



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO

GUSTAVO CUNHA PRAZERES

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS
LEGISLATIVOS

Salvador
2009

GUSTAVO CUNHA PRAZERES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS
LEGISLATIVOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação
Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade
Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do
grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro.

Salvador
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

GUSTAVO CUNHA PRAZERES

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Dr. Celso Luiz Braga de Castro.
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dr.
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dr.
Instituição:

Salvador,

de 2009

Aos meus pais, que não mediram esforços para educar aos filhos, por ser-lhes mais do que merecido o crédito por toda e qualquer realização.

A Mirella, amiga, namorada, companheira, noiva e futura esposa, por saber compartilhar dos bons e maus momentos, sempre apoiando.

“Quando o desejável era impossível foi entregue a Deus; quando o desejável se tornou possível foi entregue à ciência; hoje, que muito do possível é indesejável e algum do impossível é desejável temos que partir ao meio tanto Deus como a ciência. E no meio, no caroço ou no miolo, encontramos-nos, com ou sem surpresa, a nós próprios.”

Boaventura de Sousa Santos

“A consciência da garantia e efetivação da liberdade provém muito menos da lei do que da Constituição. Se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito de nosso tempo faz o culto da Constituição. A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana.”

Paulo Bonavides

RESUMO

Como objeto da presente pesquisa elegeu-se a questão da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. O principal escopo deste ensaio foi o de depurar as possibilidades e limites da responsabilização civil do Estado por sua atividade legiferante em face da ordem jurídica brasileira, buscando satisfazer as condições para alçá-la ao *status* de efetiva garantia dos cidadãos e de parâmetro para efetivação dos valores e preceitos constitucionais. A estrutura do trabalho, atentando à diversidade intrínseca ao tema, foi desenhada de forma a possibilitar uma análise global e suficientemente sólida dos diversos problemas envolvidos. A pesquisa foi dividida em três capítulos de desenvolvimento, além da introdução e da conclusão. No primeiro deles, discute-se a complexa idéia de lei, para focar, sobretudo, no fenômeno legislativo moderno, necessariamente atrelado a uma instância política, o Estado, e a um processo de produção, o devido processo legal. O passo seguinte consistiu no enfrentamento da temática atinente à responsabilidade civil do Estado, no que se procurou estabelecer uma análise que permitisse reconduzi-la a uma estrutura única, útil às espécies subjetiva e objetiva, de modo a infirmar alguns mitos que circundam a teoria do risco. Em seguida, transpuseram-se as constatações à seara específica da responsabilidade civil do Estado, à qual, não raro, se confere tratamento assistemático e casuístico, a permitir a aparição de alternativas e soluções que, pouco atentas aos valores e fundamentos da ordem jurídica institucionalizada, afiguram-se incoerentes. Assentadas as bases necessárias, o trabalho passou a se debruçar, no quarto capítulo, sobre o objeto específico de pesquisa, qual seja, a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. Tendo as idéias desenvolvidas nos capítulos anteriores como norte, procurou-se organizar as idéias que giram, meio que desconexas e soltas ao redor do tema, em um torno de um sistema.

Palavras-chave: Responsabilidade – Direito; Responsabilidade do Estado; Poder Legislativo.

ABSTRACT

This research intends to inquiry about state's civil liability for acts of legislation. The main scope of this essay was to explore the maximum possibilities of the institute on the Brazilian legal system, in order not only to meet the conditions to handle the status of citizen's effective guarantee, but to work as a concretization parameter for constitutional values and principles. The research structure, in order to attend the diversity inherent to the theme, was designed to enable a comprehensive and sufficiently robust focus on various problems involved. The research was divided into three chapters of development, besides the introduction and conclusion. In the first one, it discusses the complex idea of law and focus mainly on the modern legislative phenomenon, necessarily tied to a specific political body, the State, and a production process, the due process. The next step was to confront the issues relating to the civil liability of the state, in which sought to establish an analysis that would bring it to a single structure, useful to the subjective and objective species, so as to invalidate some myths surrounding the theory of risk. The next target was to get the findings to work on state's civil liability, as to solve the insolvent treatment usually deserved to it. Then, after the settlement of necessary foundations, it began to examine, in the fourth chapter, the specific object of civil liability for acts of state legislation. Following the ideas developed in previous chapters, it tried to organize the ideas towards a system.

Keywords: Liability - Law; State's civil liability; Legislative Power.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 AS LEIS, OS HOMENS E O ESTADO	13
2.1 AS LEIS E O ESTADO: DO LEGALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO	15
2.1.1 O aflorar das leis modernas	16
2.1.1.1 Ascensão...	18
2.1.1.2 ...e queda do Legislativo	22
2.1.2 Ideologia subjacente ao legalismo e suas implicações	28
2.1.3 Perspectivas contemporâneas: neoconstitucionalismo e nova hermenêutica	30
2.2 NOVAS PAUTAS PARA O LEGISLADOR	38
2.3 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DAS LEIS	47
2.3.1 Lei material	48
2.3.2 Lei formal	50
2.4 CRISE DO DIREITO LEGISLADO: PAPEL E IMPORTÂNCIA DAS LEIS	51
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	56
3.1 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	57
3.1.1 Ato ilícito: entre a culpa e o risco	59
3.1.1.1 O ato lícito e o dever de indenizar: entre a culpa e o risco	63
3.1.2 Dano	65
3.1.3 Nexo Causal	68
3.1.3.1 Teoria da equivalência dos antecedentes	70
3.1.3.2 Teoria da causalidade adequada	70
3.1.3.3 Teoria do dano direto e imediato	72
3.1.3.4 Causas excludentes de responsabilidade	73
3.2 O ESTADO: DA IRRESPONSABILIDADE À ASSUNÇÃO DO RISCO	75
3.2.1 Fase da irresponsabilidade	76
3.2.2 A transição: responsabilização pessoal dos agentes públicos	77
3.2.3 Fase da responsabilidade subjetiva	78
3.2.3.1 Atos de império x atos de gestão	79
3.2.3.2 Teorias da culpa	80
3.2.4 Fase da responsabilidade objetiva	82
3.2.5 Atos comissivos x atos omissivos: a tese de Bandeira de Mello	85

3.3 REPENSANDO A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	87
3.3.1 Fundamento da responsabilidade civil do Estado: o ato ilícito	88
3.3.2 O ilícito e a responsabilidade civil do Estado	89
3.3.3 Limites à responsabilidade civil do Estado: entre o mínimo existencial e a escassez de recursos	91
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS	99
4.1 ÓBICES À RESPONSABILIDADE DO ESTADO LEGISLADOR	100
4.1.1 Identificação entre lei e soberania	102
4.1.2 Lei como instrumento de inovação do direito positivo	104
4.1.3 Abstração, generalidade e impessoalidade da lei	107
4.1.4 Legislador, representados e a imunidade parlamentar	110
4.2 SISTEMATIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO LEGISLADOR	111
4.2.1 Breves considerações sobre o fundamento do dever de indenização do Estado Legislador	112
4.2.2 Das leis incompatíveis com a ordem jurídica	113
4.2.2.1 Controle difuso x controle concentrado	117
4.2.2.2 Inconstitucionalidade formal x inconstitucionalidade material	119
4.2.2.3 Omissões legislativas	122
4.2.3 Das leis que não merecem expurgo do sistema jurídico	130
5 CONCLUSÃO	138
REFERÊNCIAS	144

1 INTRODUÇÃO

O dever de reparação do ente estatal em face dos danos causados por si aos indivíduos, conquanto considerado, hoje, corolário do Estado de Direito, revela-se, na prática, matéria demasiado complexa, mormente quando em debate a questão dos limites à sua responsabilidade. Embora doutrina e jurisprudência reconheçam, em amplo consenso, que o art. 37, §6º, da Constituição Federal, determina a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, isto é, independente de culpa ou dolo na causação do dano, hesita-se muito quando se tem de partir à análise do caso concreto.

A tendência finca-se no sentido de refutar a plena aplicação do aventado preceito constitucional, em virtude da dificuldade de compatibilizar o risco, elemento corrente no dia-a-dia de uma sociedade complexa como a atual, com os inúmeros deveres que são atribuídos a um Estado que se pretende democrático. As normas programáticas representam muito bem esta situação, porquanto continentes de preceitos de difícil, quando não utópica, realização. Ante a amplitude do rol de tarefas que lhe é acometida, e considerando a regra da responsabilidade objetiva, o ente estatal poderia, hipoteticamente, vir a ser chamado para responder como causador de toda e qualquer adversidade ocorrida, equiparando-se ao papel de verdadeiro segurador universal.

Com efeito, em face de uma ordem jurídica que eleva ao patamar constitucional direito à saúde, busca por políticas de pleno emprego, a erradicação da pobreza, dentre tantos outros preceitos de igual abstração e tão árdua concretização, não é difícil deduzir tese que pretenda enxergar em uma conduta – seja ela comissiva ou omissiva – do Estado a causa para qualquer dano, e, com isto, pretender imputar-lhe o dever de reparação.

O tema, já tormentoso em sede de atos executivos e jurisdicionais, torna-se ainda mais árido em face da atividade legiferante, responsável pela definição das diretrizes primárias da regulamentação do convívio social. A necessidade de constante adaptação do direito objetivo, a crescente proliferação das leis diante do intervencionismo estatal, e a margem de discricionariedade inerente ao desempenho desta função, política em sua essência, contribuem para qualificar por incerta e insegura a posição dos particulares em face do Estado Legislador, o que colabora decisivamente para contrapor à idéia de sua responsabilização civil as mais diversas e despropositadas justificativas, que variam desde a impossibilidade de identificar culpa no complexo processo parlamentar de produção legal até uma pretensa onipotência do congresso.

O principal escopo da presente pesquisa é, justamente, o de analisar, criteriosa e criticamente, em face da ordem jurídico-constitucional brasileira, a possibilidade e os limites da responsabilização civil do Estado por sua atividade legiferante, para, a partir de uma depuração, propor leitura sistêmica ao instituto, capaz de torná-lo ainda mais apto à garantia dos direitos dos cidadãos e à efetivação de uma ordem constitucional.

Um trabalho científico demanda do pesquisador a consciência de suas potencialidades e de seus limites, de sua essência e de sua formação. O ser humano é sempre obra inacabada, em constante processo de evolução, operada por meio de interações com o mundo. Há que, diante disto, permitir discordar de si mesmo e de suas pré-compreensões. Não se pode pretender realizar pesquisa científica sem questionar os próprios valores de forma contundente e séria, expondo-os à crítica e ao debate.

Almeja-se, assim, assumir a carga de subjetividade individual, mas não para se resignar passivamente com isto, mas para tornar possível a sua superação, buscando fundamentação que possa, ao menos em tese, ser reconhecida como aceitável pela comunidade como um todo.

A contraposição de idéias se fará essencial ao trabalho. E, tendo sido feita a opção pela fonte bibliografia como principal manancial da pesquisa, deve-se consignar que a intenção é a de buscar amparo no mais amplo rol de doutrinadores possível, procurando socorro tanto em escritos nacionais quanto em estrangeiros, tanto em escritos conservadores quanto em vanguardistas.

Além disto, em razão da afinidade do tema com diversas áreas do conhecimento, a pesquisa deverá ser interdisciplinar, abrangendo, tanto quanto possível, todas as áreas que se demonstrem afins, como é o caso, por exemplo, do direito constitucional, do direito administrativo, do direito civil, da sociologia, da teoria geral do Estado e da hermenêutica jurídica.

Além da bibliografia, também a coleta e análise de material jurisprudencial será ponto importante para a pesquisa. O posicionamento do Judiciário, não só no Brasil, mas em outros países também, acerca da temática há de servir como fonte de pesquisa de grande valia.

A estruturação do trabalho, atentando à diversidade que é intrínseca ao tema, foi desenhada de forma a possibilitar uma análise global e suficientemente sólida da questão. A pesquisa foi dividida em três capítulos principais, além desta introdução e da conclusão.

No primeiro deles, discute-se a idéia de lei, que, embora se

revele uma das mais familiares e inatas noções do homem, assente nas mais diversas épocas, junto às mais distintas sociedades, faz também parte de um conjunto de conceitos extremamente vagos e confusos, que não apenas podem ser desdobrados em diferentes perspectivas e significados, como também dependem de variáveis históricas.

O enfoque principal do capítulo firma-se no fenômeno legislativo moderno, cujas feições e características são de tal modo trabalhados que, atrelado a uma instância política, o Estado, e a um processo de produção, o devido processo legal, assume sentido próprio e específico. É sobretudo a partir desta perspectiva de lei que se centram os esforços, para que, afinal, faça-se possível a posterior identificação de possíveis soluções para os casos em que o Estado, por meio de sua atividade legiferante, ou excede os limites de interferência na vida social ou deixa, quando obrigado, de intervir, causando, em todo caso, um dano a alguém.

O passo seguinte consistiu no enfrentamento da temática atinente à responsabilidade civil do Estado, no que se procurou estabelecer uma análise crítica que permitisse reconduzi-la a uma estrutura linear e lógica. A discussão e o cotejo das espécies subjetiva e objetiva da responsabilidade civil consubstanciaram um dos principais focos do tópico, especialmente útil para infirmar alguns mitos que circundam a teoria do risco.

Em seguida, procurou-se transpor as constatações à seara específica da responsabilidade civil do Estado, à qual, não raro, se confere tratamento assistemático e casuístico, a permitir a aparição de alternativas e soluções que, pouco atentas aos valores e fundamentos da ordem jurídica institucionalizada, revelam-se de todo incoerentes.

Não se fugiu ao embate com tormentosas questões que persistem na matéria, como, por exemplo, a das hipóteses em que o dano encontra sua causa em um ato lícito ou em uma omissão do Estado. Foram trazidos à baila, para tanto, argumentos como a legitimidade do Poder Judiciário em face de decisões políticas; o mínimo existencial; a escassez de recursos e a reserva do possível.

Assentadas as bases necessárias, a trabalho passou a se debruçar, no quarto capítulo, sobre o objeto específico de pesquisa, qual seja, a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. Tendo as idéias desenvolvidas nos capítulos anteriores como norte, procurou-se, em primeiro, organizar as idéias que giram, meio que desconexas e soltas ao redor do tema. Para tanto, foi necessário o prévio levantamento e discussão tópica dos principais argumentos postos como óbices à aceitação da responsabilidade civil do Estado em

face da atividade legiferante.

Resultando não ter sido encontrado qualquer subsídio que justificasse a dispensa de tratamento privilegiado ao Estado Legislador, passou-se à seguinte e necessária etapa, na qual se propôs a esquematização da questão a partir das diversas hipóteses nas quais fosse possível, ao menos em tese, apontar na atividade legislativa a causa de um determinado dano, no fito de reconduzi-los ao núcleo de um instituto comum.

Por fim, ao último capítulo, consistente na conclusão da pesquisa, reservou-se a sistematização das inferências e proposições decorrentes do estudo, expondo-os em síntese.

2 AS LEIS, OS HOMENS E O ESTADO

Um simples olhar lançado sobre a história é suficiente para revelar que a idéia de lei é uma das mais familiares e inatas ao homem. Nas mais diversas épocas, junto às mais distintas sociedades, a despeito da impossibilidade de influências recíprocas, estabelecida em virtude de invencíveis obstáculos culturais e geográficos, a noção básica de lei sempre se fez assente e recorrente.

Já em face das sociedades ágrafas era possível falar em regras gerais de regulamentação do convívio social¹, às quais, aliás, sempre se reconheceu tanta importância que, tão logo a técnica da escrita tenha sido descoberta e dominada, terminaram por ser expressamente registradas em monumentos legais, dos quais o Código de Hammurabi, na Mesopotâmia, e a Lei das XII Tábuas, em Roma, são importantes exemplos.

Todos estes fatos não revelam outra coisa senão a íntima relação da idéia de lei com o fenômeno associativo². O convívio humano imerge de tal modo em

¹Embora o costume seja a primordial fonte do direito nas sociedades que não dominaram a técnica da escrita, “nos grupos sociais relativamente evoluídos, acontece que aqueles que detêm o poder impõem regras de comportamento, dando ordens de carácter geral e permanente. Trata-se então de verdadeiras *leis*, no sentido jurídico e moderno do termo; mas são leis não escritas, [...] enunciadas pelo chefe ou por grupos de chefes, os anciãos do clã ou da etnia, são repetidas em intervalos mais ou menos regulares para assegurar o seu conhecimento e respeito.” (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p.37). No mesmo sentido, Machado Neto adverte: “A forma escrita é a manifestação mais característica da lei. Todavia, tempo houve em que, em vez de impressa nos diários oficiais ou esculpida em pedra ou bronze, ela era gritada, proclamada nas feiras e ajuntamentos, pelos arautos do poder dominante.” (**Compêndio de introdução à ciência do direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p.199).

² Interessante, todavia, destacar a existência de embates doutrinários acerca da essencialidade ou não das leis. A despeito de existir um grande número de teses envolvidas, é possível reconduzi-las a duas posições fundamentais, bem sintetizadas nas seguintes linhas: “Aos que vêem no homem a encarnação do mal ou, na melhor das hipóteses, um amálgama de bons e maus impulsos constantemente em conflito, tendendo os maus a prevalecer repetidamente sobre os bons, parece evidente que existem forças sombrias e perigosas implantadas na própria natureza do homem, as quais precisam ser inflexivelmente reprimidas e que, se não o forem, acarretarão a total destruição daquela ordem social em cuja ausência o estado do homem não seria superior ao dos animais. Portanto, nessa concepção, a lei constitui o freio indispensável das forças do mal, e a anarquia ou a ausência da lei, o supremo horror a ser repellido. Por outro lado, aqueles que vêem a natureza do homem como inerentemente boa procuram descobrir as fontes dos males da condição atual do homem em situações exteriores ao próprio homem e, por conseguinte, buscam algum defeito fundamental no meio social em que ele vive como verdade causa de todo os males que o afligem. E como as características mais notórias desse meio são, é claro, o governo dos poderes reinante e o sistema jurídico através do qual eles exercem sua autoridade política, não chega a causar surpresa que as críticas recaiam precisamente sobre esses poderes como verdadeira fonte das tribulações humanas.” (LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. 2 ed. Traduzido por Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.4). Esta última posição, conquanto doutrinária e ideologicamente encampada por grandes autores, até o momento presente, não conseguiu se justificar com dados empíricos. As suas principais vertentes, essencialmente anarquistas, não passaram de idealizações utópicas. Tanto que, até mesmo dentre os autores que acreditam na boa índole inata ao homem, despontam aqueles que abandonam o excessivo romantismo e, sem refutar as suas bases ideológicas fundamentais, admitem existir, além da dimensão cooperativa, sem a qual a vida social seria impossível, uma perspectiva dinâmica na natureza humana, voltada à satisfação de interesses

complexidade e insegurança que seria incapaz de proliferar sem que se definisse uma instância superior, legitimada a estabelecer e exigir a obediência de pautas e padrões de comportamento mínimos, para, com isto, tentar controlar a margem de arbítrio de cada um dos membros da comunidade³.

Porém, a despeito de sua recorrência, a idéia de lei faz parte de um conjunto de noções extremamente vagas e confusas, que não apenas podem ser desdobradas em diferentes perspectivas e significados, como também dependem de variáveis históricas⁴. Evitando digressões históricas e filosóficas maiores, sem, contudo, fugir ao necessário esclarecimento conceitual, pode-se arrolar três distintas dimensões do significado de lei.

Em uma primeira acepção, bastante ampla, a lei se expressa como “*norma de direito imposta por uma autoridade exercendo o seu poder num grupo social dado, na maior parte dos casos sobre um território dado, por oposição ao costume, que nasce espontaneamente neste grupo*”⁵. Trata-se de perspectiva em que o conceito de lei é equiparado ao de direito: a lei assume, em tal contexto, o sentido de norma jurídica, qualquer que seja a sua origem.

É possível, porém, emprestar às leis um significado mais preciso e bem delimitado, no qual elas são reduzidas às suas manifestações escritas. Neste contexto, abandona-se a identificação das acepções de lei e direito e se encara a legislação como uma específica fonte do direito, que, sem embargo de gozar de certa prioridade, divide a tarefa

menores e mais imediatos, que pode eventualmente ser dirigida para fins destrutivos, o que aponta a necessidade e justifica a existência de balizas comportamentais que, embora eventualmente possam até ser designadas por nome diverso, cumpririam o mesmo papel fundamental das leis. (*ibidem*).

³ Como bem adverte Dennis Lloyd, ao refutar o romantismo de certas concepções anarquistas: “a idéia de que a sociedade humana, em qualquer nível que se considere, poderia concebivelmente existir com base em que cada homem deve simplesmente fazer aquilo que julga estar certo nas circunstâncias particulares, é por demais fantasiosa para merecer uma análise séria.” (*ibidem*, p.19).

⁴ Os antecedentes históricos mais palpáveis da idéia de lei remontam à Grécia Antiga, quando, assimilada à organização da *polis*, designava a todos os atos obrigatórios, independente deles derivarem da tradição ou de alguma forma de institucionalização política. Em torno deste conceito, já fluido, muitos debates, de contornos fundamentalmente filosóficos, foram travados para tentar elucidar a real dimensão das leis, e, em síntese, pode-se apontar a sua relação com o ideal de justiça como principal ponto: pré-socráticos, estoicos e o próprio Platão pretenderam desenvolver, cada qual à sua maneira, a idéia de lei. Somente em Roma é que a lei, embora ainda convivesse com um metafísico, vem a ser institucionalizada, e, incorporada à estrutura política, diferencia-se da tradição e do costume. Após isto, muitas inversões e desdobramentos do conceito foram empreendidos até que fosse possível chegar à concepção contemporânea de legislação. Para um aprofundamento: LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: Direito, ordem e Justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Editora 34; São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2004; NOUR, Soraya. *Lei*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo (RS): Unisinos, 2006, p.517-521.

⁵ Destaques no original. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p.292.

com outras instâncias, como o costume, o negócio jurídico, a jurisprudência e, em certa medida, a doutrina. Em suma, a lei, vista deste ângulo, apresenta-se como primordial – embora não exclusivo – veículo de alimentação do sistema jurídico.

Mas, a idéia de lei possui outro uso lícito, ainda mais restrito, específico da conjuntura moderna, na qual a delimitação das diretrizes sociais passou a não mais depender do carisma pessoal de um líder qualquer; do fator tradicional ou religioso de uma específica ordem patriarcal ou dinástica; mas, sim, de um modelo burocrático, identificado no Estado, em que “não se obedece à pessoa, em virtude do seu direito próprio, mas da *regra* estatutária que determina a quem e enquanto se lhe deve obedecer”⁶. Sob este prisma, o fenômeno legislativo designa um fato concreto e historicamente delimitado que, por ter revelado rara aptidão ao soerguimento e manutenção das recíprocas expectativas comportamentais entre os membros da comunidade, foi eleito como essencial, e, intensamente trabalhado, veio a ter as suas feições e características de tal modo delineadas que, atrelado a uma instância política, o Estado, e a um processo de produção, o devido processo legal, assumiu sentido próprio e específico.

Embora sem descurar das demais significações, é principalmente sobre esta última perspectiva de lei que se centrarão os esforços do presente ensaio, que, afinal, busca identificar possíveis soluções para os casos em que o Estado, por meio de sua atividade legiferante, ou excede os limites de interferência na vida social ou deixa, quando obrigado, de intervir, causando, em todo caso, um dano a alguém.

2.1 AS LEIS E O ESTADO: DO LEGALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Para bem compreender o conteúdo da idéia de lei, bem como as suas potencialidades, faz-se essencial uma incursão histórica que contextualize o fenômeno, já que, assim como o Estado não foi concebido como obra perfeita e acabada, mas, antes, se amoldou à conjuntura e à feição de cada época, a atividade legiferante teve, por diversas vezes, que ser adaptada e, advirta-se, ainda hoje se encontra a meio caminho de um processo de transformação.

⁶ WEBER, Max. **Três tipos puros de poder legítimo**. Traduzido por Artur Morão. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/weber_3_tipos_poder_morao.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2009, p.2.

2.1.1 O aflorar das leis modernas

Conquanto seja possível e plenamente viável vislumbrar a existência de leis em idos remotos, interessa ao presente ensaio apenas a feição contemporânea do fenômeno, somente delineada em época relativamente recente.

O ponto inicial da análise deve se situar na modernidade, momento em que, como bem expõe John Gilissen, se assiste

[...] a um crescimento sensível do papel da lei como fonte de direito, a ponto de esta ter eliminado quase inteiramente o costume ainda antes da Revolução Francesa. Este fenômeno resulta da evolução geral do direito numa sociedade cada vez mais individualista, na qual o papel social, político e jurídico da família e dos grupos privilegiados diminui constantemente. O desenvolvimento do saber e, sobretudo, da escrita, favoreceram a lei em detrimento do costume. Mas a preponderância da lei é, antes de mais, consequência do reforço do poder dos soberanos: uma vez que a monarquia se tornou absoluta em certos países, todos os poderes estão nas mãos do príncipe; este procura unificar o direito do seu país e suprimir os particularismos costumeiros com a ajuda de uma actividade legislativa que invade cada vez mais domínios.⁷

Foi da feição absolutista de Estado o grande e decisivo mérito de criar condições para o pleno desenvolvimento do processo legislativo. Antes, a organização política girava em torno de um sistema feudalista, que, envolto em complexas relações sociais, implicava a completa dispersão do poder. A hegemonia na determinação das diretrizes comunitárias não era apenas restrita e local, válida em um pequeno conglomerado, mas também flutuava dentro de uma longa cadeia de suseranos e vassallos, firmando, como resultado, uma sociedade civil fragmentada e descentralizada, despida de interesses comuns e sem identificação interna.

Este esquema de sociedade, embora tenha prevalecido por tempo razoável, cedeu em face da necessidade de centralização do poder, então aposta como primordial interesse dos principais estamentos sociais: os grandes senhores feudais, entronizados, tinham a pretensão de mandar, mas viam o seu poder reduzido, restrito e disperso; a igreja católica, abalada pelas lutas religiosas, debatia-se com a possibilidade de perder não apenas seu *status* político, mas também o seu primado no âmbito religioso; e, por fim, o comércio, para continuar a sua expansão, requeria segurança, leis uniformes, moeda única, dentre outros fatores que somente se viabilizariam com a construção de uma instância capaz de coordenar todos estes aspectos a um só tempo.

⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p.302.

Da necessidade de contrapor a (des)organização feudal, portanto, derivou um novo modelo político-social, lastreado na concepção de um ente abstrato, imbuído de poder suficiente para ditar as pautas de comportamentos individuais e vencer as resistências internas e externas na consecução de seus fins.

Erigiu-se, assim, o Estado Moderno⁸ e, a partir da progressiva centralização do poder político que lhe deu causa, fez-se possível a teorização do conceito de soberania, então identificada com a suprema e absoluta prerrogativa de ditar e impor as diretrizes sociais. Com isto, conferia-se ao ente público autoridade suficiente para legitimar seus atos, que, aceitos pela comunidade, eram, em regra, obedecidos espontaneamente pelos cidadãos. Ao lado de tudo isto, o Poder Público curou de estruturar ostensivo aparato militar, assegurando-se contra eventuais insurreições. Estavam, assim, preenchidas as condições básicas para o desenvolvimento de um sistema legal amplo e abrangente: a autoridade e a possibilidade de coerção⁹.

Contudo, a fórmula absolutista de Estado ainda estava distante de sua feição atual. Em rigor, o Estado de então sequer podia ser identificado como ente autônomo e abstrato, já que se personificava na figura do monarca ou déspota. Vigia, ainda, uma justificativa divina do poder soberano, a qual apontava o rei como seu único e exclusivo titular. O célebre dito de Luis XIV, então rei da França, que proclamou ser ele mesmo o Estado (“*L’Etat c’est moi*”), expressa e sintetiza como poucas a conjuntura imperante à época. A centralização do poder era extrema: as decisões políticas gravitavam em torno de um só indivíduo ou, quando muito, ao redor de pequeno núcleo de pessoas, responsável por, a um só tempo, administrar o governo e definir, interpretar e aplicar as normas jurídicas.

