Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 23 – julho/agosto/setembro de 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

NOVOS ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO: POR COMPORTAMENTO OMISSIVO OU COMISSIVO DO LEGISLADOR[1]

Prof. Daniel Ferreira

Professor de Direito Administrativo das Faculdades Integradas Curitiba. Advogado e Consultor Jurídico em Curitiba. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e do Instituto dos Advogados do Paraná.

I. DELIMITAÇÃO DO TEMA

Antes de mais nada, oportuno delimitar nosso objeto de estudo, qual seja a responsabilidade dos agentes públicos pelo exercício da função legislativa, aqui compreendida como o "dever-poder outorgado aos agentes legitimamente constituídos de inovar a ordem jurídica com caráter *ex novo*, primário, tendo por limites apenas os ditames expressos e implícitos constantes da Carta da República".

É claro que também poderíamos adentrar em seara diversa, atinente a outras atribuições constitucionalmente acometidas aos parlamentares, tal qual infelizmente e rotineiramente se tem presenciado no que concerne às Comissões Parlamentares de Inquérito. Contudo, limitar-nos-emos à questão primordial: verificar se uma Lei pode efetivamente causar dano a alguém e, em sendo o caso, se deve ser, ou não, a justa recomposição do dano.

Antes de tudo ...

[1] Exposição proferida no I Congresso Brasileiro de Direito Público, São Paulo, 27 de abril de 2000 no painel "Novos Aspectos da Responsabilidade do Estado".

III. UMA QUESTÃO DE ORDEM

Sem olvidar das lições de HOSPERS, nesta exposição trataremos da recomposição dos danos causados ao patrimônio de terceiros pelo fato das leis, quando juridicamente possível, empregando, indistintamente, os signos indenização, reparação e ressarcimento.

Entretanto, na época oportuna, será efetuada a necessária diferenciação entre as situações decorrentes de atos legislativos inconstitucionais dos constitucionais e, dentre estes, daqueles que ensejam condicionamento de direitos dos que importam em reais sacrifícios.

De igual forma não nos furtaremos a discorrer acerca dos danos decorrentes da inconstitucional inércia dos parlamentares. Essa, com certeza, a pior faceta da responsabilidade do Estado-Legislador a ser devidamente aclarada.

Por enquanto, fiquemos com a evolução histórica desse tipo de responsabilidade estatal superiormente avançada, como assim assinalada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO em seu "Curso de Direito Administrativo".[2]

IV. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Como não poderia deixar de ser, em tempos remotos a regra era, tal qual se deu com a responsabilidade estatal por atos administrativos e juridicionais, da irresponsabilidade total.

O primeiro a abordar o tema foi AMARO CAVALCANTI[3], em sua obra "Responsabilidade Civil do Estado" - de 1904, na qual já assinalava poder haver responsabilidade em face do Estado-Legislador nos casos em que houvesse reconhecimento de atuação inconstitucional. Fora dessa hipótese só haveria indenização por dano decorrente de lei no caso de expressa determinação nela disposta. Essa, aliás, a postura doutrinária assumida à

---

[2]. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Ed. Malheiros, 12ª ed., p.78.

[3]. CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade Civil do Estado. *Apud* Themistocles BRANDÃO CAVALCANTI. Tratado de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 4ª ed., 1960, vol. I, pp. 437.

época pelos países não dotados de controle de constitucionalidade das leis, para os quais jamais poderia ser de se invocar referido ressarcimento perante o Poder Judiciário, sem expressa disposição emanada do próprio Legislativo, sob pena violação do princípio da separação dos poderes. Também essa a razão para inexistir referida possibilidade no Brasil Império (período em que ainda não se adotava aludido controle).

Por sua vez, no início da década de 40, THEMISTOCLES CAVALCANTI [4], *in* Tratado de Direito Administrativo , tratou desse tipo de responsabilidade estatal de forma mais ampla, baseando-se, especialmente, nas referidas situações de inconstitucionalidade, na doutrina e em decisões do Conselho de Estado francês acerca de leis causadoras de dano em face de interdição de atividades (lícita e lícita, mas reprovável, em face de legislação alienígena - casos "La Fleurette" e da Sociedade "Grande Pêche" - decididos em 1938)[5]. Ademais disso, buscou nas experiências do México e do Uruguai, de monopolização estatal de atividades lícitas (Petróleo e álcool/combustíveis, respectivamente, por volta de 1910), idêntica reparação, só que agora com outro fundamento: violação do princípio da propriedade privada e da livre exploração das atividades econômicas (por outros, em tais casos, reconhecido como o da proibição do enriquecimento sem causa do Estado).

