da Mota e por Rui Medeiros encerra em si, hodiernamente, um sentido amplo. O autor português, inclusive, frente à ordem constitucional lusitana, também propugna pela adoção de um conceito amplo de ilicitude.¹³⁸

Antijuridicidade e ilicitude são conceitos distintos, razão por que merecem esclarecimento. Antijurídico é o ato contrário a direito. Já o ilícito (*stricto sensu*) constitui-se em espécie de antijuridicidade, referindo-se a uma afronta à lei.

Conforme explana Bruno Miragem, a antijuridicidade “decorre da violação de disposição de lei ou de preceito integrante do ordenamento jurídico” ou, ainda, da violação de um direito alheio.¹³⁹ Define-se conduta antijurídica como “aquela que, ao violar norma ou

¹³⁵ MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 172.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 172.

¹³⁷ MOTA, op. cit., p. 142.

¹³⁸ MEDEIROS, op. cit., p. 172.

¹³⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 118.

direito alheio, der causa, por isso, a um dano injusto, independentemente de haver norma proibitiva genérica ou específica”¹⁴⁰. Desse modo, a contrariedade a direito ultrapassa a mera violação expressa de preceito normativo.¹⁴¹ Em outras palavras, a conduta antijurídica engloba em si o ilícito ou ilegal, porém transcende a estes para abarcar também situações que vão além do ordenamento jurídico positivo.

Ressalta o autor civilista que *a priori* o ato antijurídico não precisa ser censurável pela presença de dolo ou culpa, tampouco imputável. Basta para sua configuração um sujeito e um ordenamento jurídico, bem como a relação por eles estabelecida.¹⁴² Foca-se no nexo de causalidade, melhor se conformando à responsabilidade objetiva. Nesse sentido, deve-se entender a conduta do legislador que exerce de modo inconstitucional sua função precípua como antijurídica, e não somente como ilícita.

Ao editar uma lei inconstitucional o Legislativo pode não somente ofender a uma norma ou preceito expressamente previsto na Carta Maior, mas também pode infringir normas implicitamente nela contidas. Está tanto num caso como noutro violando a Constituição. Demonstrando o dano em decorrência dessa conduta do legislador, deve incidir a obrigação de indenizar o cidadão lesado.

Compreender a conduta inconstitucional do legislador como antijurídica – e não só como ilícita – afigura-se pressuposto para uma maior proteção à esfera jurídica do lesado. Assim proceder torna-se forçoso a fim de que se assegure uma efetiva tutela dos direitos, alçada a direito fundamental por força do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

2.4.2. Dispensabilidade de prévia declaração de inconstitucionalidade da lei para fins de responsabilização do Estado pela edição de ato legislativo

José Cretella Júnior – tal quais a doutrina e a jurisprudência tradicionais – considera necessária a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais para que se reconheça a obrigação de indenizar do Estado.¹⁴³ Separa a lei inconstitucional em dois momentos: um antes

¹⁴⁰ Ibidem, pp. 121-122.

¹⁴¹ Ibidem, p. 118.

¹⁴² Ibidem, p. 121.

¹⁴³ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 155.

e outro depois da declaração de inconstitucionalidade. Caso o Poder Judiciário não proclame a inconstitucionalidade da lei, esta continuará produzindo todos seus efeitos, em atenção à presunção de constitucionalidade de que gozam as leis. De outra sorte, se decretada a inconstitucionalidade, os atos praticados na vigência da lei serão reputados “ilícitos”, aplicando-se a responsabilidade civil do Estado.¹⁴⁴

Nesse diapasão, o publicista eleva a declaração da inconstitucionalidade a *prius* indispensável da responsabilidade civil do Estado. De modo que, se não pronunciada a inconstitucionalidade pelo Judiciário, “o preceito legal tem livre trânsito e se faz sentir em todo meio social como se fosse perfeitamente válido”¹⁴⁵. Nesse sentir, será o Estado irresponsável até que haja a proclamação da desconformidade da lei à Constituição pelo Poder competente. Isso ocorre devido à presunção de constitucionalidade que milita a favor dos atos legislativos.¹⁴⁶

Precedente antigo do Supremo Tribunal Federal também partilha desse posicionamento. Cuida-se do Recurso Extraordinário nº 8.889, de relatoria do Ministro Castro Nunes, julgado em 19 de julho de 1948,¹⁴⁷ assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. O Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional. (*grifou-se*)¹⁴⁸

Malgrado o argumento da prévia declaração da inconstitucionalidade pelos tribunais para efeito de responsabilização estatal ainda hoje reverberar, a doutrina mais recente flexibiliza esse entendimento. Maria Emília Mendes Alcântara excepciona tal necessidade na medida em que existem casos em que se mostra irrelevante a inconstitucionalidade da lei. Há situações em que o direito de reparação deriva antes da lesividade do ato praticado pelo agente público do que propriamente da lei inconstitucional. Nesses casos, bastaria a comprovação do dano e sua conexão direta e imediata com a atuação do Poder Legislativo.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Ibidem, pp. 287.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 288.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 288.

¹⁴⁷ Perceba-se que o precedente é anterior à doutrina de José Cretella Júnior, o que evidencia tratar-se de entendimento majoritário à época tanto na doutrina como na jurisprudência. Posicionamento que merece reforma parcial, conforme se verá.

¹⁴⁸ *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 20, pp. 42-45, abr./jun., 1950.

¹⁴⁹ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 66.

Lança mão do seguinte exemplo:

[...] determinada lei estabelece o monopólio sobre determinado setor industrial, apresentando, todavia, vício de inconstitucionalidade na sua feitura. Ora, tratando-se de inconstitucionalidade formal podemos afirmar que o prejuízo econômico causado aos industriais do setor, pela impossibilidade de poderem continuar a desempenhar atividade até então entregue à iniciativa privada, sobreviria ainda que o ato fosse formalmente perfeito do ponto de vista constitucional. Constitucional ou inconstitucional o ato, os efeitos jurídicos seriam os mesmos.¹⁵⁰

Diante disso, entende a autora que existem duas possibilidades em relação à obrigação de indenizar em virtude de lei inconstitucional. A primeira constitui-se nos casos em que independe questionar-se sobre a “licitude” ou não do ato legislativo. Releva apenas a demonstração de um dano especial e anormal (pressupostos da responsabilidade por ato constitucional), isto é, a demonstração de um sacrifício individual de direitos.¹⁵¹ Aqui o fundamento do pedido de indenização reside na ocorrência do dano ocasionado pelo ato estatal, e não na inconstitucionalidade.¹⁵²

De outra senda, uma segunda possibilidade leva em consideração a declaração de inconstitucionalidade. Nessa hipótese, há ruptura do princípio da legalidade, e, em razão disso, os prejuízos ao lesado resultam diretamente da norma inconstitucional. A responsabilidade estatal torna-se possível tão somente em decorrência do ato legislativo inconstitucional. Será o fundamento do pedido, portanto, a própria inconstitucionalidade da lei.¹⁵³

Marisa Helena D’Arbo Alves de Freitas argumenta, igualmente, no sentido de que a prévia declaração da inconstitucionalidade realizada pelos tribunais representa uma proteção ao

¹⁵⁰ Ibidem, pp. 67-68.

¹⁵¹ Ensina José Joaquim Gomes Canotilho que dano especial é aquele que só atinge *um indivíduo ou grupo de indivíduos*. Nesse sentido, se o Poder Público impusesse um encargo generalizado a todos os cidadãos, não ensejaria o reconhecimento do dever indenizatório do Estado. Por outro lado, a anormalidade do dano refere-se à sua *excepcional gravidade*; é o dano *inequivocamente* grave. Destarte, para a configuração de um dano especial e anormal, cabe “em primeiro momento, saber se um cidadão ou grupo de cidadãos foi, através dum encargo público, colocado em situação desigual aos outros; em segundo lugar, constatar se o ónus especial tem gravidade suficiente para ser considerado sacrifício”. Disso concluir o jurista português que a exigência desses dois requisitos da responsabilidade do Estado por atos lícitos fundamenta-se em um duplo limite: (i) evitar a sobrecarga do tesouro público, limitando o dever de indenizar estatal ao caso de danos inequivocamente graves; e (ii) procurar ressarcir os danos que incidam desigualmente sobre certos cidadãos, desde que sejam graves. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974, pp. 271-283. Sobre a responsabilidade do Estado por atos legislativos constitucionais, confira-se ainda FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos*. Franca: UNESP-FHDSS, 2001, pp. 103-107.

¹⁵² ALCÂNTARA, op. cit., p. 67.

¹⁵³ Ibidem, p. 68.

particular menos eficaz àquela dada em relação aos atos constitucionais. A responsabilidade do Estado, neste caso, pressupõe o ato estatal e o dano (especial e anormal), bem como o nexo de causalidade entre ambos. Já no caso de ato legislativo inconstitucional, o pedido de reparação deveria estar fundamentado, além dos requisitos supra referidos, na prévia declaração da invalidade da lei. Aduz que a exigência desse procedimento mostra-se “incoerente e restritivo ao exercício do direito do particular”, porque acaba por lhe tolher ou obstaculizar direito certo e inquestionável de ser ressarcido por danos ilicitamente a ele impostos.¹⁵⁴

Nesse sentido também se erige o entender de Maurício Jorge Pereira da Mota. Para ele, condicionar o julgador à prévia declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais significa vulnerar a garantia constitucional da “justiça temporalmente adequada” ou “adequação temporal”, por meio da qual é direito do cidadão obter, em tempo útil, sentença executória com força de caso julgado.¹⁵⁵

Como no Brasil se adota um sistema misto de controle judicial de constitucionalidade das leis, em que convivem a um só tempo o controle abstrato e o controle difuso, “nada justifica que tal matéria de fato seja, *prima facie*, insindicável pelo juiz ordinário antes da referida declaração dos tribunais”.¹⁵⁶ Tal situação é corroborada pelo fato de ser a presunção de constitucionalidade das leis uma presunção *juris tantum*, a admitir prova em contrário, característica fulcral do “processo” de conhecimento.¹⁵⁷

Seguindo essa concepção, Júlio César dos Santos Esteves conclui que a indenização reconhecida em virtude da lei inconstitucional, no caso concreto, “pode, efetivamente, traduzir-se na pretensão essencial do autor da ação, o que não há de ser visto como algo descabido ou ilegítimo na sistemática constitucional e processual em vigor”.¹⁵⁸

Acresce ao argumento que, consoante o STF, atos emanados do Poder Legislativo de efeitos concretos não são passíveis de controle concentrado de constitucionalidade, porque despidos de abstração, generalidade e impessoalidade. Diante disso, a ação direta de inconstitucionalidade não se presta para invalidar lei-medida. Se esta, porém, vier a causar dano ao cidadão, estaria ele sem qualquer amparo judicial, o que não se coaduna com a garantia

¹⁵⁴ FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos*. Franca: UNESP-FHDSS, 2001, p. 103.