Diante da falta de limites contentores do poder, grande número de desmandos e abusos foi perpetrado, contribuindo para a organização política de certos segmentos sociais em torno da crítica ao regime político vigente. A fórmula absolutista, inicialmente aceita pelos mais destacados segmentos da sociedade civil, passou a colidir com os interesses da classe burguesa que, estabilizada, almejava novos rumos. A política

⁸ Como destacam Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, ao evidenciar as peculiaridades desta nova forma política em relação às que lhe precederam, “o elemento central de tal diferenciação consiste, sem dúvida, na progressiva centralização do poder segundo uma instância sempre mais ampla, que termina por compreender o âmbito completo das relações políticas. Deste processo, fundado por sua vez sobre a concomitante afirmação do princípio da territorialidade da obrigação política e sobre a progressiva aquisição da impessoalidade do comando político, através da evolução do conceito de *officium*, nascem os traços de uma nova forma de organização política: precisamente o Estado Moderno.” (destaques no original) (**Dicionário de política**. 12 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p.426, v.1).

⁹ LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. 2 ed. Traduzido por Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.28-42.

econômica mercantilista, então praticada, chocava com seus interesses, na medida em que não somente onerava a atividade econômica com tributos excessivos – com os quais se sustentavam desmedidos privilégios da realeza, do clero e da falida nobreza – como também inviabilizava, ante o característico protecionismo, o novo projeto burguês: a expansão para além das fronteiras nacionais¹⁰.

2.1.1.1 Ascensão...

A antiga casta burguesa, agora capitalista, tinha grandes pretensões, longe de almejar mera inversão no jogo de forças políticas, queria tomar as rédeas do poder para colocar em prática um verdadeiro projeto de sociedade, que, imerso em promessas, contradições e probabilidades, traduzia-se no capitalismo¹¹. Complexo, o respectivo processo de implantação, embora lento e gradual, tem seu primeiro marco decisivo nas revoluções burguesas, que hastearam a bandeira do liberalismo econômico e consagraram os ideais iluministas, que, expressos na tríade igualdade, liberdade e fraternidade, condenaram a estrutura do Estado Absolutista e abriram novas perspectivas.

Em sua primeira etapa, chamada de capitalismo liberal, o projeto burguês de modernidade ocupa-se com a interferência estatal no exercício das atividades econômicas, que já não se restringiam mais ao simples comércio, mas contemplavam todo um conjunto de práticas, técnicas e institutos próprios.

Tomando como principal contraponto o modelo absolutista de governo, advoga-se a tese de que o Estado deve assumir o papel de “armadura de defesa e proteção da liberdade. [...] Sua essência há de esgotar-se numa missão de inteiro alheamento e ausência de iniciativa social.”¹²

Não por outra razão, o ataque às bases político-teóricas do *ancien régime* centrou-se, sobretudo, na forma de exercício do poder e na concepção de soberania até então aceita. Nestes termos é que se firma o anteparo do intrincado arcabouço do Estado Liberal, assente em um constitucionalismo bem sintetizado em três idéias fundamentais: soberania nacional, regime representativo e separação de poderes.

¹⁰ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. 2 ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.56-64.

¹¹ “A radicalidade do capitalismo residia em que ele, longe de ser apenas um novo modo de produção, era a manifestação epocal de um novo e muito mais amplo processo civilizatório, a modernidade, e, como tal, significava uma mudança societal global, uma mudança paradigmática.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005, p.23).

¹² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.41.

As primeiras Constituições possuem nítido influxo burguês. Refletem os anseios e interesses desta classe, ocupando-se, basicamente, em definir a estrutura formal do Estado e delimitar, por meio de direitos civis e políticos básicos, os limites de ingerência do ente público na vida privada. O fator fundamental é deixar todo o mais desembaraçado, para que as instâncias particulares regulamentem de acordo com as suas conveniências¹³.

As novas ordens jurídico-políticas libertam-se da pretensa origem divina, invocada para legitimar os reis, agora destronados, e remetem a um argumento racional: um suposto pacto firmado em torno da realização dos ideais comuns, mais precisamente o contrato social, tal como concebido em clássica lição de Rousseau. O povo – ao menos pretensamente – passa à condição de titular da soberania. Desloca-se o centro político: o diálogo entre sociedade e Estado, antes travado por intermédio dos interesses de castas, passa a ter no cidadão, individualmente considerado, o ator principal. Cada indivíduo é, a partir de então, considerado titular de parcela da soberania.

Como que para readequar o governo às novas diretrizes, permitindo que a nação possa exercer a soberania, surge a idéia de eleição de representantes, “pelo povo, ou, pelo menos, pelos cidadãos mais qualificados”¹⁴, e, com isto, desenha-se o sistema representativo, que rompe, de um só turno, com os aspectos de pessoalidade e perpetuidade atribuídos ao poder soberano: os representantes do povo exercem a soberania, mas não são seus titulares; seus cargos são transitórios, o Estado, perpétuo.

Ainda no fito de afastar definitivamente os abusos e arbitrariedades até então freqüentes, delineou-se o princípio da separação dos poderes, erigindo engenhoso sistema no qual o exercício do poder dependeria de uma atuação coordenada de diferentes órgãos. As principais funções políticas, inerentes ao exercício da soberania, foram divididas pelas instâncias políticas estatais: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Neste primeiro momento, estabelece-se a nítida prevalência da

¹³ Neste sentido, Walber de Moura Agra afirma: “As primeiras Constituições foram consideradas liberais, abrangendo direitos civis e políticos, devido a sua concretização ser preponderantemente formal, sem oferecer nenhum mecanismo para a real efetivação dos preceitos constitucionais. Eram Constituições burguesas porque os direitos ofertados apenas podiam ser usufruídos pela burguesia, que possuía os meios materiais para realizá-los. As demais classes sociais não tinham acesso a tais prerrogativas porque o Estado não garantia a sua eficácia.” (**A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.3).

¹⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 4 ed. Traduzido por A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p.415.

função legislativa em face das demais. A teoria da separação dos poderes, em sua forma originária, é delineada em função das leis: o parlamento se incumbem de criá-las; a Administração atua de forma complementar, limitada a concretizá-las; e o Judiciário, quando provocado – subsidiariamente, portanto –, determina o cumprimento dos preceitos legais que não tenham sido postos em prática de forma espontânea.

A preponderância que a legislação assumiu não foi mera obra do acaso. O fenômeno deriva, antes de qualquer outra coisa, do fato de a lei ostentar características intrínsecas que contribuem decisivamente para a efetivação de valores básicos e caros à pauta político-ideológica condutora do processo de transformação social carreado.

Em um primeiro plano estava a preocupação com a igualdade, refletida na insatisfação com os privilégios e benesses conferidos durante o antigo regime a alguns estamentos sociais, que, não raro, chegavam a se perceber desobrigados de respeitar outra norma senão aquela derivada de suas próprias consciências. A institucionalização de um modelo legal era propícia não só à extinção deste estado de coisas, mas também à consagração de uma ordem mais igualitária, já que a lei, elaborada para ter incidência geral, dirigindo-se a todo um conjunto indistinto de pessoas, impedia que as características pessoais – ressalvadas aquelas expressamente contempladas no ordenamento – se desdobrassem em discriminações ou privilégios¹⁵.

De outro lado, o desenvolvimento do intercâmbio comercial, posto como meta primordial, dependia de maior segurança no trato social. Os agentes econômicos precisavam antever e calcular as conseqüências de suas ações práticas, e a lei, enquanto principal fonte da norma jurídica, responsável por definir, em abstrato, os fatos relevantes e as suas conseqüências, preenchia com perfeição a lacuna. Bastaria recorrer ao ordenamento positivo para ter a exata medida e extensão dos desdobramentos que a prática de qualquer conduta poderia determinar¹⁶, pois a lei, uma vez institucionalizada,

[...] permite o conhecimento amplo das prescrições e conseqüências cominadas. Estabelecido e divulgado qual o dever ser, os efeitos jurídicos atribuídos ao cumprimento ou não da norma já são esperados e passam a constituir o objeto da pretensão social. Garante-se, assim, a segurança das relações sociais travadas que, ao tipificarem previsões normativas, qualificam-se como relações jurídicas.¹⁷

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.171-172.

¹⁶ *Ibidem*, p.172.

¹⁷ CAMARDELLI, Bárbara. A responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.113.

Por fim, a idéia de lei representava também um passo no sentido de concretizar o valor liberdade, na medida em que a legislação, a partir de agora associada à vontade geral, na célebre fórmula de Rousseau, servia à emancipação dos cidadãos não só na esfera pública, por desvinculá-los do arbítrio e dos caprichos de um soberano absoluto, mas também na instância particular, porquanto, definidos os direitos de cada um, o indivíduo ficaria livre para buscar os seus próprios desígnios, salvo quando isto colidisse com a esfera jurídica de outrem¹⁸.

Neste contexto é que se assenta o princípio da legalidade, cujas repercussões se fazem notar tanto no âmbito do direito privado quanto na seara pública. Na dimensão particular, o princípio em comento define que “o homem não pode fazer senão o que a lei proíbe, não está obrigado a fazer senão o que a lei comanda. Disto resulta não poder ele ser constrangido arbitrariamente a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa, mas somente dever ficar adstrito a uma pauta predeterminada e pública – a da lei.”¹⁹ Já no que diz respeito à esfera de atuação do Poder Público, a lógica é inversa: acredita-se que ele deva agir o mínimo possível, pois isto evita a indevida invasão nos assuntos particulares. Dito de outra forma, o princípio da legalidade informa, quanto ao Estado, que sua atuação só será legítima quando houver lei a consignar e autorizar a sua conduta.²⁰

Somente com todas estas transformações é que o Estado pôde, efetivamente, assumir os contornos de ente autônomo, dotado de personalidade jurídica própria, desvinculado, portanto, da figura de um monarca. Assente este arcabouço formal, em que todos, incluindo o ente público e os ocupantes de cargos políticos, se subordinam à ordem jurídica, o Estado Liberal, visto da perspectiva de sua estrutura, passa a ser identificado como Estado de Direito, “*modelo de Estado cuya legitimidad descansa en la legalidad del ejercicio del poder*”²¹, ou que, simplesmente, pode ser sintetizado na fórmula do governo das leis e não de homens.

Não há fórmula mais sintética e profunda para exprimir aquilo que veio a ser chamado de Estado de Direito. Nela, dois valores se entrelaçam: justiça e segurança.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.172-173.

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do Direito Constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009, p.181.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.90-96.

²¹ GARCÍA NOVOA, César. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria**. Madrid: Marcial Pons, 2000, p.26.

O primeiro é, no pensamento da época, inerente à própria idéia de lei. Somente é lei a norma justa, aquela que se funda no Direito, mas num Direito que emana da razão, da natureza, da divindade, jamais da mera vontade do legislador. Ou seja, um Direito justo.

O outro se manifesta na proibição do arbítrio, aliás implícita no própria idéia de justiça. Esta, por meio da lei, traça pautas justas – normas – de conduta, tanto para o governante quanto para os governados. Aquele, em especial, ao dirigir a comunidade, não pode quebrá-las, mormente porque essas leis não provêm de sua vontade.

Desses dois valores combinados resulta o ideal: um governo que se exerça por regras fixas e conhecidas, obedecendo à justiça.²²

Não se pode perder de vista, todavia, que toda a estrutura firmada servia ao liberalismo, comprometendo-se com a efetivação de um modelo capitalista de produção. Isto explica, por exemplo, por que o sufrágio consagrado não foi universal, mas censitário – o critério renda era erigido como pressuposto para a participação no processo político, determinando assim a exclusão da maior parte da população²³ – e, também, o porquê de, embora consagrado o constitucionalismo, somente se tenha reconhecido direitos notadamente direcionados à imposição de limites à atuação estatal, resguardando espaço para que o mercado ditasse as suas próprias regras. Em suma, o projeto de poder então encampado apresentava-se impregnado pela crença liberal-econômica, a primar pela máxima redução da atividade estatal diante da convicção na auto-regulamentação do mercado.

2.1.1.2 ...e queda do Legislativo

Não tardou e também a ideologia liberalista, pregadora do abstencionismo estatal, revelou-se insatisfatória. O liberalismo econômico não conseguiu criar um sistema propenso à auto-regulamentação, mas, ao revés do que acreditavam os capitalistas, fadado à auto-implosão. A ausência de limites normativos estimulava a concentração de renda, determinando uma série de conseqüências fatídicas para o mercado, como a formação de monopólios e o advento de crises cíclicas oriundas do descompasso entre produção e consumo.

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do Direito Constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009, p.175.

²³ Como destaca John Gilissen, embora a soberania se afirmasse como nacional, “o conceito de nação permanece, no entanto, confuso; ele não pode ser confundido com a noção de povo, nem a de democracia, que não se desenvolverão na ciência política e no direito público senão no séc. XIX. No sentido em que a palavra era tomada em 1789, a nação é formada por aqueles que têm bens a defender. O sufrágio censitário domina no século XIX, enquanto que o universal não se generaliza senão no decurso do séc. XX.” (**Introdução histórica ao Direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p.414).

Do outro lado, a classe proletária, então representativa do grande contingente populacional, se viu, em prol do liberalismo e da maximização dos lucros patronais, explorada ao extremo. A despeito de cumprirem jornadas de trabalho sobre-humanas, os salários percebidos eram ínfimos²⁴ e esta conjuntura possibilitou a formação de um sentimento de classe, unindo os trabalhadores em torno de um fim comum: a melhoria das condições de vida. Eclodem, então, os ideais socialistas, contrapondo-se ao liberalismo propalado pela burguesia, a reclamar um Estado efetivamente voltado à satisfação do interesse popular.²⁵

Fosse em virtude da necessidade de conseguir um melhor equilíbrio na equação interna de forças políticas da sociedade, fosse porque o próprio sistema econômico dava sinais de que, sem a interferência de uma instância regulatória, não conseguiria sobreviver, o papel do ente público, até então restrito e propositalmente tímido, alarga-se e, cada vez mais, intensifica-se. Estrutura-se o Estado Social, concebido como alternativa para não somente apaziguar o clamor social, como, também e sobretudo, resguardar o sistema econômico capitalista. O projeto de modernidade burguês adapta-se para subsistir, e dá início ao chamado período do capitalismo organizado, em que

o Estado é, ele próprio, um agente activo das transformações ocorridas na comunidade e no mercado e, ao mesmo tempo, transforma-se constantemente para se adaptar a essas transformações. A sua articulação cada vez mais compacta com o mercado evidencia-se na progressiva regulamentação dos mercados, nas ligações dos aparelhos do Estado aos grandes monopólios, na condução das guerras e de outras formas de luta política pelo controlo imperialista dos mercados, na crescente intervenção do Estado na regulação e institucionalização dos conflitos entre o capital e o trabalho. Por outro lado, o adensamento da articulação do Estado com a comunidade está bem patente na legislação social, no aumento da participação do Estado na gestão do espaço e nas formas de consumo colectivo, na saúde e na educação, nos transportes e na habitação, enfim na

²⁴ Sobre a desmedida influência do valor liberdade, a justificar o abstencionismo estatal e ampla incidência à autonomia privada, percucientes são as observações de Paulo Bonavides, *in verbis*: “Aquela liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, o fraco à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.” (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.59).

²⁵ Mirkine-Guetzévitch chama atenção para “um fato curioso: – a introdução de elementos sociais nas Declarações de Direitos não está, de modo algum, em relação direta com a maior ou menos proporção do democratismo de um dado país. O aparecimento de novos elementos sociais não é somente o resultado da participação dos socialistas na obra das assembleias constituintes: – os direitos sociais aparecem também nas Constituições que foram redigidas com uma fraca participação ou, mesmo, sem o concurso dos socialistas.” (**As novas tendências do Direito Constitucional**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p.81). Em rigor, os elementos sociais afirmam-se também e principalmente em virtude da ameaça de revolução social, enfatizada pelos resultados práticos da experiência russa.

criação do Estado-Providência.²⁶

O esqueleto formal do Estado Liberal é mantido – preservando, embora com adaptações, o sistema representativo, o princípio da legalidade e a tripartição dos poderes –, mas mudanças ideológicas substanciais se fazem presentes. O Estado passa de mero fiscalizador à condição precípua de interventor, seja regulamentando o mercado, seja estimulando um estado ideal de coisas.

As Constituições deixam de ser instrumentos formais, tendentes a apenas estabelecer a separação entre o público e o privado, e passam agora a se apresentar como verdadeiras cartas de intenções, consagrando novos direitos e estipulando metas muito mais audaciosas para o Estado, cada vez mais ativo e essencial.

Reconhece-se o sufrágio universal, trazendo para o diálogo político grande parcela do povo, antes marginalizada. O proletariado conquista os direitos sociais, os quais, consagrados em sede constitucional, propugnam pelo desenvolvimento e manutenção da dignidade da pessoa humana, e o Estado passa a ser responsável pela efetivação desta nova ordem, mediante a adoção de políticas públicas.

Também a burguesia capitalista vê no Estado Social uma alternativa, se não perfeita, ao menos sustentável. Em primeiro, porque, assente a descrença no liberalismo, percebe-se a necessidade de uma política intervencionista para possibilitar a sustentação do sistema econômico. O Estado, neste bojo, assume o papel de regulamentador do mercado, definindo limites e impondo barreiras à voracidade capitalista, capaz de destruir a economia. Em um segundo aspecto, ao adentrar a seara econômica o Estado possibilitou que obras de grande porte, fundamentais à concretização da infra-estrutura reclamada pelo capitalismo, fossem executadas com o emprego de recursos públicos. Estes investimentos, se deixados à iniciativa privada, muito provavelmente jamais teriam sido empreendidos, pois a perspectiva de retorno financeiro seria demasiado longa e irrisória em face dos custos e investimentos.

Em meio a tudo isto, dá-se mais um passo na conformação do Estado de Direito, que, ao se imbuir de nítido escopo democrático²⁷, aproxima os conceitos de

²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005, p.84-85.

²⁷ Como bem adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a democracia, até então, estava longe de ser “objetivo do constitucionalismo. Na verdade, o modelo ideal ao tempo em que nasce o constitucionalismo era o governo representativo, então visto como distinto da democracia. Tal governo representativo seria compatível com a monarquia, com a qual conviveu por bem mais de um século.” **(Princípios fundamentais do Direito Constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente,

sociedade e Estado, tidos como opostos sob a ótica liberal, de modo a torná-los complementares.

*La progresiva perfección de la fórmula clásica del Estado de Derecho va a añadir a su conceptualización la llamada cuestión de la legitimación democrática del poder de Estado. El componente democrático unirá a esta definición del Estado el dato de que sólo es posible garantizar esa limitación del poder a través de la participación popular en la creación de ordenamiento, de forma que tal participación se revela como esencial principio formal que determina la validez del orden jurídico. En otras palabras, sólo existirá un orden normativa que promueva la seguridad jurídica en el marco de un Estado configurado a partir de la fórmula democrática, la cual se basa en la soberanía popular y en la garantía de una permanente conexión entre el poder y los ciudadanos. A partir de este momento, Estado de Derecho y Estado democrático se identifican.*²⁸

O papel das Constituições é amplamente revisitado: de meros instrumentos formais, responsáveis por consignar o esqueleto estatal e delimitar a área de atuação do ente público, as Constituições tornaram-se o ponto de convergência político e social. Elas assumem a tarefa de não apenas servir como norte axiológico e sistêmico do ordenamento jurídico, mas também a de regulamentar as diretrizes de searas antes deixadas ou ao mero alvitre do legislador ou em aberto, para que a própria sociedade as definisse. Incorporaram, assim, não apenas valores tidos por fundamentais à esfera social, mas também novos direitos, nos quais afloram a índole social e coletiva, bem como a preocupação com as minorias.

Mais importante, porém, foi o fato de, ao agigantamento do papel institucional das Constituições, ter correspondido o abrilhantamento de sua função sistêmica na sociedade, tanto no âmbito político quanto jurídico. Ao conceito de Estado de Direito agregou-se uma nova dimensão, a determinar que, a partir de agora, todo o sistema social gravitasse ao redor da Constituição.

É o que pontua, de forma precisa, José Joaquim Gomes Canotilho:

O estado de direito é um **estado constitucional**. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todo os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação

do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009, p.43.)

²⁸ GARCÍA NOVOA, César. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p.27-28.

normativa fundamental dotada de *supremacia* – **supremacia da constituição** – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o *primado do direito* do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.²⁹

A inserção de pautas e princípios na Constituição, alçada ao *status* de pilar fundante de todo o sistema jurídico, implica na revisão do princípio da legalidade, que deixa de significar a mera observância da lei, posta como limite expresso à atuação do Estado e dos particulares, e passa a expressar o comprometimento com a efetivação dos anseios consagrados em sede constitucional, pois, como assevera Paulo Bonavides:

A consciência da garantia e efetivação da liberdade provém muito menos da lei do que da Constituição. Se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito de nosso tempo faz o culto da Constituição. A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana.³⁰

Permite-se, a partir disto, não apenas a estruturação de nova perspectiva para o controle de constitucionalidade das leis, aferido, agora, tanto em uma perspectiva institucional ou estática quanto em uma dimensão axiomática ou dinâmica, como se agrega à jurisdição constitucional uma perspectiva positivamente vinculante, isto é, apta a delinear parâmetros de imperiosa observância à atuação de qualquer sujeito, e especialmente do Estado.

Em meio a estas modificações, vislumbra-se um processo por meio do qual o Poder Legislativo perde o excessivo destaque que possuía e passa a dividir as atenções com as demais esferas de Poder.

De um lado, a inserção de pautas e limites materiais na Constituição significa a valorização do Judiciário, que, na condição de guardião da ordem constitucional, legitima-se a interferir para assegurar a efetiva intangibilidade das normas fundamentais, tanto em uma perspectiva negativa quanto em uma positiva.

De outra banda, o agigantamento do Estado apõe destaque ao papel do Executivo, que, encarregado do múnus da administração do governo, envolve-se com maior ênfase nas situações e problemas concretos, e se torna a principal gestora da pauta

²⁹ Destaques no original. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.245-246.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p.386.

legislativa³¹, e, não raro, por ter de lidar com questões de extrema volatilidade, precisa se socorrer de soluções mais céleres e ágeis que as oferecidas pelo processo de produção legal ordinário, no mais das vezes longo e tortuoso.

Tudo isto remete à erosão da lei formal, a indicar uma crise do modelo liberal de lei, que, derivado do crescente desprestígio e descrédito da lei parlamentar, desdobra-se na emergência de novas instâncias normativas. Assiste-se, assim, à proliferação cada vez mais intensa de medidas excepcionais ao clássico modelo de lei, como a emergência das Agências Reguladoras e proliferação das medidas provisórias, notadamente responsáveis pelo maior contingente de trabalho no parlamento brasileiro hoje.

Trata-se, em rigor, de readequação de forças políticas que, por sua vez, torna essencial a revisitação da fórmula original da teoria da tripartição dos poderes. Em rigor, sequer seria mais possível falar em separação de poderes, porquanto a soberania passe a ser entendida como poder estatal uno e indivisível. As funções legislativa, executiva e judicial não são mais concebidas como parcelas da soberania estatal, privativas dos respectivos órgãos, mas como uma prerrogativa preponderante. São segmentadas apenas para viabilizar ao Estado o seu melhor funcionamento e, conseqüentemente, facilitar a persecução de seus fins.³²

O redimensionamento do papel e função das leis parlamentares, diante de tal contexto, pareceria inevitável e até natural. Porém, a verdade é que o processo de transição revela-se tormentoso e árduo, restando, ainda hoje, inconcluso. Com efeito, embora em intensidade e frequência muito menos intensas, subsistem posições, em doutrina e jurisprudência, que relutam em aceitar, por exemplo, a plena vinculação do legislador ao conteúdo material da Constituição, permanecendo apegadas a um legalismo estrito. A razão de ser disto remete a uma questão de ordem ideológica e, em certa medida, a uma disputa interna pelo poder de dizer o direito³³, as quais serão analisadas nos próximos tópicos.

³¹ “Em nossos dias, especialmente nas democracias ocidentais, a orientação política do país está confiada, antes de tudo, ao executivo e a concretização dessa orientação está ligada à formulação de projetos de lei que o mesmo executivo, conquanto formalmente não investido do poder da iniciativa legislativa, não terá dificuldade em fazer chegar à assembléia ou assembléias às quais incumbe a “decisão” das leis.” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, 2 v., p.998.)

³² Na lição de Paulo Bonavides, “o princípio [da separação dos poderes] vale unicamente por técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, nunca porém valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível.” (**Ciência Política**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1994, p.147.)

³³ HESPANHA, António Manuel. Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Aírton Cerqueira Leite (orgs.). **História do Direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

2.1.2 Ideologia subjacente ao legalismo e suas implicações

Imerso em praticamente todas as modificações ocorridas na estrutura político-jurídica ao longo da modernidade, meio que a impulsionar e determiná-las, vislumbra-se um paradigma epistemológico, o positivismo, cujas bases assentam-se no empirismo e na experimentação controlada como método de produção de todo e qualquer conhecimento válido. Trata-se de mudança na própria percepção que a humanidade tem do mundo e de si mesma: de uma postura modesta e subserviente à ordem natural, ostentada até os fins da idade média, transita-se para a crença na capacidade do homem se tornar sujeito determinante dos acontecimentos, apropriando-se da natureza. Para tanto, bastaria deixar de lado as dúvidas efêmeras e transitórias, como as de natureza religiosa e metafísica, e se ocupar das questões efetivamente relevantes. Para o positivista, conceitos de valor, como o certo e o errado, o bom e o mau, revelam intrínseca relatividade histórica, o seu significado modifica-se aleatoriamente, ao gosto do tempo histórico e da sociedade que se tenha por referência, e, por isso, são insuscetíveis de controle racional, indignos de tratamento sério. Todos os esforços devem, pois, coligar em torno da compreensão e controle dos problemas práticos e efetivos, perceptíveis e aferíveis no mundo concreto.

Aplicado ao âmbito jurídico, o positivismo, em sua versão mais estreita, geralmente identificada como exegetica, propalou a idéia de que “o direito só poderia ser adequadamente compreendido se fosse tratado como um campo autônomo de estudo, livre de todas as questões de moral, religião, etc.”³⁴ É, exatamente, o que Hans Kelsen, pai do positivismo jurídico, indica como seu escopo quando da elaboração de uma teoria pura do Direito:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. esse é o seu princípio metodológico fundamental.³⁵

Dentro deste contexto, o objeto privilegiado de estudo do jurista passa a ser a lei, em seu aspecto meramente estrutural, isto é, compreendida tal como posta. Preocupações com as razões da chamada justiça legislativa – com os limites da pena para

³⁴ LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. 2 ed. Traduzido por Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.117.

³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

algum delito ou com o porquê da opção de tipificar uma conduta, por exemplo – não possuem qualquer significado para o jurista, o seu teor é tido como exclusivamente político e, por isso, passam a compor pauta de opções deixadas ao crivo de um legislativo que, na condição de legítimo representante do povo, investe-se de todas as prerrogativas necessárias para apreensão do que seria socialmente justo³⁶.