Contudo, esse mesmo doutrinador negava reparações em quaisquer outras situações, invocando a soberania da Lei para alterar situações jurídicas pré-existentes e que, por isso mesmo, salvo nas hipóteses elencadas, não gerariam direitos adquiridos. No seu dizer:

> " ... um dos pontos mais sensíveis das doutrinas sobre a responsabilidade do Estado é aquele que se refere aos atos emanados do Poder Legislativo.
>
> Se esses atos constituem a própria legalidade, a emanação da soberania nacional, através de seu órgão próprio, como encontrar nesses atos "legais" uma fonte geradora de obrigações do Estado?
>
> (...) A boa harmonia dos poderes, a supremacia de cada um dentro de suas funções específicas, são argumentos suficientes para justificar a

---

[4]. *Idem, ibidem*, pp. 427-437.

[5] O primeiro atinente à proteção da indústria leiteira e o segundo relativo à comercialização de álcool, então proibido nos EUA e por aquela empresa nele introduzido por contrabando. Naquele caso deferiu-se a indenização mediante invocação do já referido princípio da igualdade de todos, perante os encargos públicos, mesmo que no silêncio da lei, desde que observados os seguintes parâmetros: 1. não pretensão legal de fazer impor aos efetivamente prejudicados os encargos decorrentes de sua edição; 2. atividade suspensa não anteriormente tida como repreensível, imoral ou contrária à ordem/costumes; 3. carga imposta particularmente grave, importante e especial; 4. finalidade da lei seja uma finalidade de superior interesse da coletividade. Justamente por isso não se deu a indenização no outro.

irresponsabilidade, em tese, do Estado pelos atos legislativos porque estes emanam da própria soberania." [6]

Destaque-se, ademais, que a jurisprudência caminhou nesse mesmo passo, tendo o Eminente Des. FREDERICO ROBERTO, do E. Tribunal de Justiça deste Estado de São Paulo, confirmado a responsabilidade civil do Estado em face de imposição tributária inconstitucional. Isto nos idos de 1944, através de restituição de indébito.

Já no início dos anos 80, também defende esse tipo de responsabilidade o Prof. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, atinando não apenas às situações de inconstitucionalidade, mas, também, aos casos de "pseudo-leis" em tese. Dessa feita, leis desprovidas de impessoalidade e generalidade, como a referente à proteção da indústria leiteira em França, haveriam de ser reconhecidas como verdadeiros atos administrativos e assim tratados. De outra banda, leis formais, "em tese", se constitucionais, não empenhariam a responsabilidade do Estado, mesmo que causando prejuízos, porque o dano não se concentraria em um só, mas se repartiria, ao ser editado o texto, por todos aqueles sobre os quais incidiria.[7]

JUARY C. SILVA acompanha tal entendimento, através de monografia intitulada "A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos"[8], na qual destaca serem indenizáveis somente os danos decorrentes de leis declaradas inconstitucionais pelo órgão legitimado para tanto; esse um *prius* necessário à idônea postulação e tendo por fundamento o princípio supralegal do Estado de Direito.

Também ensaísta de escol, a Prof. MARIA EMÍLIA MENDES ALCÂNTARA, da PUC-SP, faz editar, em 1988, excepcional obra, a "Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais"[9], onde afirma serem indenizáveis os seguintes danos:

a) os decorrentes de ato lesivo constitucional que atinja, direta e imediatamente, um particular ou um grupo determinado de particulares (quer porque sejam eles destinatários exclusivos dessas normas, quer porque em relação a eles as limitações aparentemente gerais, que em tese não ensejariam reparação, se apresentem com a característica de sacrifício especial e anormal);

---

[6]. *Op. cit.*, p. 427; p. 437.

[7]. CRETELLA JUNIOR, José. Responsabilidade do Estado. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Ano VI, número 19, p. 155-ss.

[8]. SILVA, Juary C. A Responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos: a teoria da responsabilidade unitária do Poder Público. São Paulo, Ed. Saraiva, 1985.

[9]. ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais. São Paulo, Editora RT, 1988.

b) os derivados de ato lesivo formalmente inconstitucional, mesmo que sem declaração da referida situação pelo órgão competente, nas situações de certeza, especialidade e anormalidade;

c) os originados de ato lesivo materialmente inconstitucional, independentemente de sua extensão e intensidade, desde que assim reconhecido pelo órgão jurisdicional qualificado para tanto;

d) danos emanados de inconstitucional inação, pelo não cumprimento determinado na carta política ou pela extrapolação de prazo suficiente para apresentação, tramitação pelas Comissões, discussão e votação de um projeto de lei no prazo médio reconhecido em casos semelhantes.

Nos casos de inconstitucionalidade o fundamento seria a violação ao primado da legalidade; nos demais, o da igualdade. Essa uma obra notadamente evoluída, por óbvio!