¹⁵⁵ MOTA, op. cit., p. 142.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 142.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 142.

¹⁵⁸ ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 231.

constitucional de acesso ao Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.¹⁵⁹

Há de se referir que a orientação recente do Supremo Tribunal Federal está em prestigiar a possibilidade de que a declaração de inconstitucionalidade seja também reconhecida em sede incidental. De acordo com o precedente exarado na Reclamação nº 4.335 – AC (já estudado no item 2.3.), a Corte Suprema admitiu eficácia *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário da Corte em controle difuso. Atestou, assim, que suas decisões possuem *caráter expansivo*, mesmo que respeitantes a julgados incidentais.

Com isso, torna-se legítimo inferir, com Juliana Cristina Luvizotto, que poderá ser declarada a inconstitucionalidade da lei em controle difuso a fim de que se estabeleça a responsabilização do Estado Legislador, “principalmente quando o STF já a tenha pronunciado em determinado caso ou quando a norma legal que se questiona for análoga a outra também já apreciada e reconhecida como em dissonância com o Diploma maior”.¹⁶⁰

Percebe-se que o argumento da doutrina e da jurisprudência tradicionais, segundo o qual deve haver prévia declaração da inconstitucionalidade da lei pelos tribunais, em controle abstrato, para que possa ser admitida responsabilidade civil do Estado, parece ter sido flexibilizado na atual experiência jurídica brasileira.

Dois são os motivos que conformam este novo estado de coisas. O primeiro é o reconhecimento pelo STF do caráter expansivo de suas decisões, quer em controle abstrato, quer em controle difuso de constitucionalidade. Em razão disso, cristalizou-se a possibilidade de decretação de inconstitucionalidade da lei incidentalmente, sem a exigência de antes ser levada à deliberação pelo tribunal de cúpula ou órgão especial.

O segundo motivo esteia-se no fundamento de que, em certos casos, não se faz mister a pronúncia de inconstitucionalidade para fazer incidir o dever de indenizar estatal. Configura-se situação em que basta a demonstração da causalidade entre ato legislativo estatal e dano à esfera juridicamente protegida. Ressalte-se que o dano deverá revestir-se de especialidade e anormalidade, a comprovar o sacrifício individual de direitos. Reger-se-á, nesta ocasião, a responsabilidade do Estado Legislador pelo regime jurídico atribuído aos atos constitucionais.

¹⁵⁹ Ibidem, pp. 231-232.

¹⁶⁰ LUVIZOTTO, op. cit., p. 129.

2.4.3. Dano indenizável

Não é qualquer dano que atrai a obrigação do Estado a indenizar. Para surgir o dever jurídico estatal, o dano deve redundar em lesão a direito ou interesse juridicamente protegidos. Configura-se naquele que “além de importar numa deterioração dos bens jurídicos de alguém, importa também em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor desse alguém”.¹⁶¹ Além disso, dever ser certo, e não eventual ou possível. Assim, poderá ser atual ou futuro, englobando danos emergentes e lucros cessantes.¹⁶²

Da análise do dano indenizável pertinente à responsabilidade civil do Estado por lei inconstitucional, duas questões sobressaem. Indaga-se, em um primeiro momento, se a lei formal ou organicamente inconstitucional daria causa à obrigação de indenizar do Estado. E, em se afigurando positiva a resposta, qual o alcance dessa responsabilização. Transposto o problema, surge a discussão de se a execução da lei inconstitucional poderia igualmente produzir dano indenizável.

2.4.3.1. A questão da lei formal ou organicamente inconstitucional

Conforme José Joaquim Gomes Canotilho, o vício de inconstitucionalidade origina-se da desconformidade do ato normativo com o parâmetro constitucional. Daí a doutrina distinguir três espécies de vícios: formais, procedimentais e materiais. Estes dizem respeito ao conteúdo do ato, a demonstrar o descompasso entre os princípios incorporados no ato e as normas ou princípios da Constituição.¹⁶³

Os vícios formais, por sua vez, “incidem sobre o *acto normativo tal*, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma da sua exteriorização”.¹⁶⁴ Nesse sentido, quando houver uma inconstitucionalidade formal, viciado será o ato, “nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final”.¹⁶⁵

¹⁶¹ MOTA, op. cit., p. 141.

¹⁶² Ibidem, p. 141.

¹⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed., rev. Coimbra: Almedina, 1996, p. 1013.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 1013.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 1013.

Vícios de procedimento referem-se ao “procedimento de formação, juridicamente regulado, dos actos normativos”. Abrangem os atos necessários para a produção final do ato normativo. Sob a perspectiva da doutrina clássica, os vícios de procedimento estão englobados nos vícios formais.¹⁶⁶

A partir da distinção entre os vícios geradores de inconstitucionalidade, pode-se depreender que a lei formal ou organicamente inconstitucional constitui violação ao procedimento constitucionalmente estabelecido para sua formação. Uma vez inobservado o *iter legis* estatuído pela Carta Constitucional, configura-se a inconstitucionalidade formal ou orgânica da lei.

Em vista disso, impõe-se a seguinte pergunta: a inconstitucionalidade formal da lei é bastante para imputar responsabilidade ao Estado?

De plano, pode-se admitir que uma norma legislativa poderá causar dano direto e imediato, independentemente de ter havido ou não um ato de execução. Maurício Jorge Pereira da Mota cita o exemplo de lei que institui nova reserva ecológica, retirando todo o conteúdo econômico das propriedades localizadas na área, pelo simples fato de sua edição. Menciona também as leis-medidas ou leis-individuais, que são aplicáveis de imediato.¹⁶⁷ Poderão tais leis, assim também aquelas de caráter geral e abstrato, apresentarem não só desconformidade substancial com a Constituição – situação peremptória de responsabilidade –, como igualmente revelarem vícios formais ou orgânicos conflitantes com a Carta Política. Neste último caso, torna-se legítimo imputar ao Estado a obrigação de indenizar?

Júlio César dos Santos Esteves julga plenamente cabível a responsabilidade do Estado Legislador quando se apresentam vícios na elaboração legislativa que, além de insanáveis, afrontam diretamente a ordem jurídica. Assim se procede em vista da proteção do princípio democrático, mediante o qual o procedimento de elaboração legislativa deve ser rigorosamente observado.¹⁶⁸

No que concerne à obrigação de indenizar os danos causados por leis orgânico-formalmente inconstitucionais, tornam-se mais nítidas suas hipóteses a partir do estudo da intitulada *causa virtual* do dano.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 1014.

¹⁶⁷ MOTA, op. cit., pp. 143-144.

¹⁶⁸ ESTEVES, op. cit., p. 228.

Denomina-se *causa virtual* do dano determinado fato que teria produzido o dano se ele não tivesse sido produzido por outro. Certo fato gera um dano, sendo chamado *causa real*, porque foi o verdadeiramente operante ou efetivo. Por outro lado, se este fato não tivesse ocasionado o prejuízo, outro fato o teria produzido, isto é, uma causa puramente conjectural ou hipotética (*causa virtual*).¹⁶⁹

Bruno Miragem assim esclarece o termo:

Denomina-se causa virtual determinado fato imputável ao agente, em relação ao qual, embora possa ser identificado como causa possível de um dano, deixa de ter esta contribuição na cadeia causal, em face da intervenção de uma causa real, que termina por tornar efetiva sua ocorrência. A causa virtual, portanto, é aquela que remanesce de processo causal determinado, que, todavia, é interrompido pelo advento de uma causa virtual, a qual vem efetivamente realizar o dano. Em outros termos, *a causa virtual seria aquela que realizaria ordinariamente o dano, não fosse a intercorrência de outra causa – dita real –, que vem de fato a produzi-lo.*¹⁷⁰ (grifou-se)

Destarte, consoante ressalta o autor, a regra é a de que responderá pelo dano somente aquele a quem for atribuída sua causa real. Além disso, o efeito da causa virtual recairá na mensuração do dano e da indenização.¹⁷¹

A relevância negativa da causa virtual para a definição da responsabilidade do Estado em leis com vícios formais ou orgânicos reside, conforme assevera Rui Medeiros, em “determinar se o Estado deve reparar os danos que causou ilicitamente (causa real), quando demonstra que, em qualquer caso, alcançaria o mesmo resultado, actuando de uma forma lícita (causa virtual)”.¹⁷² Em outros termos, a questão radica em saber se o Estado estaria isento de responsabilidade em casos em que, embora tenha procedido de modo antijurídico, o dano causado resultaria mesmo tendo agido de acordo com a lei e o Direito.

Para tal definição, o autor português distingue duas situações, ambas amparadas na possibilidade ou não de retroatividade de lei nova. Antes de mais, há de se advertir que a relevância negativa da causa virtual pressupõe a reedição da lei eivada de vícios formais ou orgânicos, desta vez preenchendo os requisitos constitucionais anteriormente violados.

¹⁶⁹ MEDEIROS, op. cit., p. 205.

¹⁷⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 254.