O único limite oponível à atividade legiferante consistia na necessidade de respeito às regras formais do processo legislativo. No âmbito substancial, relativo ao conteúdo das leis, não se poderiam apor quaisquer balizas, já que “a crença na legitimidade do domínio legal envolve um argumento circular: as leis, dizem-nos, são legítimas se são promulgadas; e uma promulgação é legítima se obedece àquelas regras que prescrevem os procedimentos a serem seguidos.”³⁷

A elaboração das leis não passaria de mera técnica, completamente infensa a proclames derivados da razão prática. “*Lo único que los juristas en cuanto tales pueden aportar a la legislación ocurrirá en el campo de la técnica legislativa, la cual se ocupa de cómo, sin modificar el resultado, pueden las normas hacerse del modo más manejable y claro.*”³⁸ Como conseqüência,

[...] na interpretação do direito positivo, a determinação fiel da vontade do legislador avulta como o primeiro critério da interpretação. Por um lado, porque ela constitui a origem, ou causa eficiente do direito positivo. Depois, porque, embora sujeito às leis naturais, o Imperante goza de uma larga margem de arbítrio na sua adaptação aos “momentos” da sociedade civil. E, finalmente, porque se presume que é ele quem dispõe da melhor informação, quer sobre essas circunstâncias, quer sobre o conteúdo da lei natural.³⁹

Em suma, no positivismo exegético, o legislador praticamente não encontra óbices ao desempenho de sua atividade, erigindo-se, concretamente, como o mais importante órgão dentro da estrutura estatal. Diante da ausência de parâmetros e paradigmas maiores, a nortear o processo legiferante, deixa-se margem para que a sua validade decorra da mera adequação a um procedimento formal, que independe do conteúdo

³⁶ Diante deste tipo de postura, como pontua Juan Antonio García Amado, concebe-se “*la legislación como pura decisión, decisión que podrá venir ilustrada por la consideración de todo tipo de datos y que podrá y lógicamente tratará de maximizar su eficacia, de asegurar al máximo la consecución de los efectos que se pretenden, pero que no dejará por eso de ser opción del legislador guiada por sus intereses, su particular ideología, su moral, etc.*” (GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Razón práctica y teoría de la legislación*. Disponível em <<http://www.geocities.com/jagamado/pdfs/legislacion-ponencia.pdf>>. Acesso em 01 jul 2007, p.2-3).

³⁷ LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. 2 ed. Traduzido por Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.29.

³⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *op.cit.*, p.3.

³⁹ HESPANHA, António Manuel. Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História do Direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p.152.

esposado pela legislação. Até mesmo os magistrados, que deveriam controlar a aplicação da lei pela Administração, não poderiam fazer o mesmo em face do parlamento, sob o argumento de que “a lei, encarnação da vontade popular, não deveria sujeitar-se ao controle do Poder Judiciário, sob pena da instituição de um ‘governo de juízes’ de caráter antidemocrático.”⁴⁰

Este modelo encaixou-se com perfeição aos anseios do projeto de reformulação da sociedade em curso, porquanto, ao refutar a possibilidade de debate racional de qualquer questão de vertente axiológica, tenha galgado acobertar da crítica os fundamentos sistêmicos da organização social, facilitando a manipulação das diretrizes comunitárias, que passava a depender da mera apropriação – ou do cooptação – das instâncias políticas⁴¹. E o que era melhor: tudo isto se dava de forma disfarçada, já que, por não defender abertamente algum valor ou ideologia, qualquer que fosse a feição assumida pelo sistema social, ela se envolvia em uma aura de neutralidade, representando mero reflexo da vontade política da nação.

2.1.3 Perspectivas contemporâneas: neoconstitucionalismo e nova hermenêutica

O relativismo legado às questões axiológicas fez com que o legalismo estreito se debatesse com entraves de difícil superação. Sob a sua égide, legitimaram-se não apenas excessos praticados pelas maiorias parlamentares – que nem sempre, e com frequência muito mais comum que a tolerável, correspondiam aos interesses populares –, como até mesmo regimes totalitários, impostos a partir de uma pretensa autoridade legal⁴².

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social: pós-modernidade constitucional? In: LEITE, José Adércio (Coord.). **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.382.

⁴¹ Como adverte Boaventura de Souza Santos, “o aparecimento do positivismo na epistemologia da ciência moderna e o do positivismo jurídico no direito e na dogmática jurídica podem considerar-se, em ambos os casos, construções ideológicas destinadas a reduzir o progresso societal ao desenvolvimento capitalista, bem como a imunizar a racionalidade contra a contaminação de qualquer irracionalidade não capitalista, quer ela fosse Deus, a religião ou a tradição, a metafísica ou a ética, ou ainda as utopias ou os ideais emancipatórios. No mesmo processo, as irracionalidades do capitalismo passam a poder coexistir e até a conviver com a racionalidade moderna, desde que se apresentem como regularidade (jurídicas ou científicas) empíricas.” (**A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007, p.141.)

⁴² Como pontua Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o positivismo havia desvalorizado o elemento Direito como qualificador do Estado, na medida em o identifica com a lei positiva e esta com a mera vontade do legislador. É o momento em que, assinala Carré de Malberg, o Estado de Direito se esvazi num Estado legal, que procede pelo direito que edita, mas não é limitado por esta. É a época em que grandes juristas – Kelsen, Jellinek, etc. – vêm na expressão um pleonasma.” (**Princípios fundamentais do Direito Constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009, p.177) No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso destaca que “o fetiche da lei e o legalismo acríptico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismo de matizes variados. A

A bem da verdade, a aplicação desta versão ferrenha do positivismo jurídico conduziu, nas situações mais favoráveis, à institucionalização de uma ordem social altamente controvertida, imersa em desigualdades e promessas irrealizadas. Os rumos políticos, antes de coincidirem com os interesses populares e servirem à unificação da sociedade civil, estimulavam a segmentação e segregação, na medida em que apenas os anseios de ínfima parcela da comunidade eram atendidos⁴³.

É o que denuncia José Reinaldo de Lima Lopes, ao lançar um olhar crítico sobre a história, com especial destaque no contexto brasileiro:

A vontade geral, tão complexa e tão objetiva no célebre tratamento dado a ela por Rousseau, é o mais das vezes confundida com a vontade da maioria, de tal modo que na cultura mais comum, da qual participa a grande massa dos operadores jurídicos, democracia e decisão majoritária são sinônimos. Assim, vontade da maioria torna-se o fundamento da legalidade e por isso mesmo aceita e legitimada.

No fundo, esta espécie de concepção do direito leva justamente o ensino a um comentário exegético de certos temas ou dispositivos legais. Mas ao lado disso, surge aquilo que alguns chamam de função cripto-normativa da dogmática jurídica (Ferraz Jr.). Dizendo proceder a uma descrição ou análise do ordenamento, os juristas fazem a sua construção propriamente dita, lançando mais luzes ou mais sombras sobre determinados imperativos, normas, princípios. Procedendo desta maneira, sob um discurso legalista no fundo estão legitimando o voluntarismo, que tende, naturalmente, a ser um voluntarismo liberal. E aqui é preciso esclarecer que o liberalismo, no Brasil, nada tem a ver com o liberalismo norte-americano, por exemplo: ali, liberal é o defensor das liberdades civis e públicas, dos direitos humanos, sociais e civis. Aqui, o liberalismo tende a confundir-se exclusivamente com o liberalismo econômico, o *laissez-faire*, ou, num clima de profundas desigualdades como o nosso, num *salve-se quem puder*.⁴⁴

Nem mesmo as já relatadas modificações estruturais ocorridas com o advento do Estado Social, responsáveis pelo assentamento de um constitucionalismo muito mais encorpado, conseguiram, sozinhas, superar o quadro de esgotamento que se

idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.” (**Temas de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, t.3, p.12).

⁴³ Neste sentido, a sempre lúcida leitura histórica de António Manuel Hespanha: “Passada esta vaga de culto irrestrito da soberania popular, surgem projectos de introduzir na política e no direito elementos que corrigissem o eventual desatino das maiorias parlamentares. Ou porque pesava sobre estas a memória dos ‘governos de assembleia’ – nomeadamente do período da Convenção e do Terror (1792-1795) –; ou porque se passou a entender que a Nação não se esgotava na geração de cidadãos que sufragaram o parlamento; ou porque se entendia que o fazer do direito não era matéria de exercício do poder político, mas antes ou o legítimo uso de autoridade carismática, social ou técnica ou uma tarefa sobretudo codificatória de um direito deposto na tradição e que era preciso, apenas, codificar.” (Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airtón Cerqueira Leite (orgs.). **História do Direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p.161).

⁴⁴ Destaques no original. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.208-209.

instaurou. O movimento político-ideológico liberal, ainda vigente, impedia, por meio de recursos retóricos, qualquer avanço mais sensível. Assim é que, em um momento inicial, à idéia de dirigismo constitucional equivalia a dedução de que “a doutrina, tal como a jurisprudência, haviam de ser dirigidas”.⁴⁵ Repudiava-se a interação dos juristas com os valores constitucionais, cuja observância ou não continuaria a cargo do legislador.

Como que para justificar a liberdade às instâncias políticas, assentou-se o pressuposto de que os representantes originários da nação, ao produzirem a carta constitucional, preencheram-na tanto com dispositivos prontos para serem aplicados, aptos a serem traduzidos em efetivas normas, quanto com disposições despidas de efeitos jurídicos imediatos. Estas últimas eram consideradas meras exortações, promessas que, embora apontassem um rumo ao Poder Público e à própria sociedade, não geravam um efetivo compromisso, tampouco poderiam ser exigidas.⁴⁶ Somente o legislador é que, fazendo uso de seu juízo de conveniência e oportunidade, poderia regulamentá-los, conferindo-lhes eficácia jurídica.

Em sua maioria, os direitos e valores recém abraçados pela Constituição inserir-se-iam na categoria de disposições despidas de efeitos jurídicos imediatos, já que a sua peculiar característica residia justamente na estrutura enunciativa, composta, de um lado, por conceitos indeterminados e voltada, de outra banda, à realização de fins e ideais abstratos. A dita categoria das normas programáticas – assim definidas em função de afirmarem programas políticos –, paradoxalmente, não possuiria aquilo que é mais característico de qualquer norma: a possibilidade de produzir efeitos.⁴⁷

A despeito do longo tempo de vigência no Brasil, o fato é que a

⁴⁵ Em inteiro teor, a afirmação, de António Manuel Hespanha, é a de que a “inexistência de uma função dirigente da doutrina não deixava, afinal, de ser consistente com a projectada função dirigente da constituição e da lei parlamentar; a doutrina, tal como a jurisprudência, haviam de ser dirigidas, e não dirigentes; o que, no caso da última, era um obstáculo político-doutrinal sério a um controlo judicial da constitucionalidade das leis, pois esta supunha nos juristas uma legitimidade ou competência de interpretar a constituição superior à dos mesmos parlamentares.” (Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). **História do Direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p.155).

⁴⁶ O assunto remete ao estudo da eficácia das normas constitucionais, que tem, como ponto inicial, O estudo a doutrina norte-americana, que, seguindo Thomas M. Cooley, Ministro da Suprema Corte de Michigan, distinguia os preceitos constitucionais em *self-executing* e *not self-executing*. Esta distinção foi trazida para o Brasil, e reverberou, sobretudo, pelo escol de Ruy Barbosa, que designava as normas constitucionais como auto-executáveis ou disposições, de um lado, e como não-auto-executáveis ou mandamentais, de outro lado.

⁴⁷ Neste sentido, Paulo Pimenta salienta que “a doutrina clássica, também seguida, no Brasil, por Victor Nunes Leal e Nelson de Souza Sampaio, dentre outros, definiu um conteúdo semântico da norma programática segundo o qual esta não obrigaria os órgãos do Estado, não geraria qualquer direito subjetivo ou interesse legítimo, tratando-se apenas de indicação de princípios, ficando os direitos, no dizer de Cooley, ‘dormentes até que a legislação lhes acuda’. Tratar-se-ia, em resumo, de norma ineficaz.” (**Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.148)

inserção cada vez mais freqüente e enfática de disposições programáticas no texto constitucional tornou a doutrina clássica anacrônica e insuficiente para explicar o ordem jurídica pátria. A Constituição, em tal contexto, cumpria um papel muito mais simbólico do que normativo. Servia de válvula de escape do sistema, a tentar acalmar a grande massa da população com a institucionalização de seus anseios, sem, porém, lhes conferir efetivo valor vinculante: suas promessas, se deixadas ao cargo das forças políticas hegemônicas, permaneceriam irrealizadas⁴⁸.

Avançou-se, embora lenta e paulatinamente. Um primeiro e decisivo desdobramento foi no sentido de clamar pela atribuição de um grau mínimo de eficácia às disposições categorizadas como normas constitucionais programáticas⁴⁹. Passou-se a defender que “uma norma [tida como] não-auto-aplicável, mesmo tendo caráter eminentemente programático e contendo princípio de natureza geral, no mínimo estabelece alguns parâmetros para o legislador, no exercício de sua competência concretizadora.”⁵⁰

Com base nisto, desenhou-se a acepção moderna da teoria da eficácia das disposições constitucionais, na qual também aquelas ditas programáticas têm normatividade reconhecida, embora de forma particular⁵¹: sua eficácia é tida por distinta daquela atribuída aos demais mandamentos constitucionais, limitada a repercutir sobre o Poder Público, e principalmente em face do Poder Legislativo, que já não as tem como preceito meramente “diretivo, e sim obrigatório, com a conseqüente invalidade das leis

⁴⁸ Luis Roberto Barroso, ao se deparar com o momento histórico em que se concebeu a Constituição Brasileira de 1988, delata a sua subjacente insinceridade: “A Constituição, nesse contexto, tornava-se uma mistificação, um instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce.” (**Temas de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, t.3, p.63-64). Para um aprofundamento do problema referente à Constituição e seu simbolismo: NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

⁴⁹ Em rigor, a expressão é falha, porquanto se assente em imprópria equiparação dos significados de texto legal e norma. Todavia, “normas não são textos nem o conjuntos deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7 ed. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.30). Norma é o resultado da interpretação do aplicador do direito. O texto é tão somente um dos possíveis objetos a serem interpretados – o mais comum deles, mas não o único, já que é possível pensar em normas independentes de texto legal. Assim, é possível a construção de uma norma a partir de um, diversos ou nenhum dispositivo legal (texto), do mesmo modo que um só artigo poderá consubstanciar uma, diversas ou até mesmo nenhuma norma.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.241.

⁵¹ Nas palavras de Luis Roberto Barroso, as normas constitucionais programáticas são aquelas que “veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos Poderes Públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigirem comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-no em sua feição negativa.” (*op.cit.*, p.73.)

emanadas em sentido contraste.”⁵²

Contudo, a despeito de, ao imprimir normatividade à categoria das disposições constitucionais programáticas, se ter conseguido importante e fundamental conquista para o constitucionalismo, diante das necessidades contextuais e do caminho que ainda se tem por percorrer, ela era insuficiente e tímida.

O ideal positivo-legalista não só não havia sido superado, como se fazia notar de forma determinante, reduzindo as potencialidades da ordem constitucional, pouco exploradas em função da crença em uma forma simplificada de aplicar o direito, procedida a partir de mero esquema técnico no qual imperava o raciocínio subsuntivo, a determinar a mera, imediata e literal transposição do teor expresso do dispositivo de lei à realidade concreta.

A própria elucubração de uma teoria das disposições constitucionais programáticas revela a vigência do apego tecnicista, na medida em que ele não passa da tentativa de identificar determinados dispositivos a partir de sua estrutura textual para arregimentá-los em um esquema no qual a sua incidência se dê de forma bem delimitada, como que derivada de uma fórmula pronta e acabada. Se, de um lado, esta espécie de solução prestigia a segurança jurídica, de outro, contribui para que, descurados os demais aspectos necessariamente envolvidos no processo de aplicação jurídica, proliferem os inconvenientes, assentes, sobretudo, na desconsideração de fatores essenciais à justa resolução do caso concreto.

Urgia abrir espaço para mudanças mais profundas, de natureza ideológica e eis que, como bem adverte Boaventura de Sousa Santos, da insuficiência e

do colapso das formas éticas e jurídicas liberais perante alguns dos mais sérios problemas com que nos confrontamos – da exclusão social e do racismo a Chernobyl e à Sida – começa a emergir um novo jus-naturalismo assente numa nova concepção dos direitos humanos e do direito dos povos à autodeterminação, e numa nova ideia de solidariedade, simultaneamente concreta e planetária.⁵³

Visualiza-se, assim, o eclodir de um novo paradigma, ainda hoje não completamente estruturado, que, em geral, se designa de pós-positivismo. Inserem-se, como pontos decisivos da pauta emergente, as indagações sobre o Direito, sua função social e sua interpretação. Questões que, há muito, haviam sido abandonadas pelos juristas, a exemplo

⁵² PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.152.

⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005, p.91.

daquelas qualificadas como políticas ou filosóficas, são reincorporadas ao seu universo de trabalho.

Ao lado disto, reconhece-se que o ambiente em que o aplicador do direito se insere é muito mais complexo do que o apregoado pelo positivismo exegético, uma vez que dependente do recurso a processo hermenêutico efetivado em vista do mundo concreto, em meio à farta casuística e a todas as suas vicissitudes, e não em um plano lógico, abstrato, ideal e uníssono, em que todos os casos poderiam ser tratados de forma precisamente igual. Deixa de haver, assim, espaço para defender a simples, isolada e exclusiva aplicação da técnica subsuntiva.

Nesta ordem de coisas, inaugura-se um novo modo de perceber a Constituição, que de mero conjunto de dispositivos textuais formalmente apostos no ápice de uma imaginária pirâmide normativa, “passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central.”⁵⁴ Deflagra-se o processo identificado como neoconstitucionalismo e, com ele, a constatação de que somente a partir da utilização de técnicas de interpretação e hermenêutica é que se pode pretender a efetivação da ordem constituinte. Neste novo contexto, tão ou mais importante do que classificar as normas (*rectius*: os enunciados) constitucionais conforme a sua eficácia, torna-se o despertar para as sutilezas e dificuldades envolvidas na interpretação da ordem constitucional.

O processo de interpretação jurídica como um todo, qualquer que seja o âmbito a que almeje, carrega série de dificuldades. A primeira delas decorre do fato de trabalhar sempre e necessariamente com a linguagem: as normas, depreendidas ou não de textos legais, sempre serão compostas por palavras. Estas, no mais das vezes, carregam vários significados possíveis: são plurívocas, suas definições dependem do “uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal.”⁵⁵

É bem verdade que, não raro, se tenta ultrapassar esta primeira dificuldade hermenêutica por meio do recurso à pretensa vontade do legislador. Trata-se, todavia, de subterfúgio imprestável, porquanto se ampara no pressuposto de restar submersa na legislação uma intenção única e identificável, o que é inconcebível diante de complexo

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, t.3, p.14.

⁵⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7 ed. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.31.

processo legislativo, a envolver a composição de interesses diversos e, não raro, contrapostos.

Diante disto tudo é que se reconhece que o ato de interpretação jurídica é, em um rigor, um ato decisório. Não há significado previamente posto, pronto para ser revelado, mas, antes, a construção de um determinado sentido: “a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em construir esses significados.”⁵⁶

Não se pense, todavia, que isto implica em irrestrita liberdade do intérprete / aplicador do Direito. Embora inegavelmente criativa, a interpretação jurídica é, sempre e necessariamente, técnica. Deve ater-se, por isto, a significados e preceitos mínimos, compatíveis com os usos e expectativas sociais, sob pena de subverter a ordem democrática, deixando o intérprete livre para se valer de seus usos e conveniências particulares. Os traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem devem, portanto, ser respeitados: “o produto da interpretação é a norma. Mas ela já encontra, potencialmente, no invólucro do texto normativo.”⁵⁷

A bem entender, a atividade interpretativa não é de mera e simples construção, mas, em rigor, de *reconstrução de significado*.

Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituído pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.⁵⁸

Aplicada especificamente à Constituição, a hermenêutica mostra-se ainda mais densa e complicada, na medida em que envolve nuances decorrentes de suas especificidades, dentre as quais, cumpre, por ora, destacar aquela que remete à natureza de sua linguagem, que, vertida em termos principiológicos, apresenta “maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados conferem à Constituição uma maior adaptabilidade às mudanças operadas na realidade e ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade.”⁵⁹

“A interpretação constitucional, além de pedir conhecimento

⁵⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.32.

⁵⁷ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.22.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op.cit.*, p.33-34.

⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, t.3, p.34.

técnico elevado, exige sensibilidade jurídica, política e social, para que se possa penetrar no verdadeiro sentido das disposições constitucionais e nos reflexos das mesmas no ordenamento jurídico global.”⁶⁰ Isto não apenas serve para legitimar o ideal democrático incorporado ao preceito do Estado de Direito, como também para afastar os subjetivismos interpretativos, ao tempo em que se exige do intérprete pleno comprometimento com o sentimento constitucional difuso no corpo social.⁶¹

Mais ainda. O ideal democrático, inspirador da nova hermenêutica constitucional, impôs a necessária observância de uma determinada pauta axiológica, sem a qual o relativismo, próprio da concepção juspositivista, não poderia ser superado. Valores essenciais para garantir que a democracia não assumisse a feição de mero procedimento formal, capaz de legitimar qualquer ato, estado de coisas ou governo, foram erigidos à condição de pontos fundantes e inderrogáveis do sistema constitucional, independente, inclusive, de estarem expressamente inscritos nele. Defluem como mandamentos essenciais do próprio regime político popular, já que, sem direitos mínimos que permitam, por exemplo, a efetiva participação popular, a informação, a possibilidade de debate e de escolha, a democracia descamba em outra forma de governo, representativa não dos interesses da sociedade, mas de uma casta dominante: a demagogia.⁶²

No contexto atual, esta pauta axiológica é cumprida a partir dos direitos humanos, que, ao menos no ocidente, são, cada vez mais, aceitos; vêm surgir, também com crescente intensidade, o clamor pela sua efetivação; e se alçam à condição de verdadeiros direitos naturais do homem, intrínsecos e essenciais ao Estado democrático.⁶³

⁶⁰ PEDRA, Anderson Sant’Ana. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos**: a hermenêutica constitucional como instrumento. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.121.

⁶¹ Neste sentido, Peter Häberle destaca que os destinatários da norma, por vivenciarem a realidade constitucional, inserem-se como parte importante e fundamental no processo hermenêutico, inclusive para fins de delimitar o sentido da norma em gênese. Cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública se tornam “intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes”. (**Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p.14)

⁶² Aristóteles já admitia a relatividade das formas de governo, que, como construções humanas, podem ser mal utilizadas, corrompendo-se. Em tal caso, monarquia, aristocracia e democracia, assumiriam, respectivamente, a feição de tirania, oligarquia e demagogia. (**A Política**. 15 ed. Traduzido por Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988, p.112-133).

⁶³ Como aponta, de forma precisa, Jürgen Habermas: “O nexos interno, procurado entre os direitos humanos e a soberania popular, consiste, portanto, no fato de que os direitos humanos institucionalizam as condições de comunicação para a formação da vontade política racional. Direitos que *possibilitam* o exercício da soberania popular não podem ser impostos a essa práxis como limitações de fora.” (Acerca da legitimação com base nos Direitos Humanos. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Traduzido por Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001).

2.2 NOVAS PAUTAS PARA O LEGISLADOR

A concretização da ordem constitucional, diante do contexto contemporâneo, demanda a revisitação de significativos fundamentos do sistema jurídico e do modo de pensá-lo. Superado o positivismo estrito, passa-se a trabalhar abertamente com valores, pautas principiológicas e hermenêutica. A tarefa do jurista, admitiu-se, era muito mais árdua do que até então se pressupunha; antes de se esgotar na análise da estrutura dos enunciados textuais, revolve, em um intrincado processo interpretativo, aspectos fáticos concretos, análise de valores, controle do subjetivismo e respeito às expectativas e valores da coletividade.

Há mais, porém. Toda esta mudança estrutural não repercute apenas diante do Poder Judiciário, geralmente identificado como responsável pela interpretação do direito, tampouco se restringe ao diminuto universo dos juristas.⁶⁴ O processo de concreção constitucional deixa de ser tarefa atribuída única ou prioritariamente ao Judiciário. Em rigor, todos os atores sociais comprometem-se e participam de tal fenômeno. No que diz respeito ao Poder Público, a situação é até mais enfática: a ordem recém-instaurada espraia-se por todos os seus âmbitos. Repercute, com especial destaque, no legislador e no processo legislativo, que, substancialmente atrelados à Constituição e ao ideal democrático do Estado de Direito, devem se cercar das condições para fazer reverberar os novos valores nas leis.

O processo legiferante, iluminado pelos aspectos formal e material do ideal democrático, não só se circunda de elementos procedimentais aptos a evitar a sua indevida apropriação por classes politicamente privilegiadas, como se vincula a determinadas pautas condutoras, racionalmente aferíveis, cuja ausência é capaz de denunciar deturpações e abusos.

⁶⁴ Parte da modificação estrutural operada consiste na percepção de que a processo jurídico-hermenêutico, antes concebido como privilégio de uma pequena casta de escolados, passa a ser entendido como arte invariavelmente praticada em todas as esferas do poder e por toda a sociedade. Supera-se, com isto, a vetusta idéia de que o local próprio da gênese e aplicação do fenômeno jurídico seria o pretório, perante o qual, já instituída a crise social, se buscaria a resolução da querela, mediante a reprimenda de alguma das partes. Reconhece-se, hoje, que o Direito opera em um contexto muito mais amplo, no qual se identifica como modelo de organização social e, em constante interação com os indivíduos, almeja, como finalidade primeira, a espontânea observância de suas normas, não a aplicação de uma sanção. O quadro fático em que um indivíduo respeita, deliberadamente, aos limites de velocidade ao guiar o seu veículo contempla tanta juridicidade quanto aquele em que o cidadão é multado por ter estacionado o carro em local proibido. A diferença é que, enquanto no último exemplo se foca o momento coercitivo do sistema jurídico, no primeiro caso tem-se hipótese de incidência imediata do direito, interpretado / concretizado pelo próprio destinatário da norma sem a necessidade de intervenção judiciária, o que, de um ponto de vista sociológico, se demonstra muito mais benéfico.

Este o sentido da advertência de Peter Häberle, para quem:

Teoria constitucional enquanto teoria de legislação deveria pesquisar – o que até então não foi feito – as peculiaridades da interpretação constitucional levada a efeito pelo legislador (contemprar-se-ia, assim, a alta relevância do Direito Parlamentar). Essa questão tem sido apreciada até aqui de forma perfunctória: a partir da jurisdição constitucional, isto é, de seus limites jurídico-funcionais, v.g., com o auxílio da ‘*preferred-freedoms-doctrine*’, da presunção de legitimidade da atuação legislativa, da liberdade de conformação do legislador nos limites do ‘sistema axiológico’ (‘*Wertsystem*’) da Constituição ou mediante utilização da fórmula negativa (negação de uma atuação arbitrária) (*kein wikürliches Handeln*). Cuida-se, agora, de descrever ‘positivamente’ a interpretação constitucional realizadas pelo legislador: a partir de seu processo (em particular do Direito Parlamentar), de suas funções. Não se pode mais avaliar a questão apenas de um prisma negativo, isto é, sob a ótica dos limites jurídico-funcionais do intérprete constitucional (juiz). Tem-se, pois, de desenvolver uma compreensão positiva para o legislador, enquanto intérprete da constituição seja enquanto ele, o legislador, pré-formula, no processo político, seja enquanto participa formalmente do processo constitucional.⁶⁵

O processo legislativo revisitado corresponde ao que Juan António Garcia Amado qualifica de teoria da legislação na democracia, nos seguintes termos:

En suma, creo que cabe una teoría normativa de la legislación que podría denominarse como teoría de la legislación en democracia y que tiene que ver con las reglas procedimentales y sus secuelas materiales que se han de respetar en la actividad legislativa democrática, pero ya no sólo o principalmente por imperativo constitucional o legal, sino por imperativo de razón: para que el punto de partida que justifica ella sistema democracia– no se torne un sinsentido por el modo antidemocrático o autocontradictorio de practicar la legislación democrática. La efectividad del principio democrático exige algo más que la pura articulación formal de ciertos órganos depositarios de la representación; supone, en lo que a la legislación se refiere, la plasmación práctica y procedimental de una cierta racionalidad que tiene su eje en el respeto de los interlocutores y de su igualdad y en el procedimiento que asegura todo ello y la transparencia del resultado. No toda legislación acontecida en democracia será, pues, igualmente racional, sino que habrá que establecer las condiciones del modo de legislar acordes con las exigencias prácticas de la democracia, y hay ahí campo para una teoría de la legislación que enlace legislación y razón práctica.⁶⁶

Assim, na perspectiva dos Estados contemporâneos, pretensamente democráticos, o processo legislativo, para ser legítimo, deve não apenas contemplar uma correição procedimental mínima, substancialmente qualificada para permitir

⁶⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p.54-55.