Entretanto, ninguém menos que o Prof. HELY LOPES MEIRELLES ainda refuta a possibilidade de responsabilidade dessa ordem, mesmo que em sede de inconstitucionalidade, invocando:

1) a soberania do estado manifestada na produção legislativa geral, abstrata e impessoal;

2) a necessidade de cabal comprovação de culpa do legislador;

3) bem como o fato de ser o causador do dano um próprio escolhido de qualquer pretensamente ofendido (... mesmo que em caráter excepcional, um administrado ou categoria restrita desses, no seu entender, não pode buscar esse tipo de reparação porque participou do processo de escolha dos parlamentares e, em outras palavras, concorreu para o próprio prejuízo). [10]

Em sentido contrário e acatando a tese de responsabilidade do Estado pela atividade legislativa encontram-se, dentre outros, os notáveis jurisperitos CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO[11] e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO[12].

Outro artigo que merece atenção é o de MARISA HELENA D'ARBO ALVES DE FREITAS[13], Profª. da UNESP, no qual externa seu posicionamento acerca da possibilidade de responsabilização estatal na mesma ação que

---

[10]. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Ed. Malheiros, 24ª ed., pp. 591-592.

[11]. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Loc. cit.*

[12]. FIGUEIREDO, Lucia Valle. O Devido Processo Legal e a Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente do Planejamento. São Paulo, Revista Trimestral de Direito Público, vol. 11, pp. 5-20.

[13]. ALVES DE FREITAS, Marisa Helena D'arbo. O Estado legislador responsável. Brasília, Revista de Informação Legislativa, ano 32, vol. 128, out/dez 1995, pp. 285-295.

reconhece a inconstitucionalidade da lei (em sede difusa, portanto), bem como da omissão legislativa que enseja reparação, desde que com prazo previamente estipulado. Na mesma linha postula pela reparação no caso de leis constitucionais que geram danos especiais e anormais, sacrificando direitos e tendo por pano de fundo o respeito à igualdade de todos perante os encargos públicos.

Por derradeiro, pela atualidade e caráter inovador, ampliando ainda mais a responsabilidade estatal no exercício da função legislativa, urge verificarmos a obra de MAURÍCIO JORGE MOTA[14]. Para este professor, Procurador do Estado e Doutorando em Direito Civil, pela UERJ, os danos ensejadores de responsabilização estatal não precisam decorrer, necessariamente, de sacrifícios de direitos, podendo provir, desde logo, como decorrência de singelos sacrifícios de qualquer aspecto do direito patrimonial [15], porque, na forma da CF vigente, a garantia de um conteúdo mínimo essencial do direito de propriedade resulta de seu Art. 5º, XXV, que dispõe que mesmo nos casos de requisição temporária ou uso de um bem, se este causar dano ao proprietário, haverá a obrigação de indenizar. Assim, se é cabível a indenização apenas pelo uso de coisa particular, *a fortiori*, será cabível, também, a indenização quando se tratar de qualquer sacrifício, como anotado. Aliás, no seu entender, o direito de propriedade é garantido incondicionalmente na carta magna, desde que atendida sua função social [16]. E segue seu raciocínio supedaneado no jurisperito argentino MIGUEL MARIENHOFF. De igual forma entende desnecessária a declaração de inconstitucionalidade como *prius* necessário à reparação no caso de leis desconformes. Faz, contudo, uma ressalva: no caso das leis inconstitucionais o dever de reparar alcança não apenas o prejuízo causado mas, de igual forma, os benefícios que teria deixado de fruir o prejudicado, além do dano moral, se houver; por outra, no caso das leis constitucionais, urge o dever de apenas recompor a situação material existente, criando nova situação patrimonial correspondente à anterior e de igual valor (agora em face da preponderância do interesse público sobre o particular). Sem sombras de dúvida, esse o posicionamento doutrinário mais arrojado, até o momento.

V. DANO INDENIZÁVEL

Vista a doutrina, mesmo que divergente em diversos aspectos, é hora de apresentarmos o dano indenizável por ato legislativo, como assim por nós reconhecido, com base na corrente doutrinária majoritária:

---

[14]. MOTA, Maurício Jorge. Responsabilidade Civil do Estado Legislador. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.

[15]. *Idem, ibidem*, p. 207.

[16]. *Idem, loc. cit.,* p. 225.

A) LEIS INCONSTITUCIONAIS / EMENDAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS: no caso de leis ou de emendas constitucionais inconstitucionais deve ser ressarcido o dano comprovadamente causado, além dos benefícios deixados de auferir, independentemente de sua extensão e intensidade (qualidade e quantidade), em respeito ao Princípio da Legalidade (Estado de Direito).