¹⁷¹ Ibidem, p. 254.

¹⁷² MEDEIROS, op. cit., p. 206.

A primeira situação passível de distinção refere-se à hipótese em que mesmo com a reedição da lei inconstitucional, agora livre de vícios formal-orgânicos, o dano teria ocorrido.¹⁷³ Neste caso, a lei nova poderia retroagir, não havendo qualquer responsabilidade do Estado. É o que ocorreria, no exemplo hipotético trazido por Maurício Jorge Pereira da Mota, quando uma lei formalmente inconstitucional determinasse o abate de gado contaminado pela febre aftosa. Em sendo declarada inconstitucional esta lei, teriam direito a indenização os proprietários dos animais abatidos?¹⁷⁴

Lembra o autor que a Constituição brasileira não proíbe a edição de leis retroativas, desde que não prejudiquem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI).¹⁷⁵

No caso em tela, porém, não há direito adquirido. O que se tem é uma situação antijurídica, uma vez que o gado aftoso representa risco à saúde pública. Ainda que se reeditasse a lei sem os vícios formais de constitucionalidade, a nova lei não atingiria direitos adquiridos. A propriedade dos animais afetados pela doença configura situação desconforme com o Direito. Frise-se que toda situação antijurídica não gera direito adquirido, razão por que sob o Estado não incidiria obrigação de indenizar. A antijuridicidade do fato (propriedade dos animais aftosos) independe da inconstitucionalidade formal da lei; ou seja, o suposto dano causado aos proprietários não advém do vício formal ou orgânico, e sim de condição alheia à lei (de o gado ter contraído a doença).

De modo diverso opera a segunda situação enunciada por Rui Medeiros. Sendo a mais frequente, essa hipótese alude aos danos provenientes da falta de disponibilidade do bem durante o período que a norma formal ou organicamente inconstitucional teve vigência. Cuida-se dos danos *medio tempore* que não teriam sido causados por uma nova lei, idêntica à anterior, de efeitos *ex nunc*, isto é, dispondo somente para o futuro.¹⁷⁶

Essa hipótese aclara-se a tomar por base o exemplo sugerido por Maurício Jorge Pereira da Mota. Ei-lo: lei formalmente inconstitucional que estabelece o monopólio estatal do nióbio-titanato, por razões de segurança nacional. *In casu*, as consequências da lei com vícios formais de constitucionalidade (causa real) se equivaleriam às da lei posteriormente editada sem vícios (causa virtual), pois ambas redundariam na indenização às empresas pelo prejuízo causado em

¹⁷³ Ibidem, p. 211.

¹⁷⁴ MOTA, op. cit., p. 146.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 146.

¹⁷⁶ MEDEIROS, op. cit., p. 211.

seu patrimônio produtivo. No entanto, não haveria danos *medio tempore* suportados pelas empresas caso a lei nova, idêntica à anterior e sem vícios formais, só dispusesse para o futuro. Se, porém, essa nova lei retroagir, as empresas deverão ser indenizadas pelo Estado. O particular tem direito de exercer atividade lícita até que sobrevenha lei que a torne ilícita. Trata-se de direito já incorporado a seu patrimônio, não podendo lei posterior retroagir prejudicando direito adquirido.¹⁷⁷

Do exposto, coerente se faz concluir, com Rui Medeiros e Maurício Jorge Pereira da Mota, que a relevância negativa da causa virtual, em matéria de responsabilidade civil do Estado por leis orgânico-formalmente inconstitucionais, aparece quando lei nova, idêntica à anterior e conforme à Constituição, sacrificar retroativamente direito ou interesse do particular, em inobservância à proteção constitucional fundamental do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.¹⁷⁸ Nesta hipótese, portanto, caberá responsabilidade do Estado Legislador.

2.4.3.2. A questão da execução da lei inconstitucional

Questionamento que segue, uma vez admitida a viabilidade de lei formal ou organicamente inconstitucional ensejar responsabilidade, é o seguinte: ao Estado Legislador igualmente seriam imputáveis os danos causados em decorrência de atos de execução vinculada?

Para uma resposta satisfatória, Maurício Jorge Pereira da Mota destaca ser preciso verificar se o ato de aplicação da lei é consequência necessária da própria lei.¹⁷⁹ É dizer, deve-se averiguar o nexos de causalidade entre a conduta antijurídica e o dano. Para tanto, o autor se baseia na teoria da interrupção do nexos causal, acolhida pelo STF. Segundo essa teoria, o fundamento do nexos de causalidade está no dano direto e imediato. O nexos causal só será admitido quando o dano for efeito necessário de uma causa, abarcando sempre o dano direto e imediato e, por vezes, o dano indireto e remoto, contanto que, neste caso, não existam concausas

¹⁷⁷ MOTA, op. cit., p. 147.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 147; e MEDEIROS, op. cit., p. 213.

¹⁷⁹ MOTA, op. cit., p. 144.

sucessivas. Desse modo, o dano indireto e remoto, em regra, não é indenizável, devido ao surgimento de concausas. No entanto, se estas não se fizerem presentes, caberá indenização.¹⁸⁰

Essa teoria pode perfeitamente ser transladada para o campo da responsabilidade do Estado Legislador. Por consequência, o Estado responderá direta e imediatamente pelos danos oriundos da lei inconstitucional, podendo, todavia, também ser obrigado a indenizar danos indiretos e remotos decorrentes da aplicação dessa lei.

A execução da lei representa consequência necessária do ato legislativo. Consoante explica Maurício Jorge Pereira da Mota, sendo “a consequência normal, previsível, da aprovação da lei inconstitucional, verifica-se assim a existência do nexo de causalidade entre a lei e esse ato (de mera mediação) com o dano causado a terceiro”.¹⁸¹ Dessarte, todo ato de execução de lei que for *consequência ordinária necessária* da edição do ato legislativo, em causando dano a particular, trará à evidência a responsabilidade civil do Estado Legislador.

Saliente-se que, malgrado ser ato administrativo, a execução da lei inconstitucional pertence a um problema que surge no âmbito do Estado Legislador, irradiando efeitos no plano administrativo a partir da aplicação da lei. De qualquer sorte, o regime jurídico da responsabilidade estatal adotado pela Constituição de 1988 é uno. A responsabilidade civil do Estado afigura-se uma só, de modo a importar, para fins práticos de imputação ao Estado do dever indenizatório, apenas a comprovação de que da execução da lei inconstitucional sobreveio dano injusto ao cidadão.

Por derradeiro, inescusável se reputa o ato praticado por agente público com base em norma *manifestamente* inconstitucional.¹⁸² Como aponta com acerto Maurício Jorge Pereira da Mota, o agente do Estado está juridicamente obrigado a não observar lei que seja flagrantemente avessa às normas e aos preceitos constitucionais, sob pena de incorrer em ato ilícito culposo. Por óbvio que a verificação do dolo ou da culpa do agente terá lugar tão só para se assegurar o direito de regresso, haja vista o Estado responder objetivamente pelos atos de seus agentes. Para

¹⁸⁰ Ibidem, p. 144.

¹⁸¹ Ibidem, p. 145.

¹⁸² Bem se sabe que a palavra *manifestamente* é termo vago, que, exatamente por isso, precisará do caso concreto para ter preenchido seu significado. Nada obstante, pode-se aventar *in abstracto* que uma norma *manifestamente* inconstitucional seja aquela que cumpra os requisitos exigidos de um “homem médio” (apesar de todas as críticas que se lançam à expressão). Assim, a exigência do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei pelo agente público se vincula ao nível de conhecimento jurídico esperado para o desempenho das atribuições do cargo em que está investido. Necessitando de conhecimentos mais apurados, mais profundos para o reconhecimento da inconstitucionalidade, não se lhe pode imputar o discernimento da contrariedade à Constituição.

o indivíduo lesado, trate-se de responsabilidade por ato legislativo ou por ato administrativo, as consequências jurídicas serão as mesmas, a saber, o ressarcimento do dano.¹⁸³

2.4.4. Fato do lesado

Como se expôs no item 2.2., vigora no Brasil o entendimento majoritário de que a lei inconstitucional é írrita, destituída de eficácia jurídica. Disso concluir que, em princípio, porque inválida, não poderia tal norma obrigar a Administração Pública, nem mesmo os particulares. Eivada de vício de constitucionalidade, não teria a lei sua imperatividade assegurada. Não sendo a norma inconstitucional obrigatória, o dano que dela surgisse não seria indenizável.

Acertadamente refuta Rui Medeiros tal conclusão. Com precisão, assevera que a “generalidade das pessoas não tem quaisquer conhecimentos de direito e ignora o sentido das normas constitucionais, não estando habilitada para formular um juízo sobre a constitucionalidade das leis e dos actos que as aplicam”.¹⁸⁴ Assim, “o cumprimento da lei contrária à Constituição ou a não impugnação do acto que a concretiza constituem consequências normais, naturais, prováveis, da entrada em vigor da norma inconstitucional”, o que autoriza supor ser a conduta do legislador bastante para que se desencadeie responsabilidade estatal, concorra para com ela ou não o fato do lesado.¹⁸⁵

Veja-se que o cerne do problema não se encontra na imputabilidade, já que a importância não reside em se precisar o nexo de causalidade. De que o dano é imputável ao Estado não resta dúvida – é cristalino o nexo de causalidade entre o ato estatal e o dano. A questão está em saber se o fato de o lesado ter concorrido para a produção ou agravamento dos danos ao cumprir a lei inconstitucional releva para fins de eximir o Estado da obrigação de indenizar.

Rui Medeiros manifesta-se pela admissão da responsabilidade do Estado nos casos de lei que produza efeitos imediatos na esfera jurídica dos cidadãos, a causar danos, porquanto os destinatários da norma não teriam a oportunidade de impedir a produção ou o agravamento dos danos. Daí estabelecer duas hipóteses nesses casos. A primeira constitui-se quando a lei

¹⁸³ MOTA, p. 145.