⁶⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Razón práctica y teoría de la legislación*. Disponível em <<http://www.geocities.com/jagamado/pdfs/legislacion-ponencia.pdf>>. Acesso em 01 jul. 2007, p.14-15.

a mais ampla e livre participação e ingerência dos cidadãos, como também tem de se vincular a parâmetros que impeçam a emergência de uma validação meramente formal, que em tudo se equipararia à lógica circular imperante no positivismo, consistente na simples aferição da observância de um procedimento específico e da adequação formal da lei ao ordenamento jurídico-constitucional.⁶⁷

Portanto, é essencial afirmar um horizonte material, apto a permitir que a validade das leis não seja reconduzida a uma mera obrigação de meio, mas, sim, de resultado. Assim, quando se afirma, com Jürgen Habermas, que o processo legislativo deve partir da idéia de consenso performático, isto é, de acordo derivado do mais amplo e livre debate político possível, no qual todas as alternativas, argumentos e pontos de vista sejam efetivamente analisados e ponderados, se quer dizer que, além dos aspectos formais essenciais a tudo isto, o resultado final, ou seja, o conteúdo da lei, tem de se traduzir em ideais comuns, e não parâmetros individualistas e egoísticos, deve, por isto, apresentar uma racionalidade de natureza ética⁶⁸. Tudo isto porque, em um Estado democrático, é essencial que os destinatários do ordenamento jurídico sejam capazes de se reconhecer nele, e, mais que isto, “enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos”.⁶⁹

Nestes termos, não há margem para defender qualquer grau de insubordinação ou desvinculação do Poder Legislativo em face dos anteparos constitucionais, entendidos estes, porém, em uma dimensão que transcende o teor textual e positivado do documento fundante do Estado, ou seja, a partir de um aspecto em que se enxergue a plena efetivação dos ideais democráticos e a correlata incorporação dos direitos humanos na condição de *standards* inderrogáveis.

⁶⁷ Manuel Atienza fala na necessidade de validação das leis a partir de cinco dimensões distintas, de naturezas lingüística, jurídico formal, pragmática, teleológica e ética. (*Contribución a una teoría de la legislación. DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, n.6, 1989, p.385-404. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 06 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 01 jan. 2008. Gema Marcilla Córdoba, em resenha sobre o trabalho referido, esclarece que: “una concepción amplia de racionalidad jurídica aplicada a la teoría de legislación postula que el examen de calidad de las leyes o la propuesta de pautas al servicio de su racionalidad no utilicen como parámetro exclusivo el de su inserción armoniosa en el conjunto del ordenamiento. Las leyes han de pasar un teste de calidad más complejo, basado en criterios orientados a satisfacer otros valores, como la eficacia, la efectividad, la eficiencia, etc., que necesitan ser recabados de otras ciencias sociales como la psicología, la sociología, la economía, etc.” (*Sobre Contribución a una teoría de la legislación de Manuel Atienza. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.11, out. 1999, p.177-193. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 10 jun. 2008, p.190).

⁶⁸ Para aprofundamento no tema: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2 v.

⁶⁹ *Ibidem*, v.1, p.138.

Com efeito, diante de todas as já relatadas mudanças estruturais operadas no sistema social, político e jurídico, os direitos humanos, no mais das vezes institucionalizados na forma de direitos fundamentais⁷⁰, foram sobremaneira valorizados, tornando-se representativos de “posições de tal modo importantes que a sua garantia ou não garantia não poder ser deixada a simples maiorias parlamentares.”⁷¹

Porém, a equação na qual figuram os direitos fundamentais não é nada simples de ser resolvida. Muito pelo contrário, não só em virtude da ampliação do seu rol, mas, sobretudo, em face da extensão dos respectivos conteúdos e desdobramentos, os direitos fundamentais implicaram na revisitação / superação da clássica fórmula de perceber o fenômeno jurídico, demasiado apegada às idéias de direito subjetivo e do correlato dever jurídico. Os direitos fundamentais, que, inicialmente restringiam-se àqueles que implicavam apenas e tão somente no dever de abstenção do Estado, porquanto “encarados essencialmente como expressões da liberdade humana em face do Poder”⁷²⁻⁷³, logo assumiram uma função prospectiva, a impor a concretização de um estado ideal. Com isto, passaram a se traduzir, também, em direitos a ações positivas do Estado. “Para a sua não-violação, não basta que o Estado se omita em intervir nos respectivos âmbitos de proteção, tais como na vida e na propriedade. O Estado deve *fazer* algo.”⁷⁴

A mera abstenção estatal torna-se insuficiente, o Poder Público é também instado a adotar medidas suficientes para resguardar direitos em face de eventuais lesões provocadas por terceiros e, além disto, concretizar, ele mesmo, mediante prestações fáticas, os direitos fundamentais. Tomando-se como exemplo o direito à vida, consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, tem-se que ele não se reduz ao mero dever estatal de não tirar a vida dos cidadãos, mas contempla a incumbência de proteção da vida dos cidadãos em face de terceiros, bem como a obrigação do Poder Público de preencher as

⁷⁰ A consagrada distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais remete à positivação: enquanto os direitos humanos são aqueles que correspondem aos interesses e situações tidas por naturais e essenciais a todo e qualquer homem, os direitos fundamentais representam apenas os direitos humanos reconhecidos e positivados na ordem jurídica estatal.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.52.

⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.84.

⁷³ “Nessa perspectiva, os direitos naturais racionalmente convertidos em direitos fundamentais do homem equivalem a direitos dos particulares – propriedade, liberdade, segurança – e, a ser-lhes reconhecida alguma dimensão funcionalística, essa só poderia ser a de tornarem possível o desfrute pacífico da independência individual.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op.cit.*, p.25).

⁷⁴ ALEXY, Robert. Da estrutura dos direitos fundamentais à proteção. Traduzido por Artur Ferrari. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, n.2, 2008, p.320.

condições mínimas de subsistência.⁷⁵

Diante de tal contexto é que os direitos fundamentais se erigem como verdadeira dimensão normativa material, vinculativa também para o legislador. Esta advertência, todavia, tem que ser bem explicada, para se evitar o risco de uma equivocada interpretação, posta no sentido de que tudo isto implica em uma ultra-constitucionalização, a determinar a crença de que o papel do parlamento seria apenas e tão somente o de desvendar a mensagem já inserida na Constituição, exaurindo-lhe qualquer margem de ação para além disto. O legislador, ainda que diante de normas idealísticas e principiológicas, a lhe imporem rumos e diretrizes, mantém medida de autonomia, dentro da qual pode exercer a sua discricionariedade, sob pena de subversão do regime democrático.⁷⁶

O que os revigorados direitos fundamentais impõem ao legislador é o atendimento de determinados critérios de controle racional, aptos a afastar as decisões meramente arbitrárias, bem como aquelas absolutamente incompatíveis com o sistema sócio-jurídico, o que, de modo algum, pode ser percebido como absoluta circunscrição da atividade parlamentar.

Este esquema de racionalidade remete, com especial destaque, à máxima da proporcionalidade⁷⁷, também designada de postulado da proporcionalidade⁷⁸, capaz de estabelecer a relação de adequação entre meios eleitos e finalidades perseguidas, que é exatamente o que a nova dimensão dos direitos fundamentais demanda: a realização de um estado ideal, que passa, necessariamente, pela escolha dos instrumentos e formas a partir das quais ele será efetivado.

Nestes termos, o recurso ao juízo de proporcionalidade, aplicado à atividade legiferante, permite a detecção de “vícios substanciais da lei em uma perspectiva

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.53-55.

⁷⁶ ALEXY, Robert. Da estrutura dos direitos fundamentais à proteção. Traduzido por Artur Ferrari. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, n.2, 2008, p.319.

⁷⁷ *Idem*. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁷⁸ A designação é proposta por Humberto Ávila, que, desenvolvendo as lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy, sugere arrolar os postulados como uma terceira espécie de normas, apostas ao lado das regras e dos princípios: “Os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento (nem reservam poder, instituem procedimento ou estabelecem distinções), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelece diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção. [...] Não são princípios: eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis.” (**Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7 ed. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.123)

diversa daquela tradicional, quando está em causa a mera compatibilidade lógico-formal das normas constitucionais.”⁷⁹

A máxima ou postulado da proporcionalidade engloba um raciocínio relativamente complexo, subdividido em três etapas, sucessivas e interdependentes, traduzidas nos juízos parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a significar que:

devem ser analisadas as possibilidades de a medida [eleita] levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida [eleita] ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).⁸⁰

Aplicando-se a máxima da proporcionalidade e os seus juízos parciais à atuação do Poder Legislativo, tem-se a estruturação de um modelo apto a refutar leis arbitrárias e injustificáveis. Com efeito, a análise de adequação, ao exigir que a lei editada tenha aptidão, em tese, para solucionar os problemas que a motivaram, afasta peremptoriamente tanto aquelas absolutamente despidas de lógica quanto as que não revelem qualquer vocação para o cumprimento de misteres sociais.

O exame de necessidade, por seu turno, implica na refutação daquelas leis que, embora se mostrem capazes de cumprir algum fim, poderiam alcançá-lo como medidas menos restritivas de liberdades e direitos fundamentais. Seria o caso de uma lei que, para diminuir a quantidade de acidentes automobilísticos, criminalizasse a conduta de dirigir em excesso de velocidade. O objetivo último (redução dos acidentes automobilísticos) poderia ser atingido com medidas outras, menos gravosas, como o aumento da fiscalização e a previsão de sanções administrativas mais rigorosas (perda imediata da habilitação e multa, por exemplo). Por fim, o juízo de proporcionalidade em sentido estrito, a exigir a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição ocasionada aos direitos fundamentais, assegura que se validem apenas e tão somente aquelas leis cujos benefícios suplantem os gravames causados pela sua adoção. Em suma, deve-se indagar se, em contrapartida à afetação de algum(ns) direito(s) fundamental(is), a lei editada defende outro(s) em medida mais intensa.

A utilização desta técnica, na grande maioria das vezes,

⁷⁹ PEDRA, Anderson Sant’Ana. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos**: a hermenêutica constitucional como instrumento. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.212.

⁸⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.162.

demandará a análise de diversos e complexos fatores, e, nem sempre – em rigor, quase nunca –, o seu equacionamento será simples ou fácil. Apesar das dificuldades, o mérito é inegável, na medida em que permite o exercício de controle racional da atuação do Poder Legislativo – e também dos outros Poderes –. Isto, como já advertido, não implica em supressão de autonomia do parlamento, tampouco em invasão de sua competência pelo Judiciário.

O legislador, seja porque legitimado pelo sufrágio popular, seja porque melhor aparelhado para lidar com parâmetros técnicos e fatores como custo, necessidade e eficiência, mantém a sua margem de discricionariedade, assente principalmente naquilo que diz respeito às opções políticas originárias, já que a população, ao eleger os vereadores, deputados, senadores, prefeitos, governadores e presidente, escolhe também as diretrizes propaladas por eles propaladas como prioritárias.

Como adverte Robert Alexy, tanto nas situações em que a Constituição não proibir nem exigir algo, quanto nos casos de incerteza, haverá espaço de ação para o legislador, identificados como de natureza estrutural ou epistêmica, respectivamente. No primeiro deles, não há maior dificuldade para entendimento ou justificação, pois chega a ser intuitivo que, diante da absoluta lacuna, o parlamento possua legitimidade para regulamentação. O espaço de ação estrutural, por seu turno, subdivide-se em três tipos: **espaço de ação na escolha dos meios**, presente sempre que diante da possibilidade de cumprir determinada finalidade constitucional a partir de meios diversos, igualmente eficientes e equivalentes; **espaço de ação no estabelecimento de metas**, pois o “legislador pode se decidir por uma política de proteção que favoreça os direitos à proteção; pode, também, decidir-se por uma política amiga dos direitos de defesa, ambas, naturalmente, apenas no limite da proporcionalidade”⁸¹; e **espaço de ação na ponderação**, evidenciado naquelas situações em que há empates, o que se faz freqüente no direito, já que, as escalas utilizadas baseiam-se na argumentação e são, por isso, “relativamente grosseiras”.⁸²

Diante de tudo isto, o que se pode concluir é que o controle do Poder Judiciário sobre as opções políticas repercutirá sempre em um segundo momento, circunscrevendo-se ao controle da avaliação empreendida pelo órgão legislador. O postulado da proporcionalidade é que indica os parâmetros por meio dos quais o Poder Judiciário poderá aferir a validade das leis em uma dimensão material, pois, como indica Humberto Ávila,

⁸¹ ALEXY, Robert. Da estrutura dos direitos fundamentais à proteção. Traduzido por Artur Ferrari. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, n.2, 2008, p.335.

⁸² *Ibidem*, p.333-336.

o Poder Legislativo só irá realizar ao máximo o princípio democrático se escolher a premissa concreta que *melhor promova* a finalidade pública que motivou a sua ação ou se tiver uma razão justificadora para ter se afastado da escolha da melhor premissa. Se o Poder Legislativo podia ter avaliado melhor, sem aumento de gastos, a sua competência não foi exercida em consonância com o princípio democrático, que lhe incumbe realizar ao máximo.

[...]

Em qualquer caso – e este é o ponto decisivo – caberá ao Poder Judiciário verificar se o legislador fez uma avaliação objetiva do material fático e técnico disponível, se esgotou as fontes de conhecimento para prever os efeitos da regra do modo mais seguro possível e se se orientou pelo estágio atual do conhecimento e da experiência.⁸³

Como se percebe, a máxima da proporcionalidade é um importante instrumento para efetiva validação da atividade legiferante, capaz de agregar aos já tradicionais requisitos da adequação ao procedimento de produção legal e da pertinência formal com o ordenamento jurídico, na medida em que contempla parâmetros para constatação de sua legitimidade em uma dimensão material.

Contudo, relacionada à máxima da proporcionalidade, firma-se, ainda, outra diretriz, identificada na igualdade ou isonomia. Consagrada como direito individual no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que define que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e no art. 3º, IV, da Constituição Federal, que estabelece como objetivo fundamental da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, a igualdade, enquanto máxima ou postulado, repercute em dois flancos.

Em uma primeira perspectiva, relaciona-se imediatamente ao aplicador do direito, assumindo a feição de igualdade perante a lei. Esta é uma prerrogativa cunhada nos primeiros idos do Estado Liberal, quando se queria acabar com odiosos privilégios de castas. Para tanto, definiu-se que a lei deveria incidir para todos de igual modo, sem abertura para julgamentos de exceção, fosse para privilegiar, fosse para sacrificar. Sob este enfoque, a máxima da igualdade veda a aplicação casuística das leis: condições e características pessoais do destinatário, salvo aquelas expressamente definidas no próprio corpo legal, não podem ser levadas em consideração para decidir pela incidência ou não de uma determinada consequência jurídica.

Com a incorporação dos ideais sociais ao Estado Social, todavia, a igualdade passa a ser tomada também em sua acepção substancial, expressa na máxima

⁸³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.175.

aristotélica de que se deve tratar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam, e vem a repercutir na atuação do próprio legislador. Com isto, cunha-se uma segunda dimensão vinculativa desta máxima, direcionada ao legislador: a lei se erige como instrumento legítimo à correção das desigualdades concretas dos indivíduos. O legislador está não apenas autorizado, mas, em grande medida, compelido, a criar leis que dispensem tratamento privilegiado aos hipossuficientes, no intuito de que, com isto, estes se coloquem em situação de equivalência com os demais na ordem social. É este o raciocínio que justifica inteiros micro-sistemas jurídicos, como o direito consumerista e o direito do trabalho.

Invocando esta prerrogativa, todavia, o parlamento não poderá criar leis discriminatórias que não encontrem anteparos fáticos. Todo e qualquer regime legal diferenciado deverá passar pelo exame do postulado da igualdade, que exige a existência de um fator de *discrimen* ou critério diferenciador – sem o qual a igualdade nada diz – e do fim que se busca alcançar. Neste sentido, claras e precisas são as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a discriminação legal decidida em função dele.

[...]

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.⁸⁴

Em suma, é a partir do postulado da igualdade que se pode aferir se o critério diferenciador é adequado ao fim almejado, garantindo-se a efetivação da isonomia em um último plano. “Fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle.”⁸⁵ Apenas para ilustrar, a distinção procedida com base na compleição física pode ser legítima, se estipulada para o preenchimento de vagas para função que exija porte físico qualificado, como a de bombeiro ou de polícia de choque, por exemplo; não o será, todavia, se o objetivo for o preenchimento de vaga para serviço burocrata.

Também o postulado da igualdade, portanto, deve servir de

⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.37-38.

⁸⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7 ed. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.151.

norte à atuação do Poder Legislativo. Em conjunto com o postulado da proporcionalidade, compõe o núcleo básico de validação dos atos legislativos. A atividade legiferante somente poderá ser reputada legítima, sob o pálio da Constituição e da democracia, se ultrapassar, com êxito, os exames de validação pautados nas indigitadas máximas.

2.3 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DAS LEIS

Muito se falou sobre as leis até então, versando, por exemplo, acerca da competência para criá-las, dos limites aos quais deve obediência, da sua finalidade de estabelecer bases para o convívio social, dentre outros aspectos.

Contudo, ainda não se arriscou um conceito jurídico mais preciso do que sejam as leis. Como não seria viável construir uma tese sobre algo, sem sequer dizer em que se consubstancia, passa a ser este o escopo do presente tópico.

Antes de qualquer outra observação, há que se advertir que, em face da revisitação do princípio da separação dos poderes, admite-se a conceituação das atividades empreendidas pelo Estado a partir de duas perspectivas, dependendo da forma com que se lhe interprete.

Em uma primeira perspectiva, dita subjetiva ou formal, classificam-se os atos estatais de acordo com a esfera do Poder do qual emanam. Acaso oriundo do parlamento será legislativo; provindo da administração, executivo; e, emanando do judiciário, postar-se-á como judicial. Por evidente, este critério se apóia em uma pretensa – mas inexistente – divisão absoluta das funções estatais, tal qual originalmente concebido na teoria da separação dos poderes, o que a torna insuficiente e frágil diante da realidade contemporânea, que, como já se teve oportunidade de demonstrar, obtemperou a visão liberal de Estado, moldada em função dos interesses das classes investidas do poder econômico, e rumou em direção a um padrão inclusivo de sociedade, no qual se exige de todas as instâncias públicas e particulares o compromisso com a efetivação de um estado ideal.

A leitura atual do princípio da separação dos poderes não mais transmite uma mensagem de divisão incondicional, mas, antes, a de método adotado para organizar e viabilizar o exercício das atividades estatais, o que é procedido com fulcro na especialização das tarefas. Concedem-se atribuições preponderantes, mas não exclusivas, a órgãos específicos. A possibilidade de uma esfera interferir ou invadir a seara das outras é vista com naturalidade, e até mesmo como necessária, desde que, por óbvio, feita nos termos autorizados pela Constituição, no fito de consagrar as diretrizes maiores da ordem sócio-

política.

O Legislativo, apegado a um procedimento demasiado longo e complexo, perde o *status* de principal produtor das normas primárias da sociedade, e assiste ao soerguimento de medidas alternativas, como aquelas derivadas da criação de Agências Reguladoras e da concessão de poder legiferante excepcional ao Executivo, que, por meio das medidas provisórias, define, sozinho, boa parte das questões socialmente relevantes e as manda para posterior aval do parlamento.

Diante desta realidade, outra forma de classificação das atividades do Estado, dita objetiva ou material, tem de ser utilizado. O critério distintivo não pode tomar por base quem proferiu o ato, mas a sua natureza jurídica. Sob pena de não se conseguir explicar a realidade sistêmica atual, a categorização das leis deve admitir que os atos de legislar, administrar ou julgar podem emanar de qualquer uma das esferas do Estado, e, por isto, se pautar em critério classificatório que prestigie a essência e características da medida em análise, e não o órgão ou instância do qual provém.

De todo modo, há que se adentrar com maior minúcia na dualidade de critérios classificatórios, porquanto a partir disto se faça possível conceber as leis em sentido formal ou material. Passa-se, então à análise e cotejo de uma e de outra categoria.

2.3.1 Lei material

A perspectiva objetiva ou material é a que se funda nos caracteres inerentes ao objeto para identificar a sua categoria, perquirindo o que lhe é intrínseco. Imperioso, portanto, questionar e evidenciar quais os traços marcantes das leis, trazendo à baila os elementos que lhe consubstanciam a natureza.

Uma das principais – senão a principal – tarefas do Estado é a de promover e possibilitar a organização dos seres humanos em sociedade. Para tanto, é necessário, por um turno, que o ente estatal detenha um poder sobre os particulares, com o qual lhes determine o certo e o errado, procurando evitar a formação de conflitos de interesses individuais, mas, de outro lado, faz-se imperioso também que este poder não se desfigure, atendo-se sempre aos interesses coletivos.

Sob esta perspectiva é que se erigiu o Estado de Direito, fundamentado em uma ordem jurídica por meio da qual são definidas condutas padrões de comportamento a serem observadas por todos. Vale dizer, tanto os cidadãos quanto o Estado

terão de se pautar de acordo com os ditames da ordem jurídica, a qual se inova, em grande parte, por meio da atividade legiferante, principal responsável pela definição das suas diretrizes primárias. As leis são o principal veículo estatal para estipular o que é permitido e o que é proibido, para definir o que é direito e o que é dever, para estabelecer quais as metas a serem perseguidas e quais aquelas que devem ser evitadas.

Porém, no contexto atual da organização sócio-política, este encargo não será todo acometido às leis de origem parlamentar. Em face da crescente responsabilidade do Poder Público, instado a se imiscuir em searas antes intangíveis, remédios alternativos ao modelo clássico de leis, demasiado longo e tortuoso, são utilizados com maior frequência, a exemplo do que se dá com as medidas provisórias e com os atos emanados das Agências Reguladoras.

Embora estes meios alternativos não se submetam ao estrito procedimento de produção legal parlamentar, servem à modelagem da ordem jurídica e têm, necessariamente, de atender a todos as pautas e reclames do neoconstitucionalismo. São, assim, concebidos como leis em sentido material, representativas do poder se que se reveste o Poder Público de descrever situações hipotéticas, passíveis ou não de ocorrer na realidade, determinando as respectivas conseqüências. A lei, nesta perspectiva, equivale a todo ato estatal que serve de fonte para encontrar os padrões comportamentais aceitos e repudiados pela ordem jurídica. Submergem neste conceito não apenas as leis, enquanto atos derivados do parlamento, quando do exercício de sua competência primordial, mas também de outras instâncias, de modo a englobar a própria Constituição e as Emendas Constitucionais, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, as resoluções, os decretos, os regulamentos, as regulações normativas, as súmulas vinculantes, dentre outros.

Em análise mais destacada, para que se defina um determinado ato como lei em sentido material, faz-se necessária a sua correspondência com algumas características básicas. A primeira característica consiste na imperatividade ou coercitividade, típica do fenômeno jurídico. Almeja-se, com a edição de leis, a regulamentação da vida social e, para tanto, utiliza-se de ordens, prescrições, que devem ser seguidas pelos indivíduos.⁸⁶

A segunda característica remete à abstração, evidenciada na técnica de embasamento dos enunciados em situações hipotéticas, ainda não concretizadas. Ou seja, os fatos, eleitos como juridicamente relevantes, devem ser antevistos de forma

⁸⁶ O que não significa que todo e qualquer dispositivo legal deva contemplar uma ordem perfeita e acabada, mas, tão somente, que as leis pretendem-se como instâncias úteis à produção de normas heterônomas.

genérica, desapegada de um específico caso concreto.

A abstração em muito contribui para a terceira particularidade das leis materiais: a generalidade, que, de seu turno, informa estarem todos os cidadãos sujeitos, igualmente, aos preceitos e conseqüências legais, desde que preencham, na situação fática, a hipótese abstrata consignada. É por crer-se que as leis contemplam o interesse e o bem-estar de todo o povo, que se justifica a sua imposição em face de todos os indivíduos. Assim, não é dado a ninguém – nem mesmo ao Estado – afirmar que não se submeterá às leis porque não sejam de seus interesses.

É bem verdade que, desde o advento do Estado Social e do crescente intervencionismo do ente público na ordem social, diante do que passa a ser tarefa sua responder, mediante a edição de leis, a determinadas situações concretas e singulares, por vezes, mitiga-se as suscitadas características da abstração e da generalidade. É o que adverte Rui Medeiros:

Embora o requisito da generalidade da lei possa servir o princípio da igualdade, a igualdade, no Estado de Direito social, justifica, por vezes, a admissibilidade de leis individuais e, por isso, generalidade não deve ser considerada característica essencial da lei.⁸⁷

Em todo caso, a máxima ou postulado da igualdade, exposto anteriormente, deverá servir de bastião, a evitar que, em uma perspectiva mais ampla, a prática de atos arbitrários ou abusivos, que destoem de sua função e finalidade originárias.

Deste modo, extraem-se os contornos fundamentais da lei material, concebendo-a, em nosso sistema jurídico, como principal fonte do direito, apta, por isto, a modificar o ordenamento, que, voltada a possibilitar o convívio social, reveste-se dos atributos da obrigatoriedade, abstração e generalidade.

Sobre estas características é que muitos se apóiam para defender a dispensa de tratamento diverso aos atos legislativos diante da questão da responsabilidade do Estado, ao que ressoa ser esta a concepção de lei que desperta maior perplexidade no tocante à temática em estudo.

2.3.2 Lei formal

Nada obstante ser a perspectiva material a que hoje melhor se

⁸⁷ MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992, p.17.

adéqua à categorização dos atos provenientes do Estado em acordo com sua estruturação e funções, não raro, ao se referir à lei, tem-se em mente um conceito tomado em perspectiva subjetiva ou formal, que leva em consideração a esfera de Poder do qual emanam os atos para definir-lhes o título. Basta que o ato provenha do Congresso e observe ao procedimento constitucionalmente previsto para ser tido como legislativo. Esta concepção se apóia naquela pretensa divisão absoluta de poderes, notadamente insuficiente em face dos contornos estatais atuais. O resultado, como não poderia deixar de ser, é a formação de conjuntos com elementos sem qualquer semelhança entre si, ao que se pode afirmar a falta de linearidade científica do critério.

Adotando-se esta postura, sob a epígrafe das leis poderão ser concebidos atos que não se consubstanciam em imperativos genéricos e abstratos, fazendo-se muito mais próximos, por exemplo, dos atos administrativos, prioritários do Poder Executivo. É o que se chama, em doutrina, de leis exclusivamente formais, as quais, muito embora provenham do Poder Legislativo, não estão imbuídas dos atributos materiais das leis.

Por óbvio, o tratamento desta espécie de leis encontrará um resultado próximo e equivalente ao que se dispensa aos atos administrativos, sobre os quais pairam muito menores dúvidas em relação à responsabilidade civil do Estado. De qualquer sorte, embora despertem um menor interesse ao presente trabalho, não se furtará a realizar, também, a análise do dever de reparação estatal em face desta espécie de leis.