B) LEIS CONSTITUCIONAIS GERAIS: em hipóteses dessa ordem devem ser ressarcidos os prejuízos causados que extrapolarem a noção de limitações gerais (condicionamentos), alcançando efetivas situações de sacrifícios de direitos, em atendimento ao princípio da intangibilidade da propriedade privada (devidamente matizado pelo primado da distribuição equânime dos encargos públicos). Vale dizer: uma vez prejudicado o conteúdo mínimo, insuprimível, do direito de propriedade, deve ser a reparação; o retorno ao "status quo", mediante compensação pecuniária.

Assim sendo, conforme o caso, serão de indenizar até mesmo condicionamentos genéricos (como os decorrentes de legislação urbanística) desde que **obstaculizem a viabilidade prática e econômica do emprego da coisa**, como muito bem anotado por CARLOS ARI SUNDFELD[17]. Amplia-se, pois, a noção do dano apenas decorrente da violação do direito do prejudicado (dito de outra forma, não é preciso o aniquilamento aparente do direito, razão pela qual até mesmo um tombamento pode ensejar responsabilidade patrimonial estatal).

Esse um critério muito mais elástico e adaptável a qualquer situação legislativa legítima, independentemente do número de destinatários efetivamente alcançados (e, pois, capaz de evitar a necessária e imprecisa distinção entre a natureza da lei: se geral e abstrata ou individual/específica de efeitos concretos). De igual sorte, não clama pela distinção entre limitação (por lei geral e abstrata, em regra) e servidão administrativa (que exige especialidade do dano) e nem urge pela comprovação da anormal intensidade do dano (necessariamente diferente dos pequenos ônus decorrentes do convívio social). Urge, apenas, a demonstração da sua certeza (atual ou futura) e do seu nexo causal em face da lei, de forma direta e imediata.

C) OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS: claro que no caso de omissões com prazo certo e conteúdo determinado nada há a ensejar dúvidas, posto que o STF sobre isso já se manifestou, tratando do § 3º, do Art. 8º, do ADCT, quando em sede de Mandado de Injunção autorizou os ofendidos a, na forma do direito comum, procurarem a justa indenização, pela inércia reconhecida e pelo não atendimento da determinação jurisdicional de legislar.

Todavia, quando silente a CF no que tange ao conteúdo a ser legislado, como previamente delimitado, parece-nos, *s.m.j.*, inexistir reparação a ser invocada, porque, se até mesmo há casos inafastáveis de discricionariedade

---

[17]. SUNDFELD, Carlos Ari. Condicionamentos e Sacrifícios de Direito. São Paulo, Revista Trimestral de Direito Público, 1983, vol. 4, pp. 79-83.

administrativa, em sede legislativa seu alcance é muito maior. O que nem de longe afasta a provocação jurisdicional através de competente Mandado de Injunção.

Por outra, quando o conteúdo a ser legislado for certo, ou perfeitamente delimitável, acompanhamos o raciocínio da brilhante professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, MARIA EMÍLIA MENDES ALCÂNTARA, para quem – após o prazo razoável – pode ser de se provocar a jurisdição, em atendimento ao primado da efetividade constitucional, como bem delimitado por CANOTILHO, ou ao da própria Eficiência, como recentemente inserido no bojo de nossa Carta da República.

VI. AÇÃO DE REGRESSO - RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DOS PARLAMENTARES

Em primeiro lugar, por evidente, não há que se falar em ação de regresso em face dos produtores da norma legislada constitucional, do mesmo modo que se afasta essa idéia no que concerne aos atos lícitos.

No caso das demais, inconstitucionais, por duas boas razões reconhecemos impossível a responsabilização pessoal dos parlamentares: a primeira decorre do próprio texto constitucional - sua imunidade pelos votos, consoante dispõe o Art. 53, *caput*. A segunda decorre da própria noção de órgão, haja vista que a lei, como ato complexo, exige para sua produção a conjunção de vontades de diversos centros de competência (Câmara dos Deputados, Senado Federal, Presidência da República etc.). Isso tudo, inclusive, sem atinar para o fato de que a vontade dos parlamentares individualmente consideradas, nesse particular aspecto, não tem interesse jurídico, só se fazendo assim quando coletivamente apuradas.

Todavia, no caso de Leis Delegadas e de Medidas Provisórias não convertidas em Lei, quando inconstitucionais, por ser possível a imputação de sua edição por apenas um centro de competências (a Presidência da República), nos casos de dolo ou culpa, nada parece afastar a possibilidade de ação de regresso, especialmente se considerada a média de edição de Medidas provisórias, na base de aproximadamente três por dia útil (o que bem demonstraria, pelo menos em tese, culpa consciente do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, capaz de ensejar pessoal responsabilização, no caso de eventual dano delas decorrente e causado a terceiros).

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FERREIRA, Daniel. Novos Aspectos da Responsabilidade do Estado: por Comportamento Omissivo ou Comissivo do Legislador. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, julho/agosto/setembro de 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-DANIEL-FERREIRA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.