¹⁸⁴ MEDEIROS, op. cit., p. 218.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 218.

inconstitucional impõe deveres sob a ameaça de sanções. Por óbvio, a (re)ação normal, esperada do particular, será o cumprimento da norma.¹⁸⁶

A segunda conjectura vislumbra-se quando a norma legislativa, mesmo não prevendo sanção, acaba por provocar dano sem qualquer possibilidade de o particular lograr evitar os prejuízos. Ou seja, as consequências danosas resultantes da entrada em vigor da lei não são afastadas pelo cumprimento da lei. Um exemplo, escorando-se no enunciado pelo autor português, seria uma lei inconstitucional que tornasse ilegal a venda de automóveis. Por mais que as empresas continuassem a comercializar os veículos, o volume de venda reduziria consideravelmente, produzindo vultosos prejuízos econômicos.¹⁸⁷

Logo, a inferência a que chega o autor lusitano – com a qual se concorda em inteiro teor – é no sentido de que caberá responsabilidade civil do Estado quando uma norma legislativa inconstitucional exequível por si mesma causar danos a terceiros, *não tendo estes concorridos para o resultado*. Em numerosas ocasiões, a conduta do lesado não contribui para a produção ou agravamento dos danos que advém de lei inconstitucional de efeitos imediatos. Nesses casos, o lesado não dispõe de meios suficientemente eficazes para evitar os prejuízos causados pela lei em seus direitos ou interesses juridicamente protegidos.¹⁸⁸

Acrescente-se que, na ordem jurídica brasileira, sob as leis e os atos do Poder Público em geral prevalece presunção de constitucionalidade. Quer dizer, todos os órgãos públicos devem pautar suas condutas consentaneamente à Constituição, respeitando regras, princípios e valores ali estabelecidos. Essa presunção cria no cidadão o convencimento de que o Poder Público está agindo rigorosamente dentro dos limites constitucionais, de modo que ele, cidadão, cumpre espontaneamente a lei inconstitucional por acreditar ser ela constitucional. Por essa razão, é legítimo inferir que existe correlação direta entre o ato do legislador – isto é, a edição da lei – e o seu cumprimento pelo particular.¹⁸⁹

Por efeito da presunção de constitucionalidade das leis, a consequência previsível, normal da entrada em vigor da lei será seu cumprimento por todos que a ela estão submetidos. O fato da vítima, de executar a lei inconstitucional, não pode ser considerado causa única do prejuízo a si causado, porque a lei, presumidamente constitucional, concorre de forma direta

¹⁸⁶ Ibidem, pp. 223-224.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 224.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 227.

¹⁸⁹ MOTA, op. cit., p. 150.

para a eclosão do dano.¹⁹⁰ Não há de se esperar que as pessoas detenham conhecimentos jurídicos suficientes para realizar um juízo de constitucionalidade das leis antes de as aplicar. É nesse sentido que a conduta do legislador surge como causa principal do dano.

Ademais, como observa Maurício Jorge Pereira da Mota, para que se configure culpa exclusiva da vítima, devem-se demonstrar dois elementos, quais sejam, ato ilícito e culpável. Nenhum deles se faz presente na hipótese de lei inconstitucional que causa dano sem ter havido concorrência do lesado. Não há falar em ato ilícito, porquanto engendra-se uma situação de inexigibilidade de conduta diversa, já que a lei é presumivelmente constitucional (em virtude da presunção de constitucionalidade). Igualmente, culpável não se constitui o ato. Não se exige que todo cidadão tenha, medianamente, profundos conhecimentos jurídicos capazes de ponderar sobre a constitucionalidade das leis. O que se espera do administrado é tão somente a conformidade de seu agir às leis e aos atos do Poder Público.¹⁹¹

Sobre o assunto, impende referir ainda a súmula nº 266 do STF. Segundo ela, não cabe mandado de segurança contra lei em tese. Além disso, a Constituição de 1988, embora em seu artigo 103 tenha ampliado os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, não permite que o cidadão *per se* impugne diretamente uma lei que considere inconstitucional. Diante desse cenário, percebe-se que “o particular não dispõe de mecanismos judiciais para impugnar diretamente, a título principal, uma norma legislativa exequível por si mesma”.¹⁹²

Outra hipótese que se discute sobre o fato do lesado afigura-se quando este *concorre*, de alguma maneira, para o dano. Nesse ponto, indaga-se se o Estado estaria obrigado a indenizar danos que poderiam ter sido evitados pelo lesado ao não cumprir a lei inconstitucional. Em outros termos, cuida-se de averiguar se a culpa do lesado pode justificar uma mitigação do dever de indenizar do Estado Legislador quando edita lei inconstitucional.

Antes de mais, reprice-se: milita em favor das leis presunção de constitucionalidade. Antes de sua vigência, percorrem longo e complexo procedimento nas Casas Legislativas, onde, além da deliberação final, passam por comissões para ampliar e aprofundar o debate, como, por exemplo, no caso do Congresso Nacional, as Comissões de Constituição e Justiça, a fim de que, entre outras funções, constatem-se possíveis vícios de legalidade/constitucionalidade. Por isso, torna-se normal esperar das leis a conformidade com a Constituição e, de modo geral, com todo

¹⁹⁰ Ibidem, p. 150.

¹⁹¹ Ibidem, p. 150.

¹⁹² Ibidem, p. 151.

o ordenamento jurídico. Ademais, o nível de consciência sobre a inconstitucionalidade de uma lei que se espera de deputados, senadores e membros do Governo, por óbvio, não configura o mesmo em relação aos cidadãos em geral. Destes não se lhes são exigidos conhecimentos de Direito que possibilitem dirimir eventuais dificuldades de interpretação da Constituição e juízos sobre a constitucionalidade dos atos do Poder Público.

Diante desse contexto, Rui Medeiros afirma que, em um Estado de Direito, é inadmissível que “qualquer facto do lesado, independentemente da sua reprovabilidade, que concorra, com o facto ilícito e culposo do Estado, para a produção ou agravamento dos danos permita a redução ou exclusão da indemnização”.¹⁹³ Ainda que haja a demonstração de culpa do lesado, o Estado não pode ser excluído da obrigação de indenizar.

Como destaca Caio Mário da Silva Pereira, o direito positivo brasileiro consagra a teoria do risco administrativo, esgrimida no artigo 37, § 6º, da Carta Política.¹⁹⁴ Trata-se da adoção da responsabilidade objetiva do Estado, para a qual basta o nexos de causalidade entre o dano e a ação (ou omissão) estatal para ensejar a responsabilidade. Nesse sentido, será na análise das causas do dano injusto que se identificam os casos de exclusão ou atenuação da responsabilidade da Administração Pública, “excluída ou atenuada esta responsabilidade em função da ausência do nexos de causalidade ou da causalidade concorrente na verificação do dano injusto indenizável”.¹⁹⁵ Essas causas agem como excludentes da responsabilidade, haja vista impedirem a configuração do nexos de causalidade, elidindo eventual pretensão indenizatória.¹⁹⁶ Reconhecem-se como excludentes a força maior, o caso fortuito e a culpa exclusiva – ou grave – da vítima.

Todavia, a responsabilidade do Estado Legislador, quando na seara da lei inconstitucional, em virtude de suas idiossincrasias, não compartilha integralmente das excludentes de responsabilidade que se costuma invocar no âmbito da Administração Pública. No desempenho inconstitucional do legislador, a culpa grave da vítima no sentido de ter ela concorrido para o evento danoso aparece como irrelevante para fins de responsabilização. Por se estar diante de ato legislativo desconforme com a Constituição, e tendo em vista que a

¹⁹³ MEDEIROS, op. cit., p. 229.

¹⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 179.

¹⁹⁵ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 40.

generalidade das pessoas não possui conhecimentos jurídicos aprofundados, a responsabilidade pública surge tão só da relação de causa e efeito entre o dano injusto e a lei inconstitucional.

O fato de o lesado concorrer para o dano ou seu agravamento no momento em que cumpre a lei – ação, por sinal, que lhe é aconselhada e esperada – não deve ser causa da exclusão ou atenuação da obrigação de indenizar estatal. O juízo sobre a constitucionalidade da lei é ação exigível dos parlamentares, e não do “homem médio”, desconhecedor, no mais das vezes, do mundo jurídico. Do cidadão exige-se a observância das leis e, no geral, dos atos do Poder Público. Desmesurado seria impô-lo empreendesse complexa ponderação sobre possíveis violações da lei aos preceitos constitucionais.

Em vista disso, permanece incólume o nexos de causalidade entre a edição da lei inconstitucional (ação estatal) e o dano injusto, *mesmo que tenha o lesado concorrido para o resultado*. Torna-se irrelevante para a causação do prejuízo o fato do lesado. No direito brasileiro – assim como na maioria dos países de *civil law* –, a responsabilidade do Estado é objetiva, só o isentando de responder caso se comprove a inexistência do nexos causal entre o agir estatal e o dano produzido. Se a causação deste provier do comportamento comissivo conjunto do Estado e do lesado, o liame causal entre a atuação estatal e o resultado continua a se fazer presente, remanescendo íntegra a responsabilidade do Poder Público.¹⁹⁷

A lei inconstitucional, a partir de sua vigência, configura sempre causa adequada do dano. Em virtude disso, sustenta, com perspicácia, Maurício Jorge Pereira da Mota que, “mesmo havendo falta grave da vítima, no cumprimento de lei manifestamente inconstitucional, como tal comportamento não elide o nexos de causalidade entre a edição da lei (atividade estatal) e o dano, persiste *em sua totalidade* a responsabilidade do Estado” (*grifou-se*).¹⁹⁸ Porque o vício de constitucionalidade reporta culpa exclusiva do legislador, em nada concorrendo o lesado para a configuração de tal vício, não há falar em mitigação da responsabilidade pública – muito menos em sua exclusão.