2.4 CRISE DO DIREITO LEGISLADO: PAPEL E IMPORTÂNCIA DAS LEIS

Antes de ter por findo este primeiro capítulo, destinado a apresentar as leis, seus contornos e limites, há que se dedicar algumas palavras a um tema muito em voga hoje, qual seja, o da crise do direito legislado. Este fenômeno, freqüentemente invocado, tem em seu cerne as transformações já delineadas ao longo do presente trabalho, consistentes na revisitação de uma série de conceitos como os de Estado de Direito, do papel das Constituições e da separação de poderes.

Em seu cerne, tudo isto tem a ver com as mudanças operadas com o advento do Estado Social, que, ao exigirem do ente público uma postura ativa e intervencionista, implicaram em uma completa revisitação de seus rumos. A partir de então, como salienta Mauro Capellleti:

O papel do governo não pode mais se limitar a ser o de um “*gendarme*” ou “*night watchman*”; ao contrário, o estado social deve fazer sua a técnica de

controle social que os cientistas políticos chamam de promocional. Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre “certo” e “errado”, ou seja, entre o caso “justo” e o “injusto”, *right and wrong*. E mesmo quando a legislação social cria por si mesma direitos subjetivos, cuida-se mais de *direitos sociais* do que meramente individuais.⁸⁸

Isto significa a inserção do Estado em âmbitos nos quais ele não estava acostumado a atuar, e, o que é pior, em um contexto de extrema complexidade, próprio das sociedades inseridas em um capitalismo avançado, em que a sociedade civil perde os principais traços de identificação e se subdivide em guetos investidos de interesses e reclames próprios. De um lado, isto deriva da superação do clássico modelo de sociedade liberal, subdividido em padrões e empregados, em muito devido à crescente especialização e à volatilidade estabelecida nas relações de trabalho, culminando na perda de unidade interna do proletariado⁸⁹. De outro lado, a organização de novos grupos políticos e a conseqüente reestruturação do esquema de forças político-sociais se viu prejudicado pela revolução tecnológica. Paradoxalmente, na medida em que se facilitou o trânsito e a velocidade das informações, permitindo fazer com que as fronteiras nacionais se tornassem cada vez menos perceptíveis, ao invés de se formar uma efetiva comunidade global, as pessoas tomam consciência das diferenças culturais, não se reconhecem no próximo, fecham-se em guetos, e perdem a noção de solidariedade. A sociedade civil como um todo se vê atingida por um processo de fragmentação política. “Isso obriga o Estado a dispor de políticas públicas específicas para cada segmento, o que nem sempre é possível, no sentido de propiciar satisfação das expectativas sociais.”⁹⁰

Como primeiro efeito disto, tem-se a criação de leis especificamente voltadas a segmentos da sociedade: regulamenta-se as relações de trabalho e

⁸⁸ CAPELLLETI, Mauro. **Juízes legisladores?** Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993, p.41.

⁸⁹ Como bem aponta Zygmund Bauman, a mentalidade de longo prazo nas relações trabalhistas foi trocada por uma de curto prazo. Quem ingressa em um trabalho hoje não o faz na expectativa de passar a vida toda nele. Muito pelo contrário, empresas e ofícios são vistos como coisas incertas. “‘Flexibilidade’ é o slogan do dia, e quando aplicado ao mercado de trabalho significa fim do emprego ‘como conhecemos’, trabalhar com contratos de curto prazo, contratos precários ou em contratos, cargos sem estabilidade e com cláusula de ‘até novo aviso’. [...] A vida laboral está saturada de incerteza. [...] A incerteza de hoje é uma poderosa força individualizante. Ela divide em vez de unir, e como não existe jeito de dizer quem sobreviverá a esta divisão, a idéia de ‘interesses comuns’ fica ainda mais nebulosa e por fim se torna incompreensível. [...] Isso priva a postura solidária de seu status passado de tática racional e sugere uma estratégia de vida bem diferente daquela que levou ao estabelecimento das organizações militantes da classe trabalhadora.” (**A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Traduzido por José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p.35-37).

⁹⁰ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.77-78.

as de consumo, definem-se estatutos para a criança e o adolescente, bem como para o idoso, dentre tantos outros diplomas responsáveis por conformar inteiros microssistemas jurídicos.

Não bastasse a dificuldade de, em meio a esta babel legislativa, evitar contradições, antinomias e inconstitucionalidades, a constante modificação na ordem social impõe que todas estas leis sejam modificadas com celeridade incompatível com o processo de produção legal. Em um primeiro plano, tenta-se sanar o empecilho por meio da incorporação do uso de conceitos indeterminados e cláusulas gerais à técnica parlamentar. Porém, se isto fornece maior abertura ao intérprete / aplicador do direito no sentido de adequar as normas jurídicas ao momento histórico, afeta também a previsibilidade do ordenamento, com grave prejuízo para a segurança jurídica.⁹¹ Em um segundo plano, abre-se possibilidade à emergência de outras instâncias de produção normativa, que, desobrigadas de observar o rito parlamentar de produção legal, são capazes de regulamentar as situações fáticas com a velocidade desejada, embora com ainda mais prejuízo da certeza e segurança.

Neste ínterim, o Executivo, também eleito pelo sufrágio popular, se arvora do papel de legítima instância regulamentadora e assume significativa parte das tarefas antes legadas ao Legislativo. É o que adverte Gustavo Binembjom:

Com efeito, o surgimento do Estado providência criou para a Administração Pública uma série de novas atribuições que não se encontravam expressamente previstas nas leis. Ademais, o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais *cabem* dentro da *lentidão e generalidade* do processo legislativo formal.

Cada vez mais, portanto, como assinala García de Enterría, a Administração não se apresenta como uma simples instância de execução de normas heterônomas, mas é, ao invés, em maior ou menor medida, fonte de normas autônomas. Tais normas, dado o seu volume numérico e importância prática, acabam sobrepujando a tradicional proeminência da lei.⁹²

O caminho para a superação de tudo isto, já se disse, não pode ser outro senão a valorização do conteúdo constitucional, que deve ser concebido não apenas como centro de convergência de todo o ordenamento, mas também enxergado em sua máxima

⁹¹ Neste sentido, Walber de Moura Agra aduz: “Como os fatos sociais são cada vez mais dinâmicos para se adequarem à *lex mercatoria*, as estruturas normativas não podem mais ser feitas com a pretensão de validade indefinida. Elas devem ser cada vez mais flexíveis para se adaptarem às mutações da sociedade. A característica de previsibilidade das normas jurídicas é cerceada, passando a ser organizadas de forma a se adequar aos requisitos mercadológicos, que são transitórios. A concepção de uma estrutura normativa produzida para permanecer em vigor por um lapso temporal indefinido foi soterrada, e em seu lugar prevalece o paradigma das normas em constante mutação de caráter fluido e rarefeito.” (**A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.79).

⁹² **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

potencialidade, revestindo a integralidade das suas disposições de imediata efetividade.

Todos estes elementos, que sem dúvida, implicam em uma reestruturação da ordem sócio-política como um todo, dentro da que o papel de destaque do Poder Legislativo é perdido. Nisto consiste a chamada crise da lei. Há que se tomar cuidado, todavia, com entendimentos que pretendam reduzir em demasia o papel das leis e dos parlamentos.

Bem situado, o fenômeno remete apenas a uma crise da lei formal ou do modelo clássico de leis. A concorrência de uma pluralidade de fontes de produção normativa não nega a necessidade, tampouco obscurece a relevância, das leis materiais, as quais, como visto, admitem a categorização de atos originados de qualquer instância estatal, e, por isto, englobam, em seu conceito, grande parte do contingente normativo. Mesmo quando, atendo-se à tese da pluralidade de intérpretes jurídicos, se admite fontes extra-estatais de produção normativa, ainda assim, estas não se põem como efetivo contraponto ao ordenamento oficial, mas, antes, como pautas de influência, que almejam ser incorporadas para conferir maior legitimidade ao sistema jurídico por meio da incorporação de elementos extraídos do próprio seio social.⁹³

Quanto ao específico papel dos parlamentos, também não se pode desmerecer a importância institucional de que esta instância ainda deve ter reconhecida na contemporaneidade, que se pretende inserida em uma organização democrática.

A despeito dos inconvenientes e percalços, o momento legiferante desenvolvido no parlamento é aquele que mais se aproxima e que melhores condições ostenta para a efetivação do diálogo democrático, o qual, muito mais do que perseguir os interesses simplesmente majoritários, devem se ater à concretização de metas legítimas, derivadas de entendimentos que contemplem discussões e levem em consideração tanto interesses das minorias quanto interesses difusos.

⁹³ É o que, não sem razão, advoga Antonio Carlos Wolkmer, para quem, o reconhecimento de práticas normativas extra-estatais, “exercidas dialogicamente e consensualizadas por sujeitos sociais que, apesar de, por vezes, oprimidos e ‘inseridos na condição de ‘ilegalidade’ para as diversas esferas do sistema oficial, definem uma forma plural e emancipatória de legitimação. [...] Os centros geradores de Direito não se reduzem mais tão-somente às instituições e aos órgãos representativos do monopólio do Estado Moderno, pois o Direito, por estar inserido nas práticas e nas relações sociais das quais é fruto, emerge de diversos centros de produção normativa. As novas exigências globalizadas e os conflitos em espaços sociais e políticos periféricos, tensos e desiguais, torna, presentemente, significativo reconhecer, na figura dos novos movimentos sociais, uma fonte legítima de engendrar práticas plurais de justiça alternativa e direitos emergentes, bem como viabilizar práticas legitimadoras de resistência ao desenfreado processo de desregulamentação e desconstitucionalização da vida.” (**Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006, p.209-210). O próprio autor aceita, porém, que este modelo extra-estatal não se contrapõe ao Poder Público, mas, pelo contrário, deve servir para influenciá-lo, permitindo que os elementos extraídos do próprio seio social transmigrem para a ordem oficial (*ibidem*).

Nem o Poder Executivo, embora legitimado pelo sufrágio popular, está pronto para, sozinho, cumprir este papel, tampouco o Judiciário, que, embora deva assumir posição ativa diante de todo o quadro de mudanças relatados, no sentido de efetivar a ordem constitucional, tem em sua base um potencial déficit de representatividade, já que como bem destaca Marcelo Cattoni:

uma interpretação do processo político adequada à complexidade das sociedades atuais não pode reduzir a política a um processo de auto-realização ética, nem muito menos reduzir a Constituição a uma ordem concreta de valores (Habermas, 1997b: 1:314 *et seq.*). A formação democrática da vontade e da opinião, ao contrário do que pressupõe a tradição republicana, não tira sua força legitimadora da convergência de convicções e de razões éticas, mas dos pressupostos comunicativos e dos processos de justificação normativa que possibilitam o aporte de razões e interesses de amplo espectro, de tal modo a possibilitar a seleção dos melhores argumentos.⁹⁴

Em síntese, o parlamento, embora deva buscar meios para se readequar à realidade contemporânea, não tem nesta necessária reformulação uma diminuição de sua importância. Muito pelo contrário, o seu papel institucional merece e deve ser reforçado, na busca da efetivação do preceito democrático, já que é esta a instância política estruturalmente mais abalada a tanto⁹⁵.

⁹⁴ CATTONI, Marcelo. **Devido processo legislativo**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p.169-170.

⁹⁵ Não é outro o entendimento de Walber de Moura Agra: “Configura-se impossível um retorno à época em que o Poder Legislativo exercia a preponderância quase absoluta da produção legislativa. Tal predomínio foi o resultado de injunções históricas, principalmente nos países europeus, onde o Legislativo foi o poder que liderou a instalação do Estado de Direito. No Brasil, ele nunca exerceu a função normogênica de forma exclusiva, pois ou atrelou-se à vontade do Executivo ou teve que repartir essa função com o chefe do governo, com a criação do decreto-lei e depois sua conversão em medida-provisória. Atualmente, os motivos históricos que propiciaram a mencionada predominância não mais existem e as demandas sociais exigem uma resposta imediata que possa se amoldar à velocidade exponencial dos acontecimentos históricos. O que não significa um esvaziamento desse poder, que continua a ser imprescindível para a sociedade. Ele permanece sendo um importante órgão normogênico, com a obrigação de compatibilizar sua produção normativa aos mandamentos constitucionais, desempenhando ainda relevante função na fiscalização da coisa pública. Seu destino, com o aprimoramento do regime democrático, é voltar a ser o grande *locus* de ressonância dos debates da sociedade, atuando de forma concomitante às demandas sociais para legitimar as estruturas normativas.” (**A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.126-127).

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A temática atinente à responsabilidade civil do Estado está imersa em dificuldades que dificultam estruturação de teoria linear e precisa. O problema da responsabilidade do ente público, não raro contemplado de forma assistemática e casuística, permite a aparição de alternativas e soluções que, pouco atentas aos valores e fundamentos da ordem jurídica institucionalizada, revelam-se de todo incoerentes.

Não falta, por exemplo, quem, a pretexto de conferir tratamento diferenciado a tudo quanto relativo ao Estado, pretenda delinear regime jurídico específico à responsabilidade do ente público, em tudo oposto ao modelo próprio das relações privadas.⁹⁶ Não é outro o mote que inspira a infrutífera discussão em derredor da nomenclatura conferida ao dever indenizatório do Estado, que, segundo muitos, não deve ser designada responsabilidade civil porquanto isto possa induzir à “idéia de uma relação jurídica fundada no direito privado”⁹⁷⁹⁸.

Este tratamento talvez se justificasse quando da vigência da pauta política de valores liberais, tendentes a delimitar, de modo claro e preciso, as esferas de atuação do Estado e dos particulares. Naquele momento, sim, era lícito e desejável definir regimes jurídicos distintos e estanques para a Administração e para os particulares.

Desde o advento do Estado Social, contudo, desvaneceram os critérios distintivos entre o público e o privado, entre sociedade civil e governo. Na medida em que, de um lado, o ente público adentrou em searas antes estritamente privadas e, do outro, o âmbito de liberdade dos particulares se viu reduzido em prol da satisfação de anseios coletivos, vislumbrou-se a convergência de regimes jurídicos, levada a cabo por processos em que se observa a publicização do espaço privado e a privatização da esfera pública.

No que diz respeito à responsabilidade civil, tudo isto se fez notar na necessidade de conformar um arcabouço lógico central do instituto, ao derredor do qual possam girar regimes antes bem diferenciados, de modo a inserir a responsabilidade

⁹⁶ É o que informa Gustavo Tepedino, ao criticar a comum associação da responsabilidade civil objetivo ao regime público e da responsabilidade subjetiva ao regime privado. (**Temas de Direito Civil**. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.195-196).

⁹⁷ OLIVEIRA, José Carlos de. **Responsabilidade patrimonial do Estado**: danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos. Bauru: Edipro, 1995, p.18.

⁹⁸ As designações alternativas são inúmeras, podendo-se arrolar, dentre as mais comuns: responsabilidade patrimonial, responsabilidade extracontratual, responsabilidade da Administração, ou, simplesmente, responsabilidade do Estado.

estatal em uma teoria una, composta de conceitos e elementos básicos suficientes a explicar e servir indistintamente às relações dos particulares e àquelas travadas com Poder Público.⁹⁹

3.1 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A despeito de a noção básica de responsabilização pelos danos causados se ter feito corrente ao longo de toda a história, a responsabilidade civil, em sua feição contemporânea, tem gênese no período compreendido entre o séc. XVI e o início do séc. XIX, e, sistematizado a partir de incursões sobre o direito romano, tendo sido definitivamente institucionalizado nas grandes codificações modernas do séc. XVIII.¹⁰⁰

A tônica que originariamente circundou a responsabilidade civil era nitidamente burguesa, apegada, por isso, à absoluta defesa da propriedade e à efetivação da segurança. O objetivo do instituto era bem preciso: salvaguardar o patrimônio particular contra ingestões indevidas para, com isto, manter a estabilidade social.

No intuito de institucionalizar sistemática capaz de tutelar os bens de valor econômico, principais signos de poder da época, sem, contudo, possibilitar o súbito enriquecimento ou a ruína generalizada é que se delineou o modelo clássico da responsabilidade civil. Estabeleceu-se lógica segundo a qual o dever de indenizar um dano só restaria perfeito quando possível ultrapassar três filtros de reparação, a saber: ato ilícito e culposo, dano patrimonial e nexos causal. Assim, à luz dos contornos então conferidos à responsabilidade civil, somente o dano que determinasse imediata diminuição pecuniária e que decorresse de conduta humana ilícita e culposa seria indenizável.

Foi, sobretudo, a contemporaneidade e as suas transformações que se encarregaram de tornar insatisfatório o esquema inicial da responsabilidade civil. De um lado, fatores como a formação de grandes grupos econômicos e a emergência de novas tecnologias foram decisivos para significativo incremento dos riscos sociais: as possibilidades de risco proliferaram, passando a se fazerem presentes em situações e elementos até então vistos como inofensivos. Isso, aliado à facilitação de acesso ao Judiciário, determinou

⁹⁹ Neste sentido, Yussef Said Cahali: “o conceito de responsabilidade civil é unitário, sendo hoje contemplado nos ordenamentos jurídicos mais tendo em conta a posição da pessoa que sofreu o dano, do que a do sujeito que o provocou; as concepções individualistas foram sendo paulatinamente descartadas a partir do final do século passado, dando lugar às concepções solidaristas, inspirando as teorias do risco criado, do risco-proveito, da atividade perigosa, do dano injusto, da socialização do dano, e abrindo caminho definitivamente para a responsabilidade objetiva em todos os níveis.” (**Responsabilidade civil do Estado**. 3 ed. amp. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.28).

¹⁰⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 4 ed. Traduzido por A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p.750.

acréscimo quantitativo de demandas a envolver a responsabilidade civil. De outro lado, a consagração de novos direitos e pautas jurídicas contribuíram para um aumento qualitativo das demandas indenizatórias: deixava-se de tutelar as questões meramente patrimoniais para buscar a defesa também de dimensões existenciais dos indivíduos e da própria coletividade.

Incapaz de dar cabo dos novos desafios, a clássica teoria da responsabilidade civil permitiu o aflorar de sentimento de solidariedade para com a vítima, notado principalmente entre os magistrados e tribunais, que, investidos do escopo de impedir situações em que um dano quedasse sem reparação em virtude da mera inadequação aos lindes originários do instituto em apreço, encamparam posição de deliberada atécnia, decidindo-se por simplesmente desconsiderar os rígidos raciocínios impostos pelos filtros de reparação.¹⁰¹

Embora louváveis os motes e fins que deflagraram esta verdadeira revolução pretoriana, não se deve nutrir a ingênua crença de que ela, se não devidamente conduzida, será suficiente para resolver todos os problemas e readequar o instituto da responsabilidade civil ao momento histórico. Pelo contrário, o quadro de prognósticos é desfavorável: o atecnicismo tende mais a descambar no decisionismo judicial, a permitir julgamentos lastreados em juízos de conveniência e em convicções pessoais do julgador, do que na readequação da responsabilidade civil às perspectivas e valores contemporâneos.

Por isso, há que se manter apego a uma teoria básica da responsabilidade civil, a qual, porém, deve ter os seus requisitos e conceitos trabalhados em acordo com a realidade vigente. A tarefa é árdua, sobretudo porque dependente da revisitação de conceitos já clássicos, demasiadamente arraigados no ideário coletivo do mundo jurídico. Somente a partir da específica análise de cada um de seus elementos é possível chegar a um

¹⁰¹ “No afã de proteger a vítima, o Poder Judiciário dispensa, com facilidade a prova da culpa e do nexo causal, mostrando-se interessado não em quem gerou o dano, mas em quem pode suportá-lo. A *erosão dos filtros de reparação* corresponde, portanto, não a um endêmico despreparo dos juízes com relação a uma disciplina secular – como desejam os cultores da responsabilidade civil –, mas a uma revolução gradual, silenciosa, marginal até, inspirada pelo elevado propósito de atribuir efetividade ao projeto constitucional, solidário por essência, a exigir o reconhecimento de que os danos não se produzem por acaso ou fatalidade, mas consistem em um efeito colateral da própria convivência em sociedade. A revolução, contudo, é falha, porque meramente parcial. Os tribunais desconsideram a culpa (*todos somos culpados*) e a causa (*todos somos causadores*) dos danos, mas concluem o processo judicial de responsabilização lançando o ônus indenizatório sobre um único – e, muitas vezes, randômico – responsável. Há solidarismo no que diz respeito às condições para a deflagração do dever de reparar, enquanto a atribuição do dever em si continua arraigada ao individualismo mais visceral. O ônus de auxiliar as vítimas pertence a todos, mas vem atribuído a cada réu, aleatória e isoladamente, o que acaba por resultar em injustiça, a rigor, tão grave quanto manter o dano sobre a vítima.” (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.7).

modelo substitutivo do clássico esquema de responsabilização, capaz de servir de tronco comum a situações fáticas de contornos bem distintos, sem, contudo, obnubilar as respectivas especificidades naquilo que têm de relevante.

3.1.1 Ato ilícito: entre a culpa e o risco

A responsabilidade civil deriva sempre e necessariamente de uma conduta humana, seja ela comissiva ou omissiva. Não é, porém, qualquer conduta apta a servir de fundamento ao dever de reparação, mas tão somente aquelas contrárias ao ordenamento, qualificadas, por isso, de ilícitas.

A definição de ilícito é uma das que mais divergência arregimenta ao seu derredor. Autores de grande escol atrelam à sua noção a idéia de culpa. Fatores históricos justificam esta postura, já que, de início, a responsabilidade civil se desenvolveu sob sua perspectiva subjetiva, sempre atenta ao elemento anímico.

Informada por um princípio básico, relacionado a um ideal de justiça peculiar, segundo o qual só se deve responder pela própria culpa (*uniuscuique sua culpa nocet*), a responsabilidade civil subjetiva define não ser suficiente para a imputação do dever de reparar um dano identificar a conduta que o originou. Somente haverá responsabilidade se o causador do dano tiver concorrido com culpa para a causação do evento danoso.¹⁰²

Enquanto vigia sozinha a tese da responsabilidade civil subjetiva, o conceito de ato ilícito podia ser suficientemente explicado a partir da noção de delito civil, que, legada do direito romano, dependia da análise da culpabilidade. Neste sentido, precisa se fazia a lição de Orlando Gomes, ao definir o ato ilícito nos seguintes termos:

A conduta do agente deve ser apreciada para qualificação da ofensa ao direito alheio. Não é toda violação de preceito legal que constitui *ato ilícito*, ainda quando produz lesão ao direito subjetivo de outrem. O que faz da violação um *delito civil* é o fato de ter sido *culposo* o ato lesivo.¹⁰³

Todavia, não tardou e o progresso social tornou necessário um

¹⁰² O conceito de culpa assume contornos amplos na teoria da responsabilidade civil subjetiva: abrange não só a culpa *stricto sensu*, diante da qual imprescindível aferir a falta de prudência, a negligência ou a imperícia na conduta, mas também o dolo, no qual há deliberado comprometimento do agente com o evento danoso, quisto *ab initio*. De qualquer sorte, em ambas as hipóteses, a análise do desvalor da conduta deve ser empreendida a partir da investigação de elementos intrasubjetivos.

¹⁰³ Destaques no original. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.263.

esquema alternativo, que permitisse a imputação da responsabilidade civil independente da constatação de culpa. É que, de um lado, sem número de danos deixavam de ser reparados em virtude de formalidades decorrentes do esquema subjetivista de responsabilidade, a exigir a comprovação de culpa. Não foram poucas as vítimas que tiveram de suportar, sozinhas, prejuízos causados contra si pelo simples fato de ser difícil – senão impossível – a prova da culpa em determinadas situações. Pior se tornou a situação quando o progresso natural possibilitou não apenas o desenvolvimento atividades de alto risco, mas também as tornou desejáveis e, em certa medida, essenciais à sociedade, como sói ocorrer, por exemplo, nos casos do desenvolvimento e exploração de fontes de energia, capazes de afetar a vida de comunidades inteiras e comprometer o meio ambiente, ou da pesquisa e manipulação genética, diante das quais mesmo um simples equívoco pode se desdobrar em conseqüências nefastas.

O modelo de imputação típico da responsabilidade civil subjetivista era demasiado brando para atender às necessidades deste novo quadro. Mais do que proibir condutas culposas, havia que se impor, a quem se dedicasse a atividades de alto risco, a obrigação de se cercar de todas as precauções possíveis no sentido de reduzir ou até mesmo eliminar as chances de dano. Assim é que, por meio de um processo de adaptação iniciado por doutrina e jurisprudência, soluções como a presunção de culpa e a equiparação da responsabilidade extracontratual à contratual foram adotadas até que se culminou na sedimentação da responsabilidade civil objetiva, a informar que “quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a outrem, sob pena de ter que por ele responder independentemente de culpa.”¹⁰⁴

A idéia de ilicitude, via-se, assim, desapegada do referencial de culpabilidade e de qualquer outro elemento anímico que fosse. Não sem esforço e percalços¹⁰⁵, redefiniu-se o significado de ato ilícito, que passava a exprimir a idéia de mera antijuridicidade, caracterizada no fato objetivo do desvio de conduta humana em relação ao ordenamento jurídico. Não mais importa se o agente quis a lesão ou se seu foi negligente, imprudente ou lhe faltou perícia, “o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.175.

¹⁰⁵ Como registra Marcos Bernardes de Mello, “a arraigada idéia de que a culpa seria um componente essencial da ilicitude levou a adotar soluções técnicas para justificar a sua presença onde, na realidade, não existe. Assim é que se fala em culpa objetiva, culpa presumida, fictícia, ou mesmo em inversão do ônus da prova, dentre outras propostas com que, tecnicamente, se procura contornar a realidade do ato ilícito sem culpa, para fazê-lo culposos.” (**Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.241).

humana antijurídica, contrária ao direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico.”¹⁰⁶

Estes são os termos em que se impõe o estudo da responsabilidade civil hoje, suficientes para explicar o instituto em sua inteireza. De todo modo, alguns autores, avessos à revisitação dos fundamentos básicos de suas teorias, sequer admitem a vertente objetivista como efetiva espécie de responsabilidade civil, tese esposada, por exemplo, por Orlando Gomes, para quem a responsabilidade objetiva seria uma espécie de garantia legal:

A obrigação de indenizar é imposta em lei a algumas pessoas, independentemente da prática de *ato ilícito*. Pressupõe este uma ação, ou omissão, voluntária, negligência ou imprudência. Por isso, quando o dano à integridade física ou patrimonial de alguém é causado sem culpa do agente, não se pode afirmar que cometeu *delito civil*. Se, nesses casos, a obrigação de reparar civilmente o dano não tem sua causa geradora no ato ilícito, não se deveria falar em *responsabilidade*, que é uma idéia moral, inseparável da *imputabilidade*. Contudo, usa-se o vocábulo para significar a obrigação de ressarcimento do dano causado sem culpa, acrescentando-se que é *objetiva*, para distingui-la da responsabilidade própria, que é necessariamente *subjetiva*. Na verdade, porém, o dever de indenizar o dano produzido sem culpa é antes uma *garantia* do que propriamente *responsabilidade*.¹⁰⁷

A despeito do brilho intelectual do autor e da astúcia da argumentação, não se pode admitir tal entendimento. Em primeiro plano, porque a idéia é um tanto vaga e imprecisa. Afirmar a lei como fundamento da responsabilidade objetiva é, antes de qualquer coisa, pleonasma. Em *ultima ratio*, a grande maioria dos fatos e efeitos jurídicos são definidos com fulcro em previsões legislativas. A própria responsabilidade subjetiva tem fundamento legal e nem por isso se afirma que a obrigação de reparação que impõe advenha da lei. Poderia ser aventado, àquele tempo, sim, a ausência de regra geral para a responsabilidade objetiva, o que, todavia, sequer se pode afirmar mais, uma vez que o Código Civil de 2002 veio a suprir a lacuna.