Outra conclusão parece não ser razoável apadrinhar. Em se tratando de lei inconstitucional, a contribuição culposa do particular não é “exclusiva, completa e suficiente” para elidir o nexos causal entre a edição da lei (comportamento comissivo estatal) e o dano, a não justificar a exclusão do dever indenizatório. A responsabilidade do Estado, por ter natureza

¹⁹⁷ MOTA, op. cit., p. 152.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 152.

objetiva, persiste em sua totalidade.¹⁹⁹ Tampouco se pode imputar culpa grave do lesado que possibilite mitigação no *quantum* a indenizar, tendo em vista que o cidadão ignora cabalmente o sentido e o alcance constitucionais das leis.

2.5. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE COMO LIMITE À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Ao analisar a lei inconstitucional (item 2.2.), viu-se que, no Brasil, a jurisprudência e a doutrina tradicionalmente acolheram, como regra geral, a teoria da nulidade, originária do sistema de *judicial review* surgido nos Estados Unidos a partir do *leading case* Marbury vs. Madison, em 1803. Segundo essa teoria, os efeitos da declaração da inconstitucionalidade retroagem à entrada em vigor da lei, anulando-os. A lei em afronta à Constituição é nula, destituída de qualquer carga de eficácia jurídica.²⁰⁰

Sem embargo, positivando medida que já vinha sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 9.868/99, em seu artigo 27, passou a prever a possibilidade desta Corte modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Uma vez atingida maioria de dois terços de seus membros e demonstradas razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, é facultado à Corte Suprema restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Com o advento desse dispositivo, erigiu-se possível a determinação dos efeitos da inconstitucionalidade no tempo. De maneira que se pode falar não somente nos efeitos *ex tunc* da decisão, como também de seus efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*.

Nessa conjuntura, impende inquirir se, mesmo com a modulação dos efeitos da decisão pelo STF, ainda subsiste obrigação de indenizar em virtude de lei inconstitucional. Duas são as possibilidades que sobressaem: (i) quando o Supremo Tribunal Federal nada refere acerca da temporalidade dos efeitos, adotando, assim, efeitos *ex tunc* para a pronúncia de

¹⁹⁹ Ibidem, p. 152.

²⁰⁰ Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652-MA, relatoria do Ministro Celso de Mello, julgada em 2 de abril de 1992. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266472>. Acessado em 14.10.2017.

inconstitucionalidade; ou (ii) quando esta Corte estabelece efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* para a decisão.²⁰¹

Avulta-se a primeira questão: haverá efeitos danosos, decorrentes da lei, que não foram afastados pela eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade?

Preleciona Rui Medeiros que a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade destrói os efeitos jurídicos produzidos diretamente pela lei inconstitucional; porém, não tem o condão de apagar os efeitos materiais danosos, não eliminando o problema da responsabilidade civil do Estado Legislador.²⁰² Durante sua vigência, a lei inconstitucional produziu efeitos concretos, ainda que depois se tenha reconhecido fosse ela destituída de qualquer efeito jurídico.

Indaga-se, nesse ponto, se a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade atingiria as relações definitivamente consolidadas.

Para Rui Medeiros, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral não afeta as relações consolidadas. Argumenta que, fulcro no artigo 282, n° 3, da Constituição da República portuguesa, o princípio da intangibilidade do caso julgado vindica respeito às situações exauridas. Embora a Constituição portuguesa esteja referindo-se à coisa julgada, entende o autor ser possível a ampliação interpretativa desse princípio a fim de abarcar também outras situações.²⁰³

Nada obstante, admite ser legítimo discutir a intangibilidade da coisa julgada nos casos em que há relações jurídicas consolidadas. Isto é, há margem para se arguir a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade nas decisões judiciais transitadas em julgado que aplicaram a lei inconstitucional. Isso porque o particular lesado teria usado dos meios jurisdicionais disponíveis para impedir a violação do seu direito ou interesse, sendo inaceitável que esse cidadão, que obtém sentença desfavorável, seja menos protegido do que aquele que só venha a exercer seu direito de ação após a declaração da inconstitucionalidade. De qualquer forma,

²⁰¹ Desde logo, deve-se ressaltar que a análise realizada nesta seção não tem pretensão de exaurir a problemática respeitante às limitações sofridas na responsabilidade civil do Estado em razão da modulação dos efeitos da decisão do STF. Um mister tal demandaria um trabalho específico para a matéria, o que transcenderia ao objeto do presente trabalho. Objetiva-se, neste item, apontar questionamentos que permitam um panorama geral da matéria, de modo que se tenham elementos indicadores da mitigação por que passa a responsabilidade do Estado em relação aos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade da lei. Anseio, destarte, de veras modesto, impossibilitando que se tomem as considerações aqui elencadas como conclusões firmes, tanto porque, para isso, necessário seria proceder-se a uma investigação científica detida, aprofundada e direcionada peremptoriamente ao tema.

²⁰² MEDEIROS, op. cit., pp. 137-139.

²⁰³ Ibidem, p. 149.

ainda assim, posiciona-se pelo respeito às situações consolidadas.²⁰⁴ A declaração de inconstitucionalidade atinge, pois, as *causae pendentes*, aplicando-se a fatos passados, mas se detém perante as *causae finitae*, a respeitar as decisões judiciais com trânsito em julgado e as relações exauridas.²⁰⁵

Malgrado os efeitos principais da inconstitucionalidade não afetarem as relações consolidadas, não significa, na opinião do autor português, que o Estado estará eximido do dever de indenizar. Ao analisar o problema do reconhecimento da obrigação de indenizar os danos resultantes da aplicação de uma lei inconstitucional por um ato administrativo não passível de impugnação, o jurista propugna pela autonomia da ação indenizatória em relação à ação que visa à anulação do ato. Para ele, “desde que o interessado não pretenda, sob a veste exterior de um pedido de indemnização, a eliminação do acto ilegal”, torna-se plenamente cabível a pretensão indenizatória.²⁰⁶ “O direito de indemnização, efeito secundário da inconstitucionalidade, não é posto em causa nos casos em que a lei inválida produz os seus efeitos principais”.²⁰⁷

Eduardo García de Enterría, em contrapartida, sustenta concepção diversa. Constrói seu argumento a partir da crítica contra a jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol que firmou entendimento no sentido da retroatividade da decisão do Tribunal Constitucional que declarou inconstitucional uma lei tributária, por meio da qual se majorava tributo sobre os jogos de azar. Partindo dessa jurisprudência, o Tribunal Supremo estabelece a restituição do indébito, inclusive nos casos de decisões judiciais transitadas em julgado, operando-se, assim, o desfazimento da coisa julgada. Vale-se, para assim decidir, do fundamento de que se está diante de uma nulidade de pleno direito. Os atos administrativos liquidatórios da lei declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional constituem-se em atos nulos de pleno direito – nulidade absoluta, portanto –, razão por que inexistiria o dever jurídico de suportar o dano causado pelo pagamento indevido do tributo. Invoca, ainda, o princípio da confiança legítima para motivar suas decisões.²⁰⁸

²⁰⁴ Ibidem, pp. 149-150.

²⁰⁵ Ibidem, p. 152.

²⁰⁶ Ibidem, p. 153.

²⁰⁷ Ibidem, p. 154.

²⁰⁸ Para uma análise pormenorizada da situação jurídica em comento, bem como para um detalhamento dos argumentos utilizados pelo Tribunal Supremo espanhol, cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*. Navarra: Civitas, 2007, pp. 214-231.

Manifesta-se o autor espanhol frontalmente avesso aos argumentos de que se socorre o Tribunal Supremo. Assim como Rui Medeiros, Eduardo García de Enterría pugna pelo respeito da coisa julgada e dos atos administrativos firmes, mesmo que haja pronúncia de inconstitucionalidade da lei em que se basearam tais atos com efeitos *ex tunc*. Todavia, destoa do jurista português ao entender que, nessas situações, não existe responsabilidade do Estado. Lança mão de três argumentos para embasar sua inclinação à irresponsabilidade estatal nesses casos.

O primeiro argumento esteia-se na defesa de que a mera anulação da lei por inconstitucionalidade nem sempre supõe uma causa determinante de responsabilidade. A inferência advém do entendimento pacífico, em Direito Administrativo, de que a anulação de uma norma em cuja aplicação se ampararam atos administrativos firmes não determina a nulidade desses atos. Inclusive, essa é a jurisprudência do Tribunal Constitucional em quase todos os casos em que se declarou a inconstitucionalidade de lei tributária.²⁰⁹

Como argumento segundo, recorre aos institutos jurídicos da prescrição e da usucapião. Para o administrativista espanhol, a retroatividade “radical ou absoluta” costuma esquecer a possibilidade de que determinadas titularidades, inicialmente inválidas, consolidem-se em titularidades adquiridas por meio da prescrição ou de qualquer outro título independente e válido.²¹⁰ Direccionando crítica à jurisprudência do Tribunal Supremo, assevera que não existem “supernulidades teóricas – ou retóricas –” capazes de afetar a segurança jurídica. As titularidades jurídicas são baseadas essencialmente na posse, e não em títulos formais, que demandariam incessante debate sobre sua validade.²¹¹ Em suas próprias palavras, conclui da seguinte maneira:

Dir-se-ia que, no ânimo dos julgadores, opera a crença de que uma lei inconstitucional incorre em uma espécie de “supernulidade”, perante a qual nenhuma das situações criadas em seu amparo pode pretender perdurar, seja qual for sua duração ou sua consistência. Mas no Direito não existe tal classe de nulidades extremas, capazes de neutralizar, excluir ou purgar todas as titularidades ganhadas por prescrição ou usucapião.²¹²

²⁰⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*. Navarra: Civitas, 2007, pp. 255-256.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 257.

²¹¹ *Ibidem*, pp. 257-258.