Demais disto, a responsabilidade objetiva não é, enquanto instituto, uma simples garantia. Encontra, antes, jazigo na teoria geral da responsabilidade civil, gênero ao qual pertence. Talvez a relutância em aceitar a doutrina objetiva derive do entendimento de que, por ser independente de culpa, a espécie rompa com o referencial de justiça presente na espécie subjetiva. Esta é, contudo, uma falsa percepção. Também a

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.32.

¹⁰⁷ Destaques no original. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.337.

responsabilidade objetiva remete a um referencial de equanimidade, assente na justa distribuição dos encargos pelos riscos sociais criados: imputa-se um dever de cuidado especial em determinadas situações no fito de preservar ao máximo os direitos de cada indivíduo. Justamente por conta disso é que a responsabilidade objetiva não se aplica a todas as situações indistintamente, mas convive em regime de dualidade com a espécie subjetiva, aplicando-se somente nas situações em que se afigure legítima a imposição de deveres e limites mais rigorosos, como, por exemplo, nas relações de vizinhança, em que o direito de propriedade é limitado para viabilizar o convívio social; na exploração de atividades econômicas, em que se coíbe que a livre iniciativa busque o desenfreado lucro; e da própria atuação do Estado, comprometido que está com a efetivação da ordem constitucional.

Em suma, assim como a espécie subjetiva, também a responsabilidade civil objetiva se conecta a um substrato moral de imputabilidade, sem o qual, advirta-se, estar-se-ia a superdimensionar a espécie, dando-lhe contornos demasiados amplos. Admitir uma responsabilidade civil desvinculada de tal referencial significaria aceitar que o sujeito, ainda quando atuasse exatamente como informa o ordenamento jurídico, pudesse vir a ser penalizado com a imputação do dever de reparar um dano, o que, além de injusto, tornaria a vida comunitária insustentável, como se depreende da seguinte ilustração, trasladada de José de Aguiar Dias, ao citar H. Lalou:

É a verdade salientada por uma simples indagação ao aspecto prático do problema. Estabelecer a obrigação de reparar diante do simples laço de causalidade seria tornar a vida insuportável: “O comerciante melhor aparelhado prejudica a seus concorrentes; o cidadão que procura casa e que, por suas relação com o proprietário do imóvel, obtém o apartamento vago, prejudica o pai de família vítima da crise de habitação; o aluno que obtém um prêmio lesa os colegas; o bispo que condena o mau livro prejudica o seu autor; o educador que proíbe o cigarro aos alunos prejudica o negociante do fumo...”¹⁰⁸

A responsabilidade civil objetiva, assim como a sua congênera de vertente subjetiva, necessita de um critério que sirva de filtro de reparação apto a afastar imputações grosseiras e descabidas. Este é o papel cumprido pela aferição da ilicitude do ato, vestida, embora, de roupagem diversa daquela conferida pela doutrina clássica, que a associava à idéia de culpa, pois, como bem indica Sergio Cavalieri Filho, também a responsabilidade civil objetiva necessita de um filtro de reparação mais criterioso, pois

não basta, para ensejar o dever de indenizar, a prática de um ato prejudicial aos interesses de outrem; é indispensável a ilicitude – violação de dever

¹⁰⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.52, v.1.

jurídico preexistente. Se alguém, por exemplo, instala o seu comércio perto de outro do mesmo ramo, poderá causar prejuízo ao dono deste último diminuindo-lhe o movimento e os lucros, mas nada terá que lhe indenizar, por não ter violado nenhum dever jurídico. A ilicitude só surgirá – e, conseqüentemente, o dever de indenizar – se vier a praticar *concorrência desleal*. O mesmo se diga em relação ao patrão que despede o empregado nos casos permitidos em lei. Este último, por ficar privado do salário, sofrerá um dano patrimonial, mas o empregador não será obrigado a indenizá-lo.¹⁰⁹

Por tudo, firma-se que o fato gerador natural da responsabilidade civil, em qualquer de suas feições, é o ato ilícito. O núcleo básico que, comum às espécies subjetiva e objetiva de responsabilidade civil, permite agrupá-las sob a égide de um mesmo instituto, remonta à ilicitude, concebida enquanto ofensa a um dever originário. O dever de reparação imposto em face do dano nada mais é que uma obrigação secundária, tendente a restabelecer o *status quo* abalado pela prática do ilícito.

3.1.1.1 O ato lícito e o dever de indenizar: entre a culpa e o risco

Contra a tese que pretende ver no ato ilícito um elemento fundamental à responsabilidade civil, argumenta-se com as hipóteses legais em que o sistema jurídico impõe o dever de reparar dano causado por ato lícito. Trata-se de situações excepcionais, representadas pelos clássicos casos das excludentes de antijuridicidade: a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o estado de necessidade, consignadas, no ordenamento pátrio, no art. 188 do Código Civil. Embora, em tais casos, não se possa falar em ilicitude ou antijuridicidade, o sistema jurídico brasileiro estabelece a necessidade de reparação dos danos delas eventualmente desdobrados, consoante inteligência dos arts. 929 e 930 do diploma cível.

Embora uma primeira análise pareça indicar insuperável óbice à definição do ato ilícito como fundamento da responsabilidade civil, em rigor, não há qualquer contradição. Em realidade, o equívoco está na percepção de que, em tais situações, esteja-se diante de hipótese de responsabilidade civil. Trata-se corriqueiro lapso técnico, consistente em supor como sinônimos o dever de reparar o dano e a responsabilidade civil.

Efetivamente, não é este o entendimento mais coerente. Se é certo que todo caso de responsabilidade civil culmina na imposição do dever de reparar, a recíproca não é verdadeira.

¹⁰⁹ Destaques no original. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.34.

As situações postas diante das causas excludentes de antijuridicidade nada mais representam senão casos em que há dever de reparação sem que este derive da responsabilidade civil. Estas são hipóteses em que, por uma questão de justiça legislativa, embora se tenha entendido inviável a proibição do comportamento danoso, também se julgou incoerente deixar desguarnecido o terceiro eventualmente prejudicado. A solução foi um meio-termo: a criação de um direito condicionado. A conduta lesiva, nestes casos extremos, é admitida como lícita e legítima, desde que, em contrapartida, o prejuízo causado ao terceiro seja recomposto. A reparação, aqui sim, se põe como uma imposição da lei, obrigação originária, e não como consequência oriunda de seu inadimplemento, pelo que não se demonstra escorreito falar, ao menos de forma técnica, em responsabilidade civil.

Trata-se, pois, de situação análoga à que se configura diante dos contratos de seguro¹¹⁰, nos quais o dever de indenizar é convencionado. Ora, se determinado indivíduo contrata o seguro de um automóvel e este vem a ser roubado, o dever de reparação que surge para a seguradora não deriva de sua responsabilidade civil. Em rigor, trata-se de uma obrigação que fora assumida mediante a celebração de negócio jurídico: uma obrigação contratual, portanto. Responsabilidade civil surgiria se a seguradora deixasse de cumprir o avençado, devendo, neste caso, ser compelida a cumprir o quanto assumido e responder pela eventual majoração dos prejuízos. Nesta hipótese, porém, configurado estaria o ilícito.

Evidencia-se, aliás, que responsabilidade civil e dever de reparação não são sinônimos naquelas situações, também legalmente contempladas, em que, mesmo ausente a conduta humana, imputa-se a obrigação de ressarcimento. É o elucidativo caso da avulsão, regulamentado no artigo 1521 e parágrafo único do Código Civil. Quando determinada porção de terra se desloca de um terreno a outro em virtude de fato da natureza, o proprietário do terreno que sofreu acréscimo deve indenizar o antigo dono, independente de qualquer ingerência nos eventos fáticos. Esta reparação não se embasa na responsabilidade civil – pois não há se falar em ato ilícito diante de evento determinado exclusivamente pela natureza¹¹¹ –, mas em uma obrigação criada com arrimo no princípio da vedação ao

¹¹⁰ Conquanto a doutrina faça a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, há que se ressaltar que, ontologicamente, inexistente critério que firme um contraponto entre ambas. A sistematização a ser aplicada será a mesma a diferença remonta à origem do dever jurídico originário lesionado: o contrato, em uma, e a lei, na outra.

¹¹¹ Digna de nota a posição, minoritária, de Marcos Bernardes de Mello (**Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.231-258), que propõe a constatação objetiva da ilicitude de tal forma ampla que termina por conceber a categoria dos fatos ilícitos, isto é, dos eventos da natureza contrários ao direito. Não parece acertado o entendimento, uma vez que, em face da ausência de conduta humana, não subsiste paradigma para informar se a situação em análise é conforme ou contrária ao ordenamento. A ilicitude,

enriquecimento sem causa.

3.1.2 Dano

Além do ato ilícito, também o dano surge como elemento essencial à configuração da responsabilidade civil. A conduta antijurídica, em si, se não acompanhada de dano, pode até gerar repercussões de natureza moral ou penal, como ocorre, por exemplo, quando alguém comete um pecado ou pratica delito na modalidade tentada, mas jamais terão repercussão cível. Esta é uma lição tão básica, que, como indica José de Aguiar Dias,

a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde não há o que reparar.¹¹²

De todo modo, o elemento do dano merece algumas considerações específicas, principalmente porque ele será o parâmetro a partir do qual se quantificará o dever de reparar, definindo o valor devido à vítima. A reparação não poderá ser aquém do prejuízo sofrido, tampouco deve excedê-lo, sob pena de dar azo a enriquecimento sem causa.

Segundo a doutrina clássica do direito civil, definia-se o conceito de dano como a efetiva diminuição do patrimônio, isto é, o dano era representado pelo desfalque no conjunto de bens economicamente úteis de um indivíduo. Esta definição, sem embargo de ter se apresentado útil em um primeiro momento, tornou-se insuficiente tão logo se tenha consagrado a possibilidade de ressarcimento por danos morais, como bem adverte Sergio Cavalieri Filho:

Quando ainda não se admitia o ressarcimento do dano moral, conceituava-se o dano como sendo a efetiva diminuição do patrimônio da vítima. Hoje, todavia, esse conceito tornou-se insuficiente em face do novo posicionamento da doutrina e da jurisprudência em relação ao dano moral e, ainda, em razão da sua natureza não-patrimonial. Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de

conquanto deva ser constatada objetivamente, deve reportar-se sempre a uma conduta humana, porque somente esta é passível de orientação pelo Direito. O evento natural ocorrerá de forma independente e alheia, não se podendo afirmar que em determinados casos sejam quistos e em outros refutados pelo ordenamento legal. O fato *stricto sensu* apenas pode ser classificado como jurídico, quando assume relevância no plano do Direito, ou ajurídico, quando totalmente alheio ao ordenamento.

¹¹² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.393, v.1.

um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão em patrimonial e moral.¹¹³

A partir desta ampliação conceitual do dano, entendido como lesão a bem jurídico tutelado, firmou-se uma dicotomia básica ao tema: o prejuízo concreto, economicamente constatável, dá azo ao que se chama dano material, ao passo que a lesão a um direito existencial qualquer, sem imediata repercussão financeira, concretiza o dano moral.

A questão dos danos morais ainda hoje motiva embates doutrinários. A simplicidade que se antepõe à perspectiva de reparação do dano material, diante da qual se visa o mero restabelecimento do *status quo*, dilui-se diante dos danos morais, imersos também em preocupações como a da finalidade educativa, a enfatizar o aspecto punitivo da reparação no fito de desestimular o autor do dano em relação a novas práticas lesivas. Talvez por isso é que nunca se tenha chegado a efetivo consenso nem em relação às situações aptas a consubstanciar os danos morais, nem no que se refere aos critérios a serem utilizados na sua liquidação. Pior. Ao invés de se caminhar para um termo final da contenda, a emergência de novos direitos, de natureza supra-individual, aponta para um longo caminho a ser percorrido. É o que noticia Anderson Schreiber:

À parte das ações coletivas de reparação, parece inegável que, sob o ponto de vista substancial, a tutela dos interesses supra-individuais veio revelar a insuficiência da dicotomia dano moral-dano patrimonial e propor novos problemas, como se vê particularmente da discussão em torno do chamado “dano moral coletivo”. Pressupõe a figura que seja possível causar dano moral de forma difusa, afetando-se uma comunidade de pessoas, para além da individualidade de cada um. No Brasil, acórdão recente do Superior Tribunal de Justiça considerou, por maioria, impossível cogitar de dano moral coletivo, pleiteado em nome de comunidade afetada por lesão ao meio ambiente, argumentando que “não parece ser compatível com o dano moral a idéia de transindividualidade (da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.”

A decisão é criticável em sua associação do dano moral com a dor e o sofrimento, mas o julgamento, longe de revelar oposição à tutela dos interesses supra-individuais, demonstra uma crescente sensibilidade do Poder Judiciário para a distinção entre os interesses puramente individuais e aqueles que transcendem o indivíduo. De um lado, a negativa de reparabilidade ao “dano moral coletivo” não implica a impossibilidade de dano

¹¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.89.

moral decorrente da lesão a um interesse transindividual. De outro, a própria discursão em torno do tema revela, antes, que os interesses difusos e coletivos, até pouco tempo combatidos apenas por medidas de direito público em sentido estrito (multas administrativas etc.), ingressam, firmemente, no campo da responsabilidade civil e passam a exigir novos posicionamentos das cortes de todo o mundo, em oposição à dogmática tradicional individualista do instituto.¹¹⁴

Deixe-se, contudo, as particularidades referentes às novas possibilidades de danos de lado por ora. O que se tem de destacar é que, qualquer que seja o tipo, o dano, para poder ser indenizado, tem de se revestir do atributo da certeza, deve restar devidamente comprovado. O dano material, deve ser atestado na demonstração de diminuição patrimonial, o dano moral, na ocorrência do fato lesivo a um direito existencial¹¹⁵. Não serve para consubstanciar o dever de reparação o dano meramente hipotético ou eventual, que poderia ter derivado da conduta ilícita, mas, de fato, nunca sobreveio.

Não significa que danos futuros não sejam indenizáveis. Pelo contrário, o são, desde que revestidos do atributo da certeza. Seria extremamente injusto negar à vítima o direito a indenização simplesmente porque a conduta lesiva tenha protraído seus efeitos para o futuro. Por isto, reconhecem-se, como figuras indenizáveis, o dano emergente quanto o lucro cessante. O primeiro é aquele que implica em imediata diminuição do patrimônio da vítima, bem expresso no clássico exemplo do motorista que culposamente causa acidente automobilístico. Neste caso, responsabilizar-se-á pelo conserto do carro em que colidiu. Outra a situação se a vítima utilizar o veículo como instrumento de trabalho. Se for taxista, por exemplo. Nesta hipótese, o autor do dano arcará não apenas com os custos de conserto do automóvel atingido, será responsável também por cobrir a quantia que o taxista deixará de ganhar pelo tempo que ficar incapacitado de trabalhar. Trata-se, então, dos lucros cessantes, que se configuram, portanto, diante de evento que implique em prejuízo futuro.

A diferença entre danos emergentes e lucros cessantes, no rigor da técnica, se prende mais à constatação e mensuração da efetiva perda do que a algum critério científico. Ambas as hipóteses exigem o atributo da certeza em relação ao dano. A dificuldade na quantificação desta última espécie não significa arbítrio ou exercício de futurologia. A sua constatação deverá se pautar em critérios razoáveis e sensatos,

¹¹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.84-85.

¹¹⁵ Pacífico, hoje, que o dano moral se prova pelo fato causador, sendo desnecessária, a comprovação de elementos intrasubjetivos, como dor, sofrimento, afetação da honra, dentre outros. Isto se dá não só porque provar tais elementos seria impossível, como também porque, diante da já reconhecida amplitude dos danos morais, estes se prestam a tutelar qualquer direito existencial, independente de terem afetado o psicológico da vítima.

fundamentados em aspectos objetivos, como, no caso do taxista, a média de faturamento nos últimos meses de trabalho.

Por fim, cumpre destacar um posicionamento, corriqueiro em doutrina e jurisprudência, que faz a referência ao dano injusto¹¹⁶. Trata-se de fórmula importada da doutrina estrangeira, especialmente italiana, que tentou resolver o problema da adequação da responsabilidade civil aos novos moldes e figuras advindas a partir da incorporação de novos elementos ao dano.

A bem dizer, é uma alternativa à tese ora defendida, que propõe a reavaliação da ilicitude, para que passe a significar a simples contrariedade ao ordenamento jurídico, independente de aspectos anímicos. Isto continuaria a ser exigido, porém, a oportunidade de constatação seria deslocada: a análise deixaria de ser feita em face da conduta humana para ser realizada frente ao dano.

A despeito de não ser totalmente incoerente o entendimento, parece ser pouco aconselhável, já que o dano em si é sempre mero resultado, a antijuridicidade remonta, efetivamente, ao momento da conduta humana. Não será o dano o elemento de valoração do injusto, mas o comportamento que o gerou. Neste sentido, posiciona-se João de Matos Antunes Varela, ao comentar a fórmula do dano injusto:

Mas o seu principal defeito, como justamente observa Petrocelli, está em ela colocar o acento tónico da *ilicitude* sobre o *dano* (o efeito da conduta) e não sobre o *facto* (a *conduta* em si mesma considerada).

Uma coisa é, com efeito, a calúnia ou a injúria (a *afirmação* de um facto que fere a honra ou afecta o bom nome da pessoa) e outra o *dano* que a clúnia ou injúria causou (o despedimento do empregado; a perda da clientela; o rompimento do noivado; etc.) E a *ilicitude* reporta-se ao *facto* do agente, à sua actuação, não ao *efeito* (danoso) que dele promana, embora a *ilicitude* do facto possa provir (e provenha até as mais das vezes) do resultado (*lesão* ou *ameaça de lesão* de certos valores tutelados pelo direito) que ele produz.¹¹⁷

3.1.3 Nexo Causal

Denomina-se nexa causal ao juízo mental que possibilita a constatação objetiva, diante do caso concreto, de que foi a conduta ilícita de um indivíduo a causa do dano. Aqui se faz presente a idéia de causa e efeito imprescindível ao preenchimento

¹¹⁶ Este o entendimento, por exemplo, de Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano (**Novo curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p.43), para quem a violação a um bem jurídico constitui-se em requisito mínimo para firmar um dano como indenizável.

¹¹⁷ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10 ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2000, p.532, v.1.

do substrato moral de imputabilidade que subjaz no instituto da responsabilidade civil. Assim, somente quando configurado o nexu causal entre conduta e dano é que será possível imputar ao agente dever de reparação, sob pena de se ter de admitir a possibilidade de responsabilizar alguém pela reparação de um dano totalmente alheio a si.

Conquanto pareça fácil a conceituação do nexu de causalidade, diante do caso concreto sua constatação se afigura das mais árduas. É que “na maioria das vezes o evento danoso está cercado de condições que se multiplicam, dificultando a identificação da causa do dano.”¹¹⁸ A escolha deste, daquele ou até mesmo de todos os fatos de algum modo relacionados à origem do dano remete a fundamentos filosóficos que, em si, carregam grande complexidade. Não fosse isto suficiente para cercar o elemento de dúvidas e contradições, agrega-se, ainda, a crassa falta de atenção que, classicamente, foi deferida ao tema. Nem doutrina, nem jurisprudência e tampouco a lei conferem tratamento uníssono ao nexu causal.

Antes, o juízo de identificação da origem do dano praticamente se esgotava na própria aferição de culpabilidade, tida, então, como essencial à responsabilidade civil.

Em um contexto dominado pela idéia de culpa, os perigos da super-responsabilização pareciam afastados pela necessidade rigorosa de demonstração do requisito subjetivo do ilícito. Dito de outra forma, a prova da culpa já freava, significativamente, o impulso das demandas de reparação, e, embora tal prova não se confundisse com a do nexu causal, a concepção moral dominante resultava em que, uma vez demonstrada a ocorrência de culpa, as cortes passavam a considerar presentes todos os elementos necessários à formação do juízo de responsabilização, consistindo a prova do nexu de causalidade em mera etapa formal, não raro solucionada de forma empírica no interior da própria discussão de culpa.¹¹⁹

A situação, todavia, modificou-se bastante com o avanço social. Como que resposta ao ocaso da culpa, torna-se nítida a ênfase que vem sendo conferida ao momento do nexu causal, responsável, hoje, por evitar que a imputação da responsabilidade civil se dê de forma arbitrária e assistemática.

Longe de possuir fácil resolução, a definição do nexu causal depende da eleição de critérios de filtro, que podem variar de acordo com a teoria que se adote. Dentre as inúmeras divagações sobre o tema, é possível arrolar três principais teses a

¹¹⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexu causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.18.

¹¹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007, p.51.

indicar possíveis soluções: a da equivalência dos antecedentes; a da causalidade adequada; e a da causalidade direta ou imediata.

3.1.3.1 Teoria da equivalência dos antecedentes

A teoria da equivalência dos antecedentes, também conhecida como teoria do *conditio sine qua non*, propõe que “qualquer evento capaz de contribuir para a produção do dano deve ser considerado causa do dano para fins de responsabilização.”¹²⁰ O nexos causal, assim, seria constatado a partir de um exercício mental reverso, consistente em, diante de um dano, questionar se este teria ocorrido ainda que suprimida determinada conduta. Se a resposta for positiva, exclui-se o nexos causal, negativa, toma-se por evidenciado o liame entre ela e dano.

Esta teoria não logrou obter respaldo junto à doutrina e à jurisprudência pátrias, sendo, antes, alvo de ávida e pertinente crítica, em razão de não apenas conferir ao nexos de causalidade contorno demasiadamente amplo, conduzindo, em última instância, a um regresso infinito das causas, como também por tratar às concausas indistintamente, equiparando-as independente de umas terem contribuído mais intensamente do que outras para o evento danoso. Em um caso de lesão corporal gerada por disparo de arma de fogo, por exemplo, o resultado danoso estaria conexo não só à conduta daquele que efetuou o disparo, mas também às atuações de quem vendeu a arma, do fabricante desta, daquele que forneceu a matéria prima para a respectiva produção, além de tantas outras. Todas estas condutas teriam de ser igualmente admitidas como causas do dano.

Diante da imprecisão e exageros desta teoria é que, em busca de uma melhor delimitação do nexos de causalidade, partiu-se em busca da distinção entre as concausas e se avançou em direção à teoria da causalidade adequada.

3.1.3.2 Teoria da causalidade adequada

A teoria da causalidade adequada é a uma da que maior eco encontra na doutrina e jurisprudência pátria¹²¹. Tomando-a por paradigma, não basta que o

¹²⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.52.

¹²¹ Neste sentido, Giselda Sampaio da Cruz afirma que, “apesar das críticas, a Teoria da Causalidade Adequada tem prevalecido em vários ordenamentos e é, também, uma das teorias mais invocadas no Brasil, onde doutrina e jurisprudência se dividem entre esta e a Teoria do Dano Direito e Imediato” (**O problema do nexos causal na**

comportamento humano tenha tornado possível o advento do dano para que seja considerado sua causa. Exige-se, além disto, que a conduta seja, por si só, apta a produzir o resultado danoso. Ao já aduzido raciocínio mental da *conditio sine qua non* agrega-se o questionamento em relação à suficiência da conduta para, sozinha, concretizar o prejuízo.

Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, “no curso normal das coisas”, provoca um dano dessa natureza.¹²²

Diversamente da teoria da equivalência dos antecedentes, a estipulação da causa de um dano depende de um juízo hipotético e abstrato, que, formulado “segundo a ordem natural das coisas e a experiência da vida, e não em concreto, a considerar os fatos tal como se deram, já que, em tais circunstâncias, as condições são mesmo equivalentes”¹²³, permite ao magistrado a eliminação de condutas tidas como inadequadas à causação do dano do contexto do liame de causalidade.

O grande problema com que teve de se deparar esta teoria remonta ao amplo grau de discricionariedade deferido ao julgador, como informam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ao cotejá-la com a teoria da equivalência das condições:

Se a teoria anterior peca por excesso, admitindo uma ilimitada investigação da cadeia causal, esta outra, a despeito de mais restrita, apresenta o inconveniente de admitir um acentuado grau de discricionariedade do julgador, a quem incumbe avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, *causa do resultado danoso*.¹²⁴

A despeito de ser impossível subtrair toda e qualquer margem de discricionariedade do magistrado – principalmente no que diz respeito à apreciação fática –, buscou-se, a partir deste ponto, definir balizas que evitassem ao menos o irrestrito arbítrio, chegando-se à teoria da dano direto e imediato.

responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.83-85).

¹²² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.79.

¹²³ CRUZ, Giselda Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.66.

¹²⁴ Destaques no original. STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2003, p.100.

3.1.3.3 Teoria do dano direto e imediato

A teoria do dano direto e imediato recebe também boa aceitação da doutrina e da jurisprudência pátrias, que a entendem expressamente consagrada no ordenamento brasileiro por conta da redação do art. 403 do Código Civil¹²⁵, assim exposto: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

A tese básica defendida consiste em asseverar que, para ser causa eficiente do dano, não basta que a conduta seja idônea ao perfazimento do resultado, mas que, além disto, seja a mais próxima dele. Com isto, pretende-se encontrar a condição efetivamente necessária ao dano para afirmá-la – e somente a ela – como causa. Em termos práticos, isto significa admitir um raciocínio intrincado, no qual se insere a possibilidade de rompimento do nexo causal com uma conduta originária em virtude da superveniência de nova causa, igualmente e suficiente idônea ao perfazimento do resultado. Assim, apenas a última conduta é considerada determinante do resultado, porque ligada de forma direta e imediata a ele, “se há uma violação do direito por parte do credor ou de terceiro, resta interrompido o nexo causal e, por consequência, libertado da responsabilidade está o autor da primeira causa”¹²⁶.

A teoria admite variantes internas, as quais se diferenciam por diferenças em relação aos fatos admitidos como aptos à eliminação do nexo de causalidade original. Porém, no Brasil, a teoria é associada quase que automaticamente à vertente da necessidade da causa, abraçada por Agostinho Alvim, seu principal difusor nestas terras, que assim a expunha:

Para explicar a teoria do dano direto e imediato nós aceitamos a teoria ou subteoria da necessidade da causa, que procuraremos explicar, formular e defender, de acordo com as considerações que se seguem.

Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente.

Ela é causa necessária desse dano, porque a ela ele se filia necessariamente; é causa exclusiva, porque opera por si, dispensadas outras causas.

¹²⁵ Em rigor, a tese já era sustentada por Agostinho Alvim (**Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972), um de seus principais baluartes no Brasil, mesmo quando da vigência do Código Civil de 1916, que possuía, no art. 1060, disposição de igual teor ao art. 403 do diploma cível atualmente em vigor.

¹²⁶ CRUZ, Giselda Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.96.

Assim é indenizável todo o dano que se filia a uma causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.

Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução.

Ora, a análise destes termos mostra, iniludivelmente, que a lei impõe a existência de um liame entre o inadimplemento da obrigação e o dano, de modo que ao inadimplemento se atribua, com exclusividade, a causa do dano.¹²⁷

Em síntese, a teoria em apreço impõe não só que, ao se definir a causa de um dano, se busque a conduta que, em termos lógicos, mais se aproxime do dano, como também que a responsabilidade do autor de tal conduta seja responsabilizado apenas e tão somente na medida de seus desdobramentos imediatos, o que significa que, “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, este só responde pelos danos que são consequência necessária do inadimplemento, mas não pelos originados de outras consequências não necessárias, de mera ocasião.”¹²⁸

A teoria do dano direto e imediato, embora não se dissocie de modo completo da teoria da causa adequada, significa perceptível avanço, útil a não apenas objetivar a aferição do nexos de causalidade, mas, também e sobretudo, demonstrar a complexidade ínsita a tal momento, que, dentre outras coisas, deve inserir em seu raciocínio a idéia de eventuais rupturas do liame de causalidade.

Isto, sem dúvida alguma, torna a teoria especialmente interessante nos dias de hoje, em que o papel da culpa como filtro de reparação foi bastante restringido e o nexos causal tomou-lhe o lugar, aparecendo como elemento conclusivo.

3.1.3.4 Causas excludentes de responsabilidade

Antes de findar a exposição acerca do nexos causal, afigura-se oportuna a abordagem das causas excludentes de responsabilidade, as quais contemplam situações juridicamente reconhecidas como capazes de afastar o nexos de causalidade entre determinado dano e a conduta de determinado sujeito.¹²⁹ Consistem em situações nas quais se

¹²⁷ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p.381.

¹²⁸ CRUZ, Giselda Sampaio da. **O problema do nexos causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.101.

¹²⁹ Durante longo tempo, manteve-se, disperso no ideário da maioria dos juristas, o equivocado entendimento de que tais causas estariam relacionadas a situações capazes de, diante de um evento danoso, afastar o elemento anímico da conduta do sujeito, negando a sua responsabilidade pela reparação. Eram, por isto, chamada de causas excludentes de culpabilidade ou, simplesmente, exculpantes. Falava-se, assim, em culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro e o caso fortuito ou de força maior. Com as transformações operadas sobre o instituto da responsabilidade civil, e em especial com o advento e incorporação sistêmica da sua espécie objetiva, o

averigua que a responsabilidade inicialmente imputada a alguém teve, na verdade, causa determinante diversa, alheia a tal agente. Representam o reconhecimento de que,

não raro, pessoas que estavam jungidas a determinados deveres jurídicos são chamadas a responder por eventos a que apenas aparentemente deram causa, pois, quando examinada tecnicamente a relação de causalidade, constata-se que o dano decorreu efetivamente de outra causa, ou de circunstância que as impedia de cumprir a obrigação a que estavam vinculadas.¹³⁰

São da ordem de quatro as hipóteses de causas excludentes de responsabilidade: fato exclusivo da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior¹³¹. A primeira delas, o fato exclusivo da vítima, perfaz-se sempre que se constata ter o dano sobrevindo em virtude de comportamento do próprio prejudicado, sem que mais ninguém tenha participado de forma decisiva. No exemplo de Sergio Cavalieri Filho:

Assim, se “A”, num gesto tresloucado, atira-se sob as rodas do veículo dirigido por “B”, não se poderá falar em liame de causalidade entre o ato deste e o prejuízo por aquele experimentado. O veículo atropelador, a toda evidência, foi simples instrumento do acidente, erigindo-se a conduta da vítima em causa única e adequada do evento, afastando o próprio nexos causal em relação ao motorista, e não apenas a sua culpa, como querem alguns.¹³²

A segunda causa excludente consubstancia-se no fato de terceiro. Em verdade representa o reconhecimento de que fora outra pessoa, que não aquela a quem inicialmente se pretendia imputar a responsabilidade, a causadora do dano. Em uma ação indenizatória, a constatação da hipótese pelo magistrado culminaria ou na extinção do processo sem resolução do mérito, se acolhida preliminar de ilegitimidade passiva, ou na decisão de improcedência da pretensão indenizatória, pela absoluta ausência de direito do autor em face do réu.

As duas últimas situações em que se reconhecem as causas

entendimento tornou-se insustentável e, a partir de então, aprofundou-se os termos de sua análise, difundindo-se o reconhecimento de que, tecnicamente, as causas excludentes nada têm a ver com a culpa, mas, sim, com o nexos causal. Em igual sentido: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.203.

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.82.

¹³¹ Alguns autores consideram como causas excludentes de responsabilidade também a legítima defesa, o estado de necessidade e o exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal. Neste sentido: STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. Opta-se, porém, por não inseri-las dentre as excludentes de responsabilidade, por se entender que, diante delas, o dever de reparação imposto não pode ser reconduzido ao esquema da responsabilidade civil (vide tópico 3.1.1.1). Tais espécies, de todo modo, relacionam-se com a análise de antijuridicidade / ilicitude, jamais com o nexos causal.

¹³² CAVALIERI FILHO, Sergio. *op.cit.*, p.82.

excludentes de responsabilidade são o caso fortuito e a força maior. Há grande embate doutrinário em relação à distinção entre uma e outra. Não cabe, contudo, adentrá-lo. Necessário ao presente ensaio firmar apenas que ambas as hipóteses tratam de acontecimentos inevitáveis e imprevisíveis, que, por excluírem qualquer ingerência sobre os fatos àquele a quem anteriormente se imputava a responsabilidade, afastam-na.

Interessante, ainda, notar que não se pode definir *a priori* as situações de caso fortuito e de força maior. Estes conceitos irão variar conforme a conjuntura. O que, hoje, pode ser classificado como caso fortuito ou de força maior, poderá não sê-lo amanhã. Também a diligência que se há de esperar varia de acordo com a situação concreta, como já exemplificava José de Aguiar Dias:

a produção de um fenômeno natural nem sempre pode ser capitulado como força maior. Um temporal, por exemplo, constitui fenômeno da natureza, a que se não pode obstar, mas que se pode prevenir, nos seus efeitos possíveis, mormente em cidade sujeita a periódicas inundações em consequência e chuva torrenciais.¹³³

Com isto, tem-se por concluída a exposição genérica dos elementos fundantes da responsabilidade civil, que, nos termos e contornos aqui desenvolvidos, espera-se aplicáveis às espécies subjetiva e objetiva do instituto, úteis, por isto, a resolver as situações de danos causados pelas pessoas jurídicas de direito privado, quanto aquelas em que a lesão deriva do Poder Público, que passa a ser o específico foco de estudo no próximo tópico.

3.2 O ESTADO: DA IRRESPONSABILIDADE À ASSUNÇÃO DO RISCO

A responsabilidade civil do Estado representa grande conquista da democracia. A um só tempo, impõe aos governantes o dever de exercer as prerrogativas estatais dentro de limites aceitáveis e assegura os interesses individuais em face da coletividade.

A afirmação do dever de reparação estatal em face dos danos por si ocasionados, todavia, foi lenta e gradual, atravessou os mais distintos momentos, nos quais se afirmaram entendimentos que variam desde a sua completa desconsideração até a sua absoluta e inilidível imposição. Os reflexos desta tormentosa evolução fazem-se sentir ainda hoje, quando, diante dos casos concretos, vislumbra-se grande hesitação na análise da

¹³³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.363-364, v.1.

responsabilidade civil do Estado.

Importante, por isto, realizar uma digressão evolucionária da responsabilidade civil do Estado, como forma de contextualizar o tema e abrir margem para a construção de um arcabouço que considere os aspectos concretos da atualidade.

3.2.1 Fase da irresponsabilidade

A responsabilidade civil, concebida em sua acepção mais lata, isto é, enquanto instituto que impõe o dever de reparação àquele que causa um dano, existe desde idos remotos. Caio Mario da Silva Pereira aponta vestígios seus nos mais antigos monumentos legislativos conhecidos, como, por exemplo, os Códigos de *Hamurabi* e de *Manu*.¹³⁴

Contudo, de início, a responsabilidade civil alcançava apenas aos particulares. O Estado permanecia inerte a qualquer espécie de obrigação indenizatória. Nos tempos primeiros compreendia-se esta postura pelo fato de que o Estado sequer existia enquanto entidade individualizada, dotada de unidade jurídico-política.¹³⁵

Somente por volta da Antiguidade é que se tornou possível vislumbrar ao menos um esboço de Estado. Porém, a aceitação da responsabilidade civil deste ente abstrato ainda estava longe de ser reconhecida. Imperava, à época, o sentimento de que o sacrifício em prol da pátria se consubstanciava em dever dos indivíduos, ao que se refutava qualquer viés diverso da irresponsabilidade estatal.

Na Idade Média atravessa-se um período em que aqueles incipientes Estados tornam a perder sua individualização, fragmentando-se em feudos. Conforme noticia Fernando Facury Scaff, houve, à época, casos em que cidades e guildas foram condenadas a indenizar prejuízos causados a terceiros, sem que isto, contudo, viesse a significar o reconhecimento da responsabilidade do Estado. Basta advertir que, a um, as cidades e guildas sequer faziam parte de uma efetiva estrutura pública, representavam, antes, a classe burguesa, que eclodia com um projeto contraposto ao sistema político feudal, e, a dois, apenas os danos causados a terceiros eram objeto de ressarcimento, ao que permaneciam desamparados os prejuízos causados *interna corporis*.¹³⁶

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.1.

¹³⁵ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.14.

¹³⁶ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. 2 ed. rev.amp. Rio de

Com a entrada na Modernidade, é que o conceito de Estado é efetivamente formulado. O Estado Moderno consagrou, em um primeiro momento, o absolutismo, estatuindo a total concentração e centralização do poder na pessoa do monarca. Legitimava-o uma investidura divina, inquestionável, corroborando a máxima inglesa do “*the king can do no wrong*”. O rei não erra. Infalíveis, seria um contra-senso admitir que pudessem causar danos aos súditos. Enfatizou-se a irresponsabilidade do Estado sob uma justificativa religiosa.

Mesmo com as revoluções burguesas e o advento do Estado Liberal manteve-se quase que intacto o princípio da irresponsabilidade estatal. Muito embora a racionalização tenha suplantado a justificativa divina do poder absolutista, pôs-se em seu lugar a pretensa vontade popular. Partindo do paradigma de que o Estado atuava como fiel representante dos anseios do povo e do bem comum, não se admitia sua responsabilidade em face do dano individual que viesse a causar.

De um lado, a idéia de regime representativo, próprio do ideal liberal republicano, definia que, como mandatários da coletividade, os agentes políticos, ainda que causassem dano a um particular, o fariam no uso da soberania que lhes tinha sido confiada e, por isso, no interesse da coletividade, na qual se inseria o próprio lesado. De outro, o princípio da separação dos poderes, em sua versão clássica, erigia óbice formal à ingerência do Judiciário sobre os Poderes Executivo e Legislativo, impedindo que os juízes ultrapassassem a apreciação de litígios entre particulares, sob pena de incidir em descabida censura em face dos demais Poderes.¹³⁷

3.2.2 A transição: responsabilização pessoal dos agentes públicos

Divisor de águas na questão da responsabilidade civil do Estado foi a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. O ente estatal passou a assumir uma postura ativa, de intervenção nas mais diversas áreas da organização social. O seu potencial lesivo em face dos particulares aumentou e fez-se necessário que, de algum modo, o patrimônio individual fosse resguardado contra incursões indevidas.

A primeira idéia foi responsabilizar não o ente estatal em si, mas os funcionários que atuavam em seu nome. Partia-se do pressuposto de que o agente público

Janeiro: Renovar, 2001, p.127.

¹³⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.192.

receberia um mandato do Estado para atuar dentro de estritos limites legais, e, ultrapassados estes, eventuais resultados danosos lhes seriam imputados. A justificativa era a de que o Estado, como entidade abstrata, despida de existência física e estrutura psíquica, não poderia querer o ilícito, e por isso estava infenso à responsabilização. Se alguém errava, este era o representante do Estado, quando excedesse os limites de suas prerrogativas. Engendrava-se, assim, uma tese que visava assegurar, de alguma forma, os direitos dos particulares, mas que mantinha a irresponsabilidade do Estado.

De todo modo, este entendimento sequer galgou consolidar-se, uma vez que erigia barreiras quase intransponíveis para chegar à responsabilidade do agente público. Antes mesmo de ser intentada, a ação indenizatória necessitaria ser autorizada internamente, pelo próprio Poder Público, o que abria ampla margem para a discricionariedade (*rectius*: arbitrariedade). E, ainda que ultrapassada esta fase, para que se firmasse a procedência da pretensão indenizatória, era essencial provar a culpa grave ou dolo do funcionário. Por fim, ainda que condenado o agente público, a recomposição esbarrava nos seus limites patrimoniais, quase sempre insuficientes.

Em suma, as mudanças eram meramente retóricas, na prática o indivíduo permanecia desguarnecido. O processo de recomposição dos prejuízos dependeria muito mais de uma negociação política do que de uma discussão jurídica.

3.2.3 Fase da responsabilidade subjetiva

Mas, o agigantamento do aparato estatal cada vez mais se fazia notar, tornando a situação da irresponsabilidade insustentável. Os particulares temiam a crescente ingerência estatal na vida privada. O poderio econômico se sentia inseguro de seus investimentos, temeroso de que o intervencionismo do Estado na atividade econômica viesse a prejudicá-los. Tornava-se questão essencial admitir a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados.

Foi construída, assim, uma tese de responsabilidade civil do Estado, e, como natural, a base de sustentação utilizada foi a de um arcabouço jurídico já consolidado à época, qual seja, a responsabilidade civil subjetiva, que então imperava no Direito Civil. Neste primeiro momento, portanto, procurou-se simplesmente transplantar a teoria civil, aplicando-a também ao Estado.¹³⁸

¹³⁸ Neste sentido, Dirley da Cunha Júnior: “Surge o Estado responsável. No início, porém, essa responsabilidade

3.2.3.1 Atos de império x atos de gestão

Porém, seria muito abrupta a saída de um sistema no qual vigia a total irresponsabilidade para um de responsabilização por qualquer ato do ente estatal. Algumas atividades do Estado eram tidas como essenciais e inevitáveis, pelo que não se conseguia compreender como poderiam ser reprimidas. Procurou-se, então, em um primeiro momento, restringir as hipóteses de cabimento da responsabilidade do Estado, erigindo-se uma teorização capaz de oferecer garantias aos particulares, sem, contudo, inviabilizar a atuação do Poder Público.

O remédio encontrado foi o de visualizar o Estado como ente imbuído de dupla personalidade: uma de pessoa pública e outra de pessoa privada. Somente quando atuasse nesta última condição é que se poderia falar em responsabilidade civil do Estado; em face da primeira hipótese permaneceria a tese da irresponsabilidade.

A insegurança dos particulares, e principalmente da classe burguesa, se punha diante da intromissão estatal nos assuntos antes estritamente privados. As tarefas originárias, típicas do Estado Liberal, não ofertavam maiores riscos; ao contrário, eram concebidas, mesmo, como essenciais. Com base nisto é que se tentou criar uma categoria de atos afeitos ao exercício precípua da soberania, acobertados pelo manto da irresponsabilidade do Poder Público, os chamados atos de império. Propunha-se que fosse mantida a intangibilidade do Estado em relação às condutas adotadas para a manutenção da segurança e defesa da nação, por exemplo.

Em uma situação oposta, o Estado Social tinha o dever de se imiscuir nas relações antes estritamente particulares. Gerou-se um natural desconforto na medida em que aumentavam as probabilidades de superveniência de danos individuais, e, para atenuá-lo é que se procurou equiparar o Estado, quando atuante na seara privada, a um particular, a um mero administrador ou gestor. Era somente em relação a estes atos, designados atos de gestão, que o ente estatal seria submetido ao regime comum do direito privado então vigente, o da responsabilidade civil subjetiva. O Estado poderia vir a responder civilmente pelos danos causados na realização de negócios jurídicos, tais quais, aquisições, trocas, contratos e alienações.

do Estado foi identificada à simples responsabilidade civil do direito privado, calcada na idéia civilista da culpa individual do seu agente, isto é, quando se demonstrasse que este, no exercício de sua função, procedeu com imperícia, negligência ou imprudência.” (**Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. amp. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p.324).

Decerto que esta postura consubstanciou um primeiro embrião para admitir a responsabilidade civil do Estado. Porém, ficou ainda longe de consolidar resposta satisfatória.

Em primeiro lugar, a segmentação dos atos estatais entre uma e outra categoria somente apresenta alguma relevância para o próprio Estado, para controle interno. Ao particular afetado em nada importa saber qual a qualidade do ato, mas tão somente ter assegurado o direito à reparação do dano causado.

Ademais, o critério de distinção entre os atos de império e de gestão era genérico, fantasioso e impreciso, deixando grande margem para classificar os atos sobre uma ou sobre outra categoria, o que causava reflexos negativos na jurisprudência.

Por tais razões, não vingou esta tentativa de construir uma dupla personalidade jurídica para o Estado, que somente servia como forma de restringir as hipóteses em que seria admitida a sua responsabilidade civil.

3.2.3.2 Teorias da culpa

Em uma etapa seguinte, aceitou-se que o Estado viesse a responder por qualquer conduta lesiva sua, independentemente dela se classificar como ato de império ou de gestão. Permanecia, todavia, o arcabouço da responsabilidade civil dependente da culpa, que deveria ser aferida a partir da imperícia, imprudência ou negligência da conduta individual de algum agente do Estado.

Restava, contudo, uma questão ainda não bem respondida: como admitir que o Estado, ente despido de individualidade fisiopsíquica, pudesse vir a praticar atos ilícitos e culposos, se este sequer era capaz de manifestar uma vontade plenamente identificável como sua?

A resposta, primeiro, veio por meio da teoria da representação. De acordo com ela, os agentes públicos atuavam como mandatários, prepostos do Estado. O ente estatal seria responsabilizado indiretamente, com fulcro em construções teóricas como as culpas *in vigilando* ou *in eligendo*. Em suma, considerava-se a situação como análoga aos clássicos casos de responsabilidade civil por ato de terceiro.

Esta perspectiva evoluiu para uma teoria dos órgãos, a qual consignava que o Estado, assim como as demais pessoas jurídicas, não é representado, mas se materializa no atuar de seus agentes ou órgãos, ao que se confundem as ações. Desde que os agentes do Estado valham-se das prerrogativas públicas, seu atuar em face de um terceiro será

reputado diretamente ao Estado¹³⁹.

No mais, o Estado era posto no mesmo patamar que qualquer indivíduo, fazendo-se necessária a prova da culpa ou dolo na sua conduta – isto é, no proceder do agente público, quando no exercício do *munus* público – para que viesse a ser responsabilizado pelos danos causados. A grande dificuldade que derivou deste embasamento teórico, sem dúvidas, foi a de deixar a cargo do particular, parte hipossuficiente, o ônus de provar a culpa ou dolo no atuar do Estado. Resultava que a grande maioria das lesões oriundas de condutas estatais restava sem reparação em virtude de óbice meramente técnico, consubstanciado na dificuldade de provar culpa ou dolo.

Foi na tentativa de resguardar os interesses particulares que mais um passo na evolução da responsabilidade do Estado foi dado: atenuou-se o ônus da prova. Se antes aquele que pretendesse a reparação de algum dano causado pelo Estado tinha de provar a sua culpa ou dolo, demonstrando a falta pessoal de um determinado agente da Administração, agora bastava evidenciar ter ocorrido uma falha genérica na prestação do serviço. Suficiente para imputar o dever de reparação ao Estado a comprovação de que o serviço público funcionou mal, não funcionou ou funcionou atrasado¹⁴⁰.

Tratava-se da teoria da falta (ou falha) do serviço, que, em realidade, trabalha sobre o arcabouço da presunção de culpa e da conseqüente inversão do ônus probante. Ante a prestação ineficiente de um serviço público, presume-se a conduta culposa de algum agente público, retirando o peso de demonstrá-la, porém, dos ombros da vítima. Demonstrada a falha na prestação do serviço, passava a competir ao Estado o papel de se eximir da responsabilidade, demonstrando ter se comportado com diligência, perícia e prudência¹⁴¹.

Também esta teoria não resolveu os problemas, fosse porque a vítima ainda ficasse imbuída da tarefa de comprovar, ainda que de forma genérica, a ocorrência da falta do serviço público, fosse porque o conceito de falta do serviço jamais tenha alcançado precisão suficiente, estimulando grande vacilo jurisprudencial. De todo modo, esta postura foi decisiva para inspirar a adoção das teorias do risco ou objetivas.

¹³⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.129-130.

¹⁴⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.237-238, v.2.

¹⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.863.

3.2.4 Fase da responsabilidade objetiva

A responsabilidade civil subjetiva era ótima na regulamentação das relações clássicas entre particulares, nas quais existia relativa paridade de forças. Todavia, a mesma sorte não encontrava quando a situação era transposta para a lógica do Poder Público, na qual se fazia presente um Estado cada vez mais forte e presente nos assuntos particulares. A despeito de todo o esforço despendido em uma tentativa de adaptação, as bases doutrinárias clássicas demonstraram-se insuficientes e fracassaram ao tentar estabelecer limites para o atuar estatal e garantir os direitos individuais.

A ruptura com os paradigmas até então assentes tornava-se imperiosa necessidade. E, ao que se pôs de lado a responsabilidade civil subjetiva, tomou corpo a teoria objetiva.

O fundamento para o dever de responder do Estado deixava de se situar em um elemento anímico qualificador da conduta – isto é, na culpa ou no dolo –, passando a embasar-se no risco criado. Informava-se que o Poder Público deveria ser responsável por todos os riscos decorrentes de suas atividades, com o que se imprimia um maior rigor no tratamento, justificado na disparidade de forças entre Estado e indivíduos.

Punha-se, assim, a teoria do risco administrativo, segundo a qual o Poder Público estaria obrigado a reparar todo e qualquer dano cuja causa pudesse ser identificada em uma conduta estatal. Bastaria, ao indivíduo, comprovar dano e nexo causal para que fizesse jus a uma indenização; despidiendos os questionamentos acerca de culpa, dolo, ou quaisquer outros aspectos anímicos da conduta. Como indica Dirley Júnior:

Por esta teoria a idéia de culpa é substituída pela de *nexo de causalidade* entre o *comportamento estatal (fato do serviço)* e o *dano sofrido pelo administrado*, sem se cogitar do serviço, tampouco da culpa do agente público. Aqui é indiferente indagar-se se o serviço funcionou, se funcionou bem ou mal, de forma rápida ou demorada. Não se exige, portanto, o questionamento acerca da culpa ou dolo do agente, da licitude ou ilicitude do comportamento, do bom ou mau funcionamento do serviço. Evidenciado o nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o dano a terceiro, o Estado responde.¹⁴²

Assim, efetivado o dano, a única alternativa de defesa do Estado seria demonstrar que não fora ele o seu efetivo causador, valendo-se de uma das excludentes

¹⁴² CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. rev. amp. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p.325-326.

de responsabilidade (fato exclusivo da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior).

Os alicerces da tese são nobres: apregoando a solidariedade social e a igualdade de todos em face da repartição dos ônus públicos, procura-se coletivizar os prejuízos e eliminar ao máximo as hipóteses de irresponsabilidade do ente público. Contudo, muito embora isto resolva os problemas dos particulares, individualmente considerados, assegurando-os em face de todas as intempéries, deixa o Estado em situação bastante desconfortável, uma vez que, se não bem ponderada, a tese é capaz de lhe transferir a responsabilidade por praticamente todos os riscos sociais.

O problema de definir limites concretos à responsabilidade estatal é de grande importância, mormente em face de Carta Política de nítida feição social, como a do Brasil, cujos deveres estatais consignados assumem tamanho vulto que, abstratamente, correlacionar-se-iam com qualquer dano. A Constituição do Brasil, em seu art. 3º, por exemplo, impõe ao Estado uma série de objetivos abstratos, e, em certa medida, utópicos, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a promoção do bem de todos. Assegura, em outros dispositivos, série de direitos individuais, cuja garantia e dever de satisfação, em *ultima ratio*, são também tarefa do Estado.

Em suma, todos os insucessos individuais poderiam ser correlacionados ao não cumprimento de um suposto dever estatal; a falta de moradia, a carência de emprego, um assalto, todos eles poderiam ter seus resultados danosos imputados ao Estado, aduzindo que ele falhou na efetivação dos preceitos constitucionais.

Por óbvio, não se pode conferir dimensão tão ampla à tese da responsabilidade estatal, sob pena de inviabilizar o Estado e a ordem constitucional. Eleitos apenas o dano e o nexos causal como filtros para a imputação da responsabilidade estatal, independente de quaisquer outras considerações, como resolver os casos em que o Estado, para cumprir seus deveres, tem de tratar os cidadãos de forma desigual? Como pretender, por exemplo, que o Estado distribua renda se os prejudicados podem, em tese, exigir indenização? Como viabilizar a adoção de políticas públicas afirmativas em favor de segmentos sociais alijados se os não favorecidos podem alegar um dano a si?

No fito de tentar delimitar os contornos conferidos à responsabilidade estatal é que surgem tentativas de reintroduzir, ainda que por meio de subterfúgios, a aferição do elemento anímico no juízo de imputação da responsabilidade

estatal. É o que ocorre, por exemplo, com a proposta de Hely Lopes Meirelles, que pretende distinguir entre teoria do risco integral e teoria do risco administrativo¹⁴³. Sustenta que, esta última, adotada pelo sistema jurídico brasileiro, não se teria responsabilização objetiva plena, mas presunção de culpa do Estado diante dos danos, a qual poderia ser elidida pelo recurso às excludentes de responsabilidade. Somente em face da teoria do risco integral, aceita apenas em situações excepcionais da ordem jurídica pátria, é que se teria a efetiva imputação objetiva do dever de reparação do Estado, pois, diante destes casos, o ente público sequer poderia alegar em sua defesa o fato exclusivo da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou a força maior.

O critério distintivo entre as teorias do risco administrativo e do risco integral é, porém, de todo fantasioso e insubsistente. Não há a indicação de qualquer elemento substancial que as diferencie. Muito pelo contrário, tanto os fundamentos (solidariedade social e a distribuição equitativa dos ônus públicos), quanto os filtros de reparação (dano e nexos causal) de que se valem são exatamente os mesmos. O pretenso contraponto, firmado no suposto de que somente a teoria do risco administrativo admitiria as excludentes como matéria de defesa, é incoerente. Parte da equivocada percepção de que tais causas relacionar-se-iam à culpabilidade, quando, em rigor, inserem-se no problema da definição do nexos causal, como, aliás, bem evidencia a teoria do dano direto e imediato.¹⁴⁴ E, como bem adverte Yussef Said Cahali,

deslocada a questão para o plano da *causalidade*, qualquer que seja a qualificação que se pretenda atribuir ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado – risco integral, risco administrativo, risco-proveito –, aos tribunais se permite a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade quando fatores outros, voluntários ou não, *tiverem prevalecido na causação do dano*, provocando o rompimento do nexos de causalidade, ou apenas concorrendo como *causa* na verificação do *dano injusto*.¹⁴⁵

Em outros termos, a apreciação das causas excludentes de responsabilidade simplesmente não pode ser afastada, porquanto, antes de constituírem matéria de defesa, remetem à própria aferição do vínculo de causalidade entre a conduta e o dano analisados. Em última instância, mesmo que o julgador resistisse a apoiar sua decisão sob uma das excludentes, teria de afastar a responsabilidade ante a impossibilidade de

¹⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

¹⁴⁴ A teoria do dano direto e imediato e a natureza das excludentes de responsabilidade foram abordadas, respectivamente, nos tópicos 3.1.3.3 e 3.1.3.4, ao qual se remete o leitor que deseje maior aprofundamento.

¹⁴⁵ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3 ed. amp. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.41.

reconhecer o ato indicado como causa para o dano.

A distinção entre as teorias do risco apenas subsistiria se à teoria do risco integral fosse conferida uma natureza jurídica de seguro *ex lege*, retirando-lhe da égide da responsabilidade civil. Em tal hipótese, o fundamento para a reparação residiria simplesmente no dano e na necessidade de repará-lo. O elemento do nexo de causalidade, neste caso, seria extremamente atenuado, se não abandonado.