²¹² No original: “Se diría que en el ánimo de los juzgadores opera la creencia de que una Ley inconstitucional incurre en una suerte de supernulidad, frente a la cual ninguna de las situaciones creadas a su amparo puede pretender perdurar, sea cual sea su duración o su consistencia. Pero en el Derecho no existe tal clase de nulidades extremas, capaces de neutralizar, excluir o purgar todas las titularidades ganadas por prescripción o usucapión.” *Ibidem*, p. 258.

Ampara-se, por último, em uma argumentação *ad absurdum* a fim de mostrar que o reconhecimento de uma responsabilidade patrimonial do Estado “eterna e imprescritível” por consequência da declaração de inconstitucionalidade de uma lei poderia levar a Fazenda Pública à bancarrota. Se admitida a retroatividade irrestrita da decisão, o Estado poderia estar passível de indenizar danos decorrentes de leis muito antigas, o que certamente levaria à quebra técnica do Estado. Cita, como exemplos, sentenças do Tribunal Constitucional que trataram da compatibilidade da Constituição com a Lei de Partidas (século XIII) e com as Leis de Toro (1504).²¹³

Eduardo García de Enterría, entretanto, vislumbra uma única possibilidade em que poderá haver responsabilidade do Estado após declarada a inconstitucionalidade da lei. São os casos pendentes de julgamento no momento em que se prolata a decisão de inconstitucionalidade. Nesses casos, por ainda não se ter formado coisa julgada, afigura-se possível a inaplicação da lei inconstitucional. Assim, em resultando dano injusto dessa situação, ao Estado poderá imputar-se dever de indenizar.²¹⁴

Em que pese a fundamentação edificada pelo jurista espanhol, parece caminhar em sentido contrário o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Para este Tribunal, vigora, no Brasil, a teoria da nulidade, segundo a qual a retroatividade da declaração torna nula a lei inconstitucional desde sua publicação, a abranger todos os atos pretéritos praticados com base nela. Nesse sentido, no Agravo Regimental na Reclamação nº 2.600 – SE, julgado em 14 de setembro de 2006, o Ministro Cezar Peluso, relator, acompanhado por maioria de votos, entendeu ser legítima ação rescisória de sentença que contraria decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade de lei, ainda que a sentença seja anterior à pronúncia do Pretório Excelso. O precedente restou assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Julgamento. Sentença de mérito. Oponibilidade erga omnes e força vinculante. Efeito *ex tunc*. Ofensa à sua autoridade. Caracterização. Acórdão em sentido contrário, em ação rescisória. Prolação durante a vigência e nos termos de liminar expedida na ação direta de inconstitucionalidade. Irrelevância. *Eficácia retroativa da decisão de mérito da ADI. Aplicação do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais*. Liminar concedida em reclamação, para suspender os efeitos do acórdão impugnado. Agravo improvido. Voto vencido. *Reputa-se ofensivo à autoridade de sentença de mérito proferida em*

²¹³ Ibidem, pp. 259-260.

²¹⁴ Ibidem, pp. 263-264.

ação direta de inconstitucionalidade, com efeito ex tunc, o acórdão que, julgando improcedente ação rescisória, adotou entendimento contrário, ainda que na vigência e nos termos de liminar concedida na mesma ação direta de inconstitucionalidade.

(Rcl 2600 AgR, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14.09.2006, publicado no DJ em 03.08.2007) (*grifou-se*)

No voto, o Ministro Relator enfatiza que a rescindibilidade de acórdão (como é o caso em tela) ou de sentença conflitante com a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade decorre do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, bem assim da consequente prevalência do entendimento da Corte fixado em relação à matéria. Daí tal raciocínio incidir *a fortiori* ante a força vinculante, geral (*erga omnes*) e retroativa dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mormente quando se está em sede de controle concentrado.²¹⁵

Com efeito, em casos como esse, a nulidade atingiria, inclusive, sentenças judiciais transitadas em julgado, desfazendo a coisa julgada. Sob essa perspectiva, flexibilizar-se-ia a segurança jurídica, a tornar possível ação indenizatória contra o Estado em virtude de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou de ato administrativo que tivesse aplicado tal lei, mesmo já havendo atos firmes ou relações jurídicas consolidadas.

Por derradeiro, importa questionar se surgirá responsabilidade do Poder Público quando a declaração de inconstitucionalidade da lei estabelece efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*.

Rui Medeiros posiciona-se no sentido de que a limitação dos efeitos principais da inconstitucionalidade não afasta a responsabilidade civil do Estado Legislador. Para ele, o direito de indenização é autônomo em relação à obrigação à restituição do dano. Indenização e restituição configuram situações cindíveis, independentes uma da outra. Por conseguinte, ao operar-se a limitação dos efeitos da decisão, o Estado estaria livre da obrigação de restituir o dano; porém, ainda assim, o particular poderia exigir indenização em vistas do dano injusto causado pelo ente estatal.²¹⁶

Ao explicar sua tese, o jurista apresenta o seguinte exemplo hipotético:

Imaginemos que um particular adocece gravemente e não adquire os medicamentos adequados por não dispor de meios económicos para o

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 2.600 – SE. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 14 de setembro de 2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474618>. Acessado em 20.10.2017.

²¹⁶ MEDEIROS, op. cit., pp. 156-158.

fazer, não conseguindo obter a isenção do pagamento da taxa, prevista naquelas normas. Se da doença advierem danos e houver culpa do órgão que aprovou as normas, o particular poderá exigir uma indenização. Com efeito, a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade exclui a obrigação de restituir as taxas pagas, mas não afasta, nestas situações excepcionais, o direito de indenização.²¹⁷

Afirma o autor português, no entanto, que o direito à indenização poderá sofrer limitação para fins de salvaguardar o interesse público. Quando o interesse público de excepcional relevo exigir, poderá a indenização ser mitigada, desde que a decisão seja fundamentada. Essa limitação é compatível com a natureza do direito de indenização, que, no ordenamento jurídico português, é “direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias”, previstos na Constituição portuguesa.²¹⁸

Com o posicionamento de Rui Medeiros não concorda *in totum* Juliana Cristina Luvizotto. Para ela, a reconstituição do direito não se desvincula da responsabilidade civil, visto que a reconstituição *in natura* inclui-se na função reparadora da responsabilidade civil.²¹⁹

Aduz que a função da responsabilidade civil situa-se em repor a vítima na situação anterior à lesão, regendo-se pelo princípio da *restitutio in integrum*. Essa reparação poderá ocorrer de duas maneiras: por meio de *ressarcimento*, consistente na composição de soma pecuniária para fazer face ao dano sofrido, a partir da estimativa de perdas e danos; ou através de *reparação específica* (ou *in natura*), quando ocorrer a restituição do sujeito ao estado anterior ao dano. Apesar de esta segunda forma ser a que melhor corresponde ao fim de restaurar, o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 947, legitima a indenização em dinheiro, uma vez comprovada a impossibilidade de se restabelecer o *status quo ante*. Destarte, a reparação em pecúnia configura forma subsidiária de reconstituição do direito lesado.²²⁰

Mais à frente em sua argumentação, põe em relevo que,

(...) dado que a manutenção de determinadas situações, ainda que amparadas por meio de uma lei inconstitucional, é a opção escolhida pelo intérprete final da Constituição – Supremo Tribunal Federal –, *admitir a responsabilização estatal em razão de uma lei reconhecida como inconstitucional, mas cujos efeitos foram modulados, constituiria uma forma oblíqua de desmantelá-las*, o que, por certo, afrontaria não apenas a decisão da Corte que restringiu os referidos efeitos, mas todos

²¹⁷ Ibidem, p. 157.

²¹⁸ Ibidem, p. 160.

²¹⁹ LUVIZOTTO, op. cit., p. 141.

²²⁰ Ibidem, pp. 141-142.

os fundamentos que a suportam, os quais, enfim, baseados na própria Constituição, implicariam o seu próprio desrespeito. (*grifou-se*)²²¹

Diante disso, conclui a autora que a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade não permite “a caracterização de um prejuízo que afronta o ordenamento, razão pela qual, uma vez ausente a antijuridicidade do prejuízo, não se tem por caracterizado um dos pressupostos aptos à responsabilização civil do Estado”.²²² A modulação dos efeitos da decisão age, pois, como barreira à responsabilidade civil estatal.

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que, quando a decisão estabelece efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* para a declaração de inconstitucionalidade, a lei então pronunciada inconstitucional não fará surgir a obrigação de indenizar estatal. Tendo-se operado a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a lei inconstitucional, nas condições e nos termos impostos pelo *decisum*, não terá produzido danos. Nesse cenário, já que não configurada a conduta antijurídica, não há falar em responsabilidade civil do Estado.

²²¹ Ibidem, p. 150.

²²² Ibidem, p. 150.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

I. No Estado de Direito, o Poder estatal, uno, é exercido por três grandes funções estatais: executiva, judicial e legislativa. Esta última é atribuída ao Parlamento – ou, em outras palavras, ao Poder Legislativo. Incumbe a ele, em sua função típica, a edição de normas gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas *leis*. Configura, pois, a lei o fim último do processo legislativo.

Exerce-se a função legislativa por agentes públicos (gênero), especificamente por agentes políticos (espécie), que desempenham sua função por meio de mandato e atividades de governo. Desse modo, diz-se agente legislativo o agente político no gozo de mandato político representativo, geral, livre e irrevogável.

Uma vez em poder de mandato representativo, o eleito torna-se agente público, passando a fazer parte do agir estatal, por meio de suas deliberações no Parlamento. Com isso, quando exercendo sua função estatal típica de elaborar normas gerais e abstratas, o parlamentar, agente político legislativo, expressa a vontade estatal. Do desempenho de suas funções pode decorrer dano injusto ao patrimônio de um particular em virtude de lei inconstitucional, de modo que incida o instituto da responsabilidade civil do Estado.

II. A partir do Direito Constitucional clássico, a lei adquire uma definição estritamente formal. Desvincula-se dos ideais de justiça substancial para ater-se sobre o procedimento de sua edição. Passa a ser o ato proveniente do Poder Legislativo, elaborado pelo procedimento estabelecido na Constituição.

No Estado contemporâneo, o conceito de lei vincula-se a determinado regime jurídico. Construção de seu tempo, a Constituição brasileira de 1988 define lei a partir de seu regime jurídico e de sua forma, consagrando o princípio da tipicidade dos atos legislativos em seu artigo 59.

Diante disso, pode-se delimitar o conceito de lei como o *ato geral e abstrato, oriundo do Legislativo, elaborado a partir do procedimento constitucionalmente previsto e inovador da ordem jurídico*. A responsabilidade do Estado por lei inconstitucional diz respeito, portanto, à lei em sentido formal, vez que se refere ao ato normativo proveniente do Poder cuja função legislativa se afigura como função típica.

III. No Estado moderno, surge a teoria da irresponsabilidade do Estado, como corolário direto da ideia de soberania e de infalibilidade do Estado. Prevalece sobretudo na época do Estado absoluto, e constituem-se em três seus fundamentos principais: (i) o Estado não tem vontade própria; (ii) por agir por intermédio de seus funcionários, o Estado não pratica atos ilícitos; e (iii) é vedado aos funcionários agir em desconformidade com a lei, porém, se o fizerem, estão agindo fora de suas atribuições, não ensejando a responsabilidade do Estado.

Essa teoria logo passa a perder força, sendo refutada por outros três argumentos centrais: (i) superação da teoria da ficção legal; (ii) o Estado é dotado de capacidade, aplicando-se-lhe a culpa *in eligendo* e *in vigilando*; e (iii) o Estado, ente dotado de personalidade, é titular de direitos e obrigações.

IV. Gradativamente superada a irresponsabilidade do Estado, ganham lugar, a partir do século XIX, as teorias de responsabilidade subjetiva, calcadas nas teorias civilistas da culpa. Em fase ulterior, o aresto Blanco, na França de 1873, inaugura as teorias publicistas, que logram separar a responsabilidade do Estado da culpa do funcionário. Notabiliza-se a teoria do acidente administrativo (também denominada teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa), propugnando pela imputação do dever de indenizar ao Estado quando este não funciona, funciona mal ou funciona atrasado. Em outros termos, comprovado o dolo ou a culpa (negligencia, imprudência ou imperícia) do Poder Público, surge a este a obrigação de reparação do dano causado ao cidadão.

Posteriormente, com o surgimento da teoria do risco, reconhece-se a responsabilidade objetiva do Estado, prescindindo da demonstração de dolo ou culpa. Basta, para a configuração da responsabilidade, a existência do nexo de causalidade entre a ação ou omissão estatal e o dano injusto. Vigora, neste contexto, o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais, já que, como os benefícios decorrentes da atuação estatal são compartilhados por todos, assim também deverão ser repartidos os prejuízos causados a algum dos membros da sociedade ou mesmo a uma parcela dela.

V. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 acolhe, como regra, a responsabilidade objetiva do Estado, insculpida em seu artigo 37, § 6º. Neste mesmo inciso, resta estabelecido, ainda, direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, agasalhando também a responsabilidade subjetiva. Nesse contexto, pode-se asseverar que a

responsabilidade do Estado brasileiro é objetiva, cabendo, contudo, ação regressiva desde que comprovado o dolo ou a culpa do agente.

Esse cenário permite a admissão da responsabilidade do Estado em decorrência de sua atividade legislativa, tendo em vista três premissas (que, inclusive, servem de base para a refutação da teoria da irresponsabilidade estatal). A primeira responsabiliza o Estado pela edição de leis inconstitucionais, haja vista o Legislativo, em que pese deter parcela da soberania, estar sempre submetido à Constituição, jamais a podendo infringir. A dois, nem sempre a lei produz efeitos gerais e abstratos; assim sendo, uma vez caracterizado o dano causado por lei que prejudique o patrimônio de pessoas determinadas, mesmo que esteja em acordo com as normas constitucionais, será caso de imputar ao Estado dever de indenizar. A terceira premissa reside no fato de que a eleição delega aos parlamentares a obrigação de editar leis constitucionais, ou seja, estão eles limitados à observância das normas e preceitos constitucionais.

Diante disso, a doutrina divide as hipóteses de responsabilidade civil do Estado Legislador em três categorias, tendo em vista a função que os diferentes atos legislativos exercem. Distinguem-se, portanto, atos legislativos inconstitucionais, constitucionais e os atos decorrentes de omissão legislativa inconstitucional. O presente trabalho tem por escopo a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos inconstitucionais, razão por que as últimas duas hipóteses de atos legislativos não são estudadas nesta sede.

VI. Atos legislativos inconstitucionais e leis inconstitucionais tomam-se por sinônimos para o escopo deste trabalho. A doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm aceitado a responsabilidade civil do Estado por lei inconstitucional, permitindo que o cidadão seja ressarcido pelo Poder Público quando da lei resultar prejuízos a seu patrimônio. Assim deve ser em virtude da observância do princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais, segundo o qual, se todos se beneficiam da atuação estatal, todos devem repartir o ressarcimento dos danos causados a indivíduos específicos da sociedade. Ademais, eximir o Estado do dever de indenizar configura afronta direta a direitos fundamentais do sujeito lesado, notadamente ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF/88) e, sobremaneira, ao direito a ter o indivíduo um pronunciamento jurisdicional em entendendo lesado seu direito (direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, prevista no art. 5º, XXXV, CF/88).

VII. Tendo por fundamento o *princípio da supremacia da Constituição*, segundo o qual se reputa à Constituição a lei suprema do Estado, a inconstitucionalidade da lei deflagra-se quando se verifica incompatibilidade vertical entre a lei e a Constituição. Desse modo, quando o legislador promulgar lei que não siga as formalidades ou os procedimentos estabelecidos pela Lei Fundamental da República (aspecto formal) ou que veicule conteúdo contrário aos preceitos ou princípios constitucionais (aspecto material), é legítimo esperar do Estado a reparação dos prejuízos causados na esfera jurídica do cidadão.

Outrossim, tanto a doutrina majoritária quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendem vigorar no Brasil, como regra, a teoria da nulidade. Decorrência do princípio da supremacia da Constituição, essa teoria considera os atos inconstitucionais nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica. Disso se pode inferir que a lei inconstitucional é, em essência, um caso específico de invalidade de um ato jurídico. No entanto, é factível – e lógico – crer que, mesmo que se a considere írrita, poderá ela ter produzido efeitos concretos quando ainda não havia sido declarada inconstitucional. Até esse momento, por força da presunção de legitimidade das normas, será presumida constitucional, podendo ter causado dano injusto, o que faz surgir direito de o lesado demandar reparação frente ao Estado Legislador.

VIII. O sistema misto adotado pelo Brasil prevê que o controle *judicial* de constitucionalidade das leis pode ser exercido pela via de exceção, em controle difuso, ou pela via de ação, em controle concentrado. Neste último, é a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) o meio judicial cabível para que se opere a declaração de inconstitucionalidade da lei. A decisão que assim a pronuncia poderá sofrer modulação de seus efeitos, tanto no controle concentrado quanto no difuso. A regra no direito brasileiro é a de que a decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei terá efeitos *ex tunc*, retroagindo à sua publicação. Porém, por força do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, é facultado ao STF atribuir à decisão efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, desde que a segurança jurídica ou o excepcional interesse social o aconselhem e que haja maioria de dois terços de seus membros. Assim, contanto que expressamente estabelecido pelo STF, algumas situações jurídicas devem ser mantidas, ainda que baseadas em lei posteriormente declarada inconstitucional.

Ainda em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no controle concentrado, os efeitos serão *erga omnes*. Já no controle difuso, o entendimento majoritário é de que a decisão opera efeitos *inter partes*, fazendo coisa julgada apenas para as partes, até que

o Senado Federal, em sua competência privativa, suspenda a executoriedade da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, momento em que os efeitos serão para todos (*erga omnes*) e *ex nunc*, já que a lei não foi revogada nem anulada. No entanto, em recente precedente (Reclamação nº 4.335 – AC), o Supremo Tribunal Federal reconheceu eficácia *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário da Corte em controle difuso. Devido a esse *caráter expansivo* de suas decisões, mesmo que em sede incidental, garante-se a autoridade de tais decisões, que deverão ser observadas pelos demais tribunais e juízes.

IX. Em se tratando de responsabilidade civil do Estado, não se pode rogar similitude *total* entre ato legislativo inconstitucional e atos administrativos. As características próprias da lei, ainda que eivada de vício de inconstitucionalidade, bem como o procedimento peculiar para sua elaboração, desaconselham aludir-se lei como se mero ato administrativo fosse. Guardam diferenças fundamentais, a exigir reconhecimento da responsabilidade do Estado Legislador. Todavia, em que pese se possa falar (e recomendável o seja) em responsabilidade civil do Estado por lei inconstitucional, o regime a ser adotado será o insculpido no artigo 37, § 6º, da Constituição da República, uma vez que a responsabilidade estatal é unitária, prevendo a Constituição um só regime para a responsabilidade por atos comissivos e omissivos praticados pelo Estado, operando-se, porém, a divisão funcional do poder, exercido por órgãos diferentes.

Uma vez aceita e fundamentada a pertinência em se reconhecer a responsabilidade civil do Estado Legislador por lei inconstitucional, exsurgem como *pressupostos* dessa responsabilidade três elementos: (i) uma conduta antijurídica no desempenho da função legislativa típica, (ii) que leve a um dano material ou moral na esfera jurídica do lesado, (iii) uma vez comprovado o nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano a ela imputável.

X. A responsabilidade estatal implica a violação de um dever jurídico preexistente (elemento formal), que, por sua vez, ocasione um dano, moral ou material, infligido a outrem (elemento material). O dano, para ser indenizável, deve atingir um direito subjetivo ou interesse *juridicamente* protegido. Nesse sentido, a lei inconstitucional, quando assim agir, afigurar-se-á como *fato ilícito*, ensejando o dever de indenizar estatal. Ocorre que, hodiernamente, esse *fato ilícito* encerra em si um sentido amplo. Refere-se não somente a uma afronta à lei, como também a um ato contrário a direito. Sob essa perspectiva, prefere-se o termo *conduta antijurídica* a *fato ilícito*. Ao editar uma lei inconstitucional o Legislador pode não só ofender a uma norma ou preceito expressamente previsto na Carta Maior, mas também pode infringir normas implicitamente nela contidas. Está tanto num caso como noutro violando a

Constituição. A demonstrar o dano em decorrência dessa conduta do legislador, deve incidir a obrigação de indenizar o cidadão lesado. Por outro lado, se a conduta antijurídica do legislador ao produzir a lei inconstitucional não vulnerar um direito subjetivo ou interesse juridicamente protegido, desincumbe-se o Poder Público da responsabilidade.

XI. Percebe-se que o argumento da doutrina e da jurisprudência tradicionais, segundo o qual deve haver prévia declaração da inconstitucionalidade da lei pelos tribunais, em controle abstrato, para que possa ser admitida responsabilidade civil do Estado, parece ter sido flexibilizado na atual experiência jurídica brasileira. Dois são os motivos para essa nova realidade. O primeiro é a possibilidade de decretação de inconstitucionalidade da lei incidentalmente, sem a exigência de antes ser levada à deliberação pelo tribunal de cúpula ou órgão especial. Essa conjuntura tornou-se ainda mais evidente após o reconhecimento pelo STF do caráter expansivo de suas decisões, quer em controle abstrato, quer em controle difuso de constitucionalidade. O segundo motivo esteia-se no fundamento de que, em certos casos, o dano injusto não advém diretamente da inconstitucionalidade da lei. O dano se configura independentemente de ser a lei inconstitucional. O evento danoso aconteceria mesmo em caso de lei que atendesse a todos os requisitos constitucionais, formais e materiais. Nesses casos, basta a demonstração da causalidade entre ato legislativo estatal e dano à esfera juridicamente protegida. Ressalte-se que o dano deverá revestir-se de especialidade e anormalidade, a comprovar o sacrifício individual de direitos. Reger-se-á, nesta ocasião, a responsabilidade do Estado Legislador pelo regime jurídico atribuído aos atos constitucionais.

XII. Concernente ao alcance do dano indenizável em matéria de responsabilidade civil do Estado por lei inconstitucional, sobressaem duas questões: a da lei formal ou organicamente inconstitucional e a da execução da lei inconstitucional. Tanto uma hipótese quanto outra são capazes de fazer incidir o instituto da responsabilidade estatal. Porém, impende ressaltar-se que poderá uma norma legislativa causar dano direto e imediato, independentemente de ter havido ou não um ato de execução. Para aferição da responsabilidade do Estado nos casos de lei formal ou organicamente inconstitucional, deve-se levar em consideração a *relevância negativa da causa virtual do dano*. Assim, se lei nova, idêntica à anterior e conforme à Constituição (sem vícios formais ou orgânicos), sacrificar retroativamente direito ou interesse do particular, em inobservância à proteção constitucional fundamental do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, o Estado responderá pelo dano injusto. Por outro lado, se mesmo

com a reedição da lei inconstitucional, agora livre de vícios formal-orgânicos, o dano ocorrer, o Estado estará isento de responsabilidade.

De igual modo, o Estado será obrigado a indenizar danos indiretos e remotos decorrentes da aplicação da lei inconstitucional. A execução da lei representa consequência necessária do ato legislativo. Dessarte, todo ato de execução de lei que for *consequência ordinária necessária* da edição do ato legislativo, em causando dano a particular, trará à evidência a responsabilidade civil do Estado Legislador. Saliente-se que o agente do Estado está juridicamente obrigado a não observar lei que seja flagrantemente avessa às normas e aos preceitos constitucionais, sob pena de incorrer em ato ilícito culposo. De qualquer maneira, a verificação do dolo ou da culpa do agente terá lugar tão só para se assegurar o direito de regresso, haja vista o Estado responder objetivamente pelos atos de seus agentes.

XIII. Em relação ao fato do lesado, delineiam-se duas situações. A primeira afigura-se quando o lesado *não concorre* para o resultado. Nesse caso, se a norma legislativa inconstitucional exequível por si mesma causar danos a terceiros, caberá responsabilidade civil do Estado. A segunda situação ocorre quando o lesado *concorre* para o dano ou para seu agravamento. Aqui igualmente permanece a responsabilidade estatal em sua totalidade, haja vista a contribuição culposa do particular não ser exclusiva, completa e suficiente para elidir o nexo de causalidade entre a edição da lei (comportamento comissivo estatal) e o dano, a não justificar a exclusão do dever indenizatório. Tampouco se pode imputar culpa grave do lesado que possibilite mitigação no *quantum* a indenizar, tendo em vista que o cidadão ignora cabalmente o sentido e o alcance constitucionais das leis. Dele não se pode exigir detenha conhecimentos jurídicos suficientes para realizar um juízo de constitucionalidade das leis antes de as aplicar.

XIV. A responsabilidade civil do Estado por lei inconstitucional pode sofrer limitação em razão dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal. Duas são as possibilidades que sobressaem: (i) quando o STF nada refere acerca da temporalidade dos efeitos, adotando, assim, efeitos *ex tunc* para a pronúncia de inconstitucionalidade; ou (ii) quando esta Corte estabelece efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* para a decisão.

A eficácia da declaração de inconstitucionalidade destrói os efeitos jurídicos produzidos diretamente pela lei inconstitucional, mas não tem o condão de apagar os efeitos materiais danosos, não eliminando o problema da responsabilidade civil do Estado Legislador. Nessa

senda, coloca-se a questão de se a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade atingiria as relações definitivamente consolidadas. Destacam-se três posicionamentos. O primeiro, embora defenda que as relações consolidadas devam ser respeitadas, aceita a existência do dever de indenização estatal, por acreditar que o direito de indenização é efeito secundário da inconstitucionalidade, autônomo, portanto, dos efeitos principais da decisão (que destroem os efeitos jurídicos produzidos pela lei inconstitucional).

A segunda concepção igualmente vindica o respeito da coisa julgada e dos atos administrativos firmes, porém pugna pela inexistência de responsabilidade do Estado. Três são os argumentos. (i) A anulação de uma norma em cuja aplicação se basearam atos administrativos consolidados não determina a nulidade desses atos. (ii) Não há “supernulidades teóricas ou retóricas” capazes de afetar a segurança jurídica. No âmbito da coisa julgada e dos atos administrativos firmes, nulidades de pleno direito representariam afronta direta aos institutos jurídicos da prescrição e da usucapião. (iii) Uma responsabilidade patrimonial do Estado “eterna e imprescritível” por consequência da declaração de inconstitucionalidade de uma lei poderia levar a Fazenda Pública à bancarrota.

O terceiro posicionamento parece ser o adotado pelo STF, para o qual a retroatividade da declaração torna nula a lei inconstitucional desde sua publicação, abrangendo todos os atos pretéritos praticados com base nela. Assim, a nulidade atingiria, inclusive, sentenças judiciais transitadas em julgado, o que flexibilizaria a segurança jurídica, a tornar possível ação indenizatória contra o Estado em virtude de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou de ato administrativo que tivesse aplicado tal lei, mesmo já havendo atos firmes ou relações jurídicas consolidadas.

Por sua vez, quando a decisão estabelece efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* para a declaração de inconstitucionalidade, a lei então pronunciada inconstitucional não fará surgir a obrigação de indenizar estatal. Tendo-se operado a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a lei inconstitucional, nas condições e nos termos impostos pelo *decisum*, não terá produzido danos. Diante disso, não restará configurada a conduta antijurídica do Estado, um dos pressupostos da responsabilidade.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília**, DF, 11 jan. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 2.600 – SE**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 14 de setembro de 2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474618>. Acessado em 20.10.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652-MA**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 2 de abril de 1992. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266472>. Acessado em 14.10.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.335 – AC**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 20.03.2014, publicado no DJe em 22.10.2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acessado em 01.11.2017.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

_____. *Direito Constitucional*. 6. ed., rev. Coimbra: Almedina, 1996.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Atualizador: José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, tomo I.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A lei no Estado contemporâneo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Revista dos Tribunais, vol. 21/1997, pp. 124-138, out./dez. 1997. Também disponível em: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 4, pp. 145-166, maio/2011. Acessado digitalmente por meio da plataforma Thomson Reuters.

COMPARATO, Fábio Konder. Precisoões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*, vol. 750/1998, pp. 11-19, abr. 1998. Também disponível em: *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, vol. 2, pp. 453-466, ago. 2011. Acessado digitalmente por meio da plataforma Thomson Reuters.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Responsabilidade do Estado por ato legislativo. *Revista de Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, vol. 153, pp. 15-34, jul./set., 1983.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*. Navarra: Civitas, 2007.

ESPANHA. Constitución española de 1978. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, 29 dez. 1978.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 12. ed. Atualização: Antonio de S. Limongi França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos*. Franca: UNESP-FHDSS, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 226-248.

_____. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade civil do Estado Legislador: atos legislativos inconstitucionais e constitucionais*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, pp. 305-378.

MENEGALE, José Guimarães. *Direito Administrativo e Ciência da Administração*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1950, v. 2.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. **Diário da República**, Lisboa, 02 abr. 1976.

Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 20, pp. 42-45, abr./jun., 1950.

_____. Rio de Janeiro, v. 191, pp. 175-177, jan./mar., 1993.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. A responsabilidade civil do Estado por ato legislativo. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo – RS, n. 55, v. 22, pp. 45-53, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

TANNUS, Rafael Calil. Responsabilidade do Estado por leis inconstitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Revista dos Tribunais, vol. 65/2008, pp. 245-273, out./dez. 2008. Acessado digitalmente por meio da plataforma Thomson Reuters.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 70-88.