Se fossem estes os contornos da teoria do risco integral, maiores seriam as razões para refutar a sua aplicação, pois, como aduz Sergio Cavalieri Filho, a opção conduziria a situações de abuso e de iniquidade, albergando sob o manto da responsabilidade estatal até casos em que o nexo causal fosse de extrema fragilidade, como a hipótese do dano causado pela própria vítima.¹⁴⁶

3.2.5 Atos comissivos x atos omissivos: a tese de Bandeira de Mello

Insubsistente a pretensa dissociação interna entre as teorias do risco, permanecia o empecilho. Afirmava-se ser dever do Poder Público recompor o patrimônio individual sempre que este venha a ser lesado em razão de atividade estatal, quer esteja presente a culpa ou não, seja a sua conduta consoante ou contrária aos preceitos jurídicos. A solução, em teoria, parece perfeita, porquanto assegure plenamente o indivíduo em face das intempéries, mas, na prática, demonstra-se inviável, o que se torna particularmente verdadeiro quando se atenta ao vulto dos deveres e obrigações constitucionalmente deferidos ao ente público.

Com efeito, não são poucas as situações em que foge ao senso de justiça transferir para a coletividade o ônus da reparação do patrimônio individual. Mais que isto. O Estado está longe de ser fonte de recursos financeiros suficientes para assumir tal encargo.¹⁴⁷

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.241.

¹⁴⁷ Sem embargo disto, alguns autores, não sem razão, sustentam que os rumos da responsabilidade civil, em uma sociedade complexa, devem tender para o caminho da coletivização dos riscos, por meio da criação de sistemas securitários em que aflore mais a idéia de solidariedade para com a vítima do que a de punição àquele que inflige o dano. Esta, por exemplo, já era a posição de Orlando Gomes (**Obrigações**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998) e Caio Mario da Silva Pereira (**Responsabilidade civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998). Recentemente, também Anderson Schreiber (**Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007), em leitura atual do tema, revelou-se seu adepto. As propostas são dignas de atenção e representam excelente alternativa para novas pautas ao instituto da responsabilidade civil, mas, enquanto não institucionalizadas, não se acredita lícito nem legítimo subverter os lindes e definições do sistema vigente a pretexto de salvaguardar interesses da vítima.

Novamente, no fito de contornar a situação e chegar a um meio-termo capaz de salvaguardar tanto os interesses individuais quanto os da coletividade, desponta tese que pretende reintroduzir na pauta de análise da responsabilidade estatal o elemento anímico da culpa. Trata-se, desta vez, de tese elucubrada por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁸, que conta com grande aceitação doutrinária. O autor dedica especial atenção ao problema dos danos que têm a sua causa atribuída a uma omissão do Estado. Embora acredite que, diante dos danos causados por comportamento ativo (conduta comissiva) do Estado existam fundamentos¹⁴⁹ suficientes para justificar a imputação da responsabilidade pela indenização independente de maiores divagações, em face de condutas omissivas do Estado entende inviável, por incoerência lógica, exigir do ente público a reparação de dano para o qual ele não tenha contribuído positivamente, salvo nas situações em que estivesse expressamente obrigado a impedi-lo. A solução proposta é a de que, nestes casos, aplique-se ao ente público a responsabilidade civil subjetiva, erigindo a prova do dolo ou da culpa como *prius* para a indenização, pois, em seu sentir,

solução diversa conduziria a absurdos. É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre argüir que o “serviço não funcionou”. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo da água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública.¹⁵⁰

A teoria, a despeito da argúcia e da conveniência prática, não parece encontrar fundamentos científicos capazes de sustê-la. Pragmaticamente, é até provável que atenuem o problema da super-responsabilização do Estado. Mas, isto, no mais das

¹⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.865-879.

¹⁴⁹ Segundo o autor, duas são as possibilidades que se põem diante da conduta comissiva do Estado: ou há frontal contradição à lei e, com isto, ofende-se o princípio da legalidade, ou, embora diante de uma situação aparentemente escorreita, ofende-se ao princípio da isonomia, mediante a imposição de um ônus mais intenso a um particular que a todos os demais. Entende que, em ambas as situações, há fundamento suficiente à imputação para a imputação de responsabilidade ao Estado, seja em virtude de ofensa ao princípio da legalidade, seja em face da falha na repartição dos encargos públicos. (*Ibidem*, p.869-873).

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 874.

vezes, não ocorrerá por critérios de coerência ou de justiça, mas tão somente porque é árdua a comprovação de culpa do Estado: como demonstrar que o bueiro estava entupido? Como provar que se alertou a polícia a tempo de evitar um assalto?

O fato é que não há justificativa científica ou jurídica que efetivamente corrobore a tese. Em primeiro porque, como argumenta Gustavo Tepedino, o fundamento para a responsabilidade civil do Estado, expresso no art. 37, §6º da Constituição Federal, afirma tão somente a responsabilidade de cunho objetivo, independente de dolo ou culpa, não fazendo qualquer distinção ou ressalva em face dos danos decorrentes de comportamento omissivo. A pretendida restrição, destarte, mesmo em uma análise sumária, afigura-se inconstitucional.¹⁵¹

Ademais, a aventada tese apega-se a uma concepção ultrapassada de interpretação das normas constitucionais, como que querendo informar a ineficácia das normas programáticas e dos valores em si consignados. Trata aos casos de omissão como se inexistisse, a princípio, um comprometimento do Estado com deveres como a segurança pública, saúde, educação, promoção da dignidade da pessoa humana, dentre outros. Somente por ter atuado com culpa ou dolo é que a obrigação Estatal seria imposta. Tal interpretação não condiz com a concepção hodierna do papel da Constituição, que preza por um Estado com papel social ativo e comprometido.

Assim, muito embora as lições de Celso Antonio Bandeira de Mello sejam de grande serventia, principalmente por possibilitar o despertar crítico em face dos principais pontos em que se afigura frágil a teoria do risco, na forma com que fora originalmente concebida, não parece solução conclusiva, quer porque não possua lastro técnico-científico, quer porque insuficiente diante de todos os empecilhos.

3.3 REPENSANDO A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Procurou-se traçar, até então, a evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado, destacando os motivos e as razões determinantes para sua feição em cada época. Também o momento atual foi destacado, no que se demonstrou que a teoria do risco, vislumbrada nos termos comumente aceitos pela doutrina e jurisprudência, apresenta-se insatisfatória, demasiado árdua em face do Estado. Sequer a tentativa de restringir a sua aplicação aos atos comissivos estatais merece acolhida.

¹⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.209-212.

Assim sendo, imperiosa se mostra a busca por novos parâmetros, em uma releitura do instituto, com a qual traçar um arcabouço teórico condizente com a conjuntura hodierna.

3.3.1 Fundamento da responsabilidade civil do Estado: o ato ilícito

Como já se deixou antever, os contornos comumente conferidos à teoria do risco apontam para a responsabilidade civil do Estado em face de quaisquer danos provocados por uma atividade ou conduta sua, independentemente do questionamento acerca da licitude e da legitimidade do comportamento. Faz-se lição comum a de afirmar que a responsabilidade do Estado, objetiva que é, perfaz-se com a configuração dos elementos do dano e do nexo causal, sendo despicienda qualquer referência à prática de ilícito.

Doutrina e jurisprudência, em posição praticamente uníssona, aceitam esta inferência e asseveram que, enquanto nos casos de dano decorrente de ato ilícito o fundamento da responsabilidade estatal recairia no princípio da legalidade, nas situações de conduta “lícita”¹⁵², o arrimo colocar-se-ia na equânime divisão dos ônus e encargos públicos¹⁵³.

Embora não se possa negar que, em parte, esta idéia esteja correta, ela peca por imprecisão. Efetivamente, tanto o princípio da legalidade quanto a equânime repartição dos ônus e encargos públicos, se não respeitados e, com isto, gerarem um dano, darão causa a um dever de reparação do Estado. Isto porque ambos consistem em imposições do ordenamento jurídico: o primeiro, responsável por definir que a Administração deve pautar sua atuação nos permissivos legais; o segundo, como decorrência do princípio da igualdade, consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição, significa a necessidade de se repartir, de forma justa, os ônus públicos por toda a coletividade, pois, “se a Sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colhe os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o benefício de todos.”¹⁵⁴

O que não se pode, todavia, é afirmar apenas e tão somente estes dois requisitos como pautas a partir das quais imputar ou não o dever de reparação ao Estado. Assim como a ofensa a eles legitimará a responsabilização pelos danos decorrentes, outros

¹⁵² Apõe-se as aspas por não se julgar, com base no conceito de ilicitude desenvolvido ao longo do trabalho, que estas situações possam ser vistas como lícitas.

¹⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.865-866.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.870

interesses juridicamente tutelados, como a dignidade da pessoa humana ou o direito de propriedade, por exemplo, quando lesionados, deverão ter suas conseqüências imputadas ao Estado. Nisto consiste a idéia de responsabilidade.

O efetivo fundamento da responsabilidade civil, seja ela do ente público ou de qualquer outro sujeito, esteja-se falando da espécie subjetiva ou da objetiva, não pode ser buscado em um determinado bem jurídico, tampouco em um rol taxativo. A responsabilidade civil é instituto destinado a recompor danos associados com a lesão de qualquer bem jurídico, surge, sempre e invariavelmente, como conseqüência da ofensa de um dever originário e, tem, por isto, na prática do ato ilícito, enquanto conceito abstrato, o seu efetivo fundamento.¹⁵⁵

3.3.2 O ilícito e a responsabilidade civil do Estado

A grande maioria das dificuldades com que se depara a doutrina ao tentar delimitar os limites da responsabilidade civil do Estado decorre da dificuldade de incorporar à respectiva equação a idéia de ilicitude. Porém, a ilicitude representa filtro de reparação essencial. A responsabilidade pressupõe a prática de ato ilícito. Sem ilícito, não há responsabilidade.

O grande empecilho à aceitação do ato ilícito como fundamento da responsabilidade, e, sobretudo, como fundamento da responsabilidade estatal, sujeita ao regime da teoria objetiva, é a equivocada associação do conceito de ilicitude à idéia de culpabilidade, resquício da teoria clássica, que, preocupada apenas em justificar a responsabilidade civil subjetiva inseria na noção de ato ilícito o adjetivo anímico do agente.¹⁵⁶

Atualmente, a ilicitude, mormente em face de situações em que vige a responsabilidade objetiva, deve passar a ser constatada da forma mais ampla, firmando-se a partir da pura e simples constatação de não ter sido a conduta congruente com o ordenamento jurídico, independentemente de qualquer questionamento de cunho subjetivo. Com isto, poder-se-á dizer serem ilícitos não apenas os atos ilegais (no sentido mais restrito da palavra), mas também aqueles ofensivos aos valores, pautas e princípios constitucionais e ao ordenamento jurídico como um todo.

A responsabilidade objetiva do Estado, ao contrário do que

¹⁵⁵ Maior delineamento da idéia foi empreendido no tópico 3.1.1, ao qual se remete o leitor que deseje aprofundamento.

¹⁵⁶ Para aprofundamento da idéia, vide o tópico 3.1.1.

afirma a clássica teoria do risco, não se consubstancia apenas com a constatação do dano e do nexo causal; também essencial que a conduta, com a qual se pretende estabelecer o liame de causalidade, possa ser qualificada como contrária ao Direito ou, em outros termos, ilícita.

Esta é a única forma de superar sem necessidade de retoques uma primeira dificuldade, consistente em firmar um critério dogmático para distinguir entre os danos que poderão dar azo à responsabilidade civil do Estado e os que não lograrão a mesma sorte.

Sendo completamente lícito o comportamento estatal não há que se falar em responsabilidade. Fosse assim, o Estado não poderia, por exemplo, aplicar alíquotas diversas de impostos, ainda que respeitassem a capacidade contributiva; inviabilizar-se-ia, também, qualquer política pública afirmativa, pois em todos estes casos alguém suporta um ônus maior, pelo que poderia aduzir ter sofrido um prejuízo conexo a uma conduta do Estado.

Estes encargos, porém, afiguram-se totalmente legítimos, coerentes com os preceitos constitucionais, uma vez que propendem à redução das desigualdades regionais e sociais; e é justamente pelo fato de ser lícita a conduta do Estado que não se impõe a responsabilidade civil.

De outro lado, sempre que o Estado afrontar a ordem jurídica, causando dano a alguém, deverá ser responsabilizado pela reparação, independentemente de culpa ou dolo do agente público. Ofendida a dignidade da pessoa humana, com maus tratos em uma prisão, a vítima fará jus ao ressarcimento dos danos morais sofridos; desrespeitado o direito de propriedade, mediante a abrupta criminalização de determinada atividade comercial, os empresários prejudicados farão jus a indenização.

A primeira análise da responsabilidade civil do Estado, portanto, deverá ser feita no plano da ilicitude, pois, peremptoriamente, somente os danos originados de uma conduta estatal ilícita é que darão azo à responsabilização civil do Poder Público. Por óbvio, a constatação da ofensa nem sempre – na verdade, quase nunca – será simples, na maioria das vezes dependerá do recurso a técnicas de ponderação, proporcionalidade e equidade.

Decisivo, porém, é afirmar que só há responsabilidade civil do Estado em face de ato ilícito. Diante de casos em que o ato estatal se demonstre coerente e legítimo em face da ordem jurídica – lícito, portanto –, não é possível vislumbrar responsabilidade, senão utilizando o termo em um sentido amplo e não técnico. Pode até ser que, de uma específica situação lícita, decorra o dever de recomposição patrimonial. Esta,

porém, jamais poderá ser identificada como derivada da responsabilidade civil, porque não há ofensa a um direito originário.

Isto fica bem evidente na hipótese da desapropriação, em que se concede à Administração a prerrogativa de, em caso de interesse público, retirar o direito de propriedade do indivíduo, desde que, em contrapartida, indenize-lhe justa e previamente. Esta indenização está inserida como condição para o exercício lícito da prerrogativa pública e nada tem que ver com responsabilidade civil.¹⁵⁷ Em tal caso, apenas poderia se aventar de efetiva responsabilização estatal se a desapropriação fosse empreendida sem a devida indenização ou se ausente o interesse público. Nestes casos, diante da violação de um dever originário, surgiria obrigação secundária, que, imputando ao ente público a indenização negada e os desdobramentos de sua mora, poderia, sim, ser identificada como responsabilidade civil.

3.3.3 Limites à responsabilidade civil do Estado: entre o mínimo existencial e a escassez de recursos

Definiu-se uma diretriz, consistente em asseverar que somente se poderá falar em responsabilidade civil do Estado quando diante do descumprimento de um dever originário, ou, em outros termos, em face de um ato ilícito. Esta primeira inferência, como se viu, serve para explicar, técnica e cientificamente, por que diante de determinadas condutas estatais, das quais se poderia, em tese, extrair um dano causado ao particular, não se demonstra viável a imputação do dever de reparação ao Estado.

Mas, não se restringe a esta a virtude de tal entendimento. Em outra perspectiva, consegue-se responder também à questão dos limites da responsabilidade estatal. O Estado somente poderá ser responsabilizado quando causar um dano ao faltar com um dever que lhe fora imposto. Não existindo ilicitude no seu atuar, não há que se falar em sua responsabilidade civil.

Assim, o problema dos limites da responsabilidade do Estado passa a ser o problema de definir quais, efetivamente, são os deveres do Estado.

¹⁵⁷ Neste sentido, o escólio de Fabiano Mendonça: “Para o Estado exercer o seu direito de modo a lesionar patrimônio jurídico de particular, malferindo-lhe interesse, é preciso efetuar indenização. Então, a tradicionalmente denominada responsabilidade do Estado por atos lícitos é, em verdade, exercício condicionado de direito. Nesse caso, diz-se: ‘se ocorrer a reparação do dano, fica autorizado o Estado a praticar o ato’. Esse é o dado formal. Em termos de conteúdo, o que determina a hipótese de ocorrência da reparação é o próprio princípio da igualdade, na forma da igualdade perante os encargos públicos.” (**Limites da responsabilidade do Estado**: teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado, na Constituição Federal Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p.149).

Ocorre que também esta resposta é tormentosa, mormente em presença de uma Constituição como a brasileira, comprometida com a efetivação de uma ordem social, e que, conseqüentemente, impõe ao Estado amplos deveres, como a garantia da saúde e da educação; a distribuição de riquezas; a defesa da dignidade humana; dentre tantos outros. Nesta realidade, poder-se-ia, em última instância, afirmar o Poder Público como responsável pelo bem estar pleno de todos os indivíduos.

Qualquer indivíduo poderia aduzir ter sido assaltado porque o Estado não cumpriu com o dever de segurança pública, ou que não recebe um salário maior porque o Estado não forneceu suficientes vagas para o curso de educação superior com o qual pretendia se qualificar. As possibilidades são incontáveis, e, vislumbrada a violação de um dever originário, configurada estaria a responsabilidade civil estatal pelos danos decorrentes.

Porém, tal entendimento não somente se afiguraria de extrema rigidez e injustiça com o Estado; seria mesmo inviável. O Estado não é um ente abstrato, divino, onipotente e onipresente, detentor de fonte inesgotável de recursos. Muito pelo contrário, trata-se da coletividade, da associação de todos os cidadãos em busca de ideais comuns; seus recursos são finitos e provêm, em sua absoluta maioria, do custeio da própria população, mediante a paga de tributos.

Sobreleva em importância a discussão sobre a efetividade das normas constitucionais; sobre a eficácia dos princípios e dos direitos fundamentais. Há de se perquirir acerca dos contornos a serem conferidos a um preceito como, por exemplo, o insculpido no art. 196 da Carta Constitucional, que afirma a saúde como direitos de todos e dever do Estado. Ninguém duvida do comprometimento do Poder Público com a adoção de políticas que promovam tais ideais. A questão é saber se tais preceitos poderão ser invocados diretamente por particulares, deduzindo deles um direito subjetivo, consistente, por exemplo, no custeio estatal de um tratamento de alta expensa.

E, a busca de uma justa medida de compreensão do tema é das mais tormentosas. Diversos são os doutrinadores, nacionais e estrangeiros, que se debruçam sobre o tema, sem ainda ter-se chegado a um entendimento mais ou menos unitário. O que se tentará, neste tópico, consiste na simples tentativa de ofertar um contorno geral da situação, trazendo à discussão questões que não podem ser descuradas quando da análise genérica da responsabilidade civil do Estado.

Retornando ao foco de estudos, pode-se dizer que o grande problema se põe na simples constatação de que se contrapõem os direitos fundamentais, enunciados por meio de princípios constitucionais tendentes à realização da dignidade da

pessoa humana, e os limites concretos e pragmáticos: a reserva do possível e a escassez de recursos.

Não se pode, de um lado, imputar ao Estado a plena vinculação com ideais utópicos e inalcançáveis. A análise que pretendesse afirmar a falta de óbices oponíveis à efetivação destes deveres, porque expressos na Constituição da República como direito de todos e dever do Estado, conquanto fosse a solução mais bela, demonstrar-se-ia diagnóstico imperfeito, insuficiente e inviável.

Mas também, não se pode ir ao outro extremo, afirmando que os preceitos constitucionais abertos são meras normas programáticas despidas de qualquer vinculação direta¹⁵⁸. A própria constituição, em seu art. 5º, § 1º, afirma que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e qualquer entendimento que restrinja as possibilidades do texto revela postura totalmente descompromissada com a concretização de uma ordem social, que ao mesmo tempo em que é consagrada pela Constituição, lhe serve de elemento legitimador.

Grande parte da doutrina tenta resolver a questão apregoando a existência de um mínimo existencial¹⁵⁹, necessário para preservar a dignidade humana. Consistiria, pois, em procurar o que realmente fosse essencial, e, em relação a este substrato, afirmar a plena obrigação do Estado. Vale dizer, o Poder Público estaria compelido a cumprir tais prestações, sob pena de, não o fazendo, adotar comportamento ilícito, devendo responder pelos danos daí decorrentes.

Mas, e aqui reside a dificuldade da tese, em que, exatamente, consistiria este propalado mínimo existencial? Qual o nível de educação e saúde mínimos à manutenção da dignidade humana? Acaso seria um padrão imponente tanto em países centrais quanto em países periféricos? Pode-se exigir com igual rigor o sistema público de educação europeu e o brasileiro? Todas estas perguntas restam não respondidas com o simples critério do mínimo existencial.

Logo, conquanto oriente para uma primeira linha de questionamento, a solução ainda se demonstra demasiado supérflua para firmar um entendimento. Basta dizer que permanece aberta margem para afirmar que não existem limites oponíveis aos deveres estatais, necessitando-se, para tanto, apenas identificar o anunciado

¹⁵⁸ O tema da eficácia das normas constitucionais foi desenvolvido, com maior profundidade, no tópico 2.2, ao qual se remete o leitor.

¹⁵⁹ Bem aborda o tema Ricardo Lobo Torres (A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

mínimo existencial na garantia máxima da saúde, da educação, da dignidade humana.

Outros fatores, portanto, têm de ser agregados à análise, que, advirta-se dependerá sempre de raciocínio de ponderação, no qual, invariavelmente, sobrelevará em importância, a escassez de recursos. As obrigações cabentes ao Estado, mormente aquelas derivadas de preceitos constitucionais abstratos e ideais, deverão estar diretamente correlacionadas às capacidades materiais disponíveis para suprir a demanda. Não se trata, todavia, de admitir que, sob o argumento de simples falta de caixa, o ente público possa se eximir do dever de plena consagração dos direitos constitucionais, pois, como bem indica Dirley da Cunha Júnior, “imaginar que a realização desses direitos depende de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir a sua eficácia a *zero*, o que representaria uma violenta frustração da vontade constitucional.”¹⁶⁰

O raciocínio subentendido na idéia da reserva do possível não pode ser tão simples, até porque “sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida, etc.)”¹⁶¹. O que se deve ter em pauta é a impossibilidade de se exigir do Estado – ou de qualquer outro sujeito – o impossível e o inalcançável. Uma tal postura, antes de resolver, estaria fechando os olhos para o problema, disfarçando-o para enganar a todos com falsas expectativas.

Realmente, a escassez de recursos deve ser entendida como argumento juridicamente válido apenas quando se apresente como fato ou situação incontornável. A sua apreciação, todavia, é árdua, deve ser realizada a partir do recurso a uma ponderação de valores e princípios em que se tome todo o contexto em uma perspectiva macroeconômica. Trata-se, a bem da verdade, de lógica com a qual o Poder Judiciário está pouco acostumado. Há uma tendência, forte nos julgadores, em desconsiderar a argumentação da escassez de recursos, seja por considerá-la imoral, seja por presumir a existência de expedientes orçamentários, e, com isto, julgar o caso concreto, como se restrito aos confinantes da lide. Em tal perspectiva, a falta de meios para realizar a pretensão jamais parecerá como dado relevante¹⁶², já que, seguramente, o Estado disporá de cem, duzentos ou

¹⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p.94.

¹⁶¹ *Ibidem*, loc.cit.

¹⁶² AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.146-147.

até trezentos mil reais para tratar de qualquer paciente; terá também a capacidade para arcar com os custos do curso superior de qualquer indivíduo, ainda que na melhor e mais cara universidade brasileira. Estes valores, assim considerados, são insignificantes em face dos direitos à saúde, vida, educação e dignidade.

Porém, considerado o problema nestes termos, olvida-se que ao se reconhecer o direito de um cidadão a determinado serviço ou prestação pública, todos os demais indivíduos em situação análoga estarão, indiretamente, tendo reconhecido o direito à mesma prestação. Estar-se-á afirmando, pois, a prestação deferida como um direito subjetivo público. Contudo, e aí surge o entrave, se é certo que o Estado dispõe de cem mil reais para solver qualquer caso individualizado, tamanha não será a certeza quando duzentos, mil ou cem mil indivíduos quiserem o mesmo benefício. Como conciliar estes aspectos? Com o clássico – e superado – brocardo latino *dormientibus non succurrit jus* (o direito não socorre aos que dormem)? Não pode ser esta a opção, sob pena de se estar reconhecendo a alguns indivíduos mais direitos do que outros, como se fossem mais ou melhores cidadãos, em clara ofensa ao princípio da igualdade material.

Mas, não é só. Há, ainda, outra dificuldade. Esquece-se, ao fechar o campo de visão ao microcosmo da lide individualizada, que, ante a exigüidade dos recursos, ao ser determinado que o Estado arque, por exemplo, com um tratamento altamente custoso, necessariamente, outras áreas serão desprivilegiadas. Os cem mil reais tirados do cofre público terão de vir de algum lugar, e poderão, por exemplo, impossibilitar uma campanha de vacinação ou mesmo o fornecimento de remédios básicos, como contraceptivos e bandagens, dos quais necessitam a grande população brasileira. Resta patente, portanto, que em vista da coletividade a pior escolha é a que privilegia um e esquece todos os demais. O que pareceria justo, em uma perspectiva particularizada, restrita à lide, torna-se crassa injustiça quando se abre o campo de visão à sociedade como um todo.

A tudo isto, adicione-se mais um fator: as decisões acerca da alocação dos recursos disponíveis são políticas; dependem de parâmetros técnicos e de fatores como o custo, a necessidade, o benefício a ser obtido, a eficiência. Cabem, por definição, aos Poderes Executivo e Legislativo, não só porque legitimados pelo sufrágio popular, mas, sobretudo, porque é esta a sua função constitucional. A população, ao eleger os vereadores, deputados, senadores, prefeitos, governadores e presidente, escolhe também as opções políticas propaladas pelos candidatos como prioritárias.

Os membros do Judiciário, de seu turno, têm acesso ao cargo por meio de concurso público, e as suas convicções políticas não podem ser impostas à

coletividade. Um magistrado não tem legitimidade, a princípio, para decidir que o investimento disponível seja aplicado na saúde pública, e não na educação da população; não deve impor a construção de um hospital em detrimento de uma escola.

Isto não significa que o Judiciário não possa exercer o controle das políticas públicas adotadas. Muito pelo contrário, a prerrogativa precípua do Poder Judiciário é a de defender o ordenamento jurídico, e deverá fazê-lo ainda que o ofensor seja o próprio Estado, por meio de órgão de qualquer dos Poderes. A questão, insista-se, passa a ser de meios e critérios.

O controle das políticas públicas pelo magistrado é possível, desde que empreendido a partir de lógica argumentativa, na qual se tenha em foco a análise das premissas e justificativas adotadas pelos Poderes Legislativo e Executivo para as suas escolhas¹⁶³. O magistrado, sempre que instado a tanto, terá legitimidade para verificar se a escolha pública adequou-se aos preceitos jurídicos, e, ao ponderar as razões que levaram à escolha desta ou daquela opção política, aferir a respectiva validade à luz da ordem jurídico-constitucional.

Dito de outro modo, é possível o controle das opções políticas pelo Judiciário, desde que exercido *a posteriori*, isto é, verificando se, no caso concreto, o Poder Público, em vista dos recursos disponíveis e da ordem de valores constitucionais, atuou da forma como deveria. A decisão deverá se apegar nos critérios mais técnicos possíveis, realizando verdadeira análise pericial.

Assim, se, *a priori*, o magistrado não possui legitimidade para ordenar a construção do hospital em detrimento da escola, pode ser que, em determinada comunidade, detentora de excelente sistema de ensino público, mas desguarnecida de qualquer infra-estrutura de saúde, a situação se modifique, e tal decisão judicial passe a se afigurar legítima.

De todo modo, não se pode descurar da existência de determinados espaços de ação para as esferas políticas, dentre dos quais o julgador simplesmente não pode ingerir¹⁶⁴. Isto significa que somente quando houver efetiva lesão a algum princípio ou valor constitucional o Judiciário está legitimado a atuar, ao contrário, quando houver mera discordância em relação a meios igualmente aptos a chegar a um

¹⁶³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. aum. São Paulo: Malheiros, 2004, p.125-127.

¹⁶⁴ É o que admite, por exemplo, Robert Alexy (Da estrutura dos direitos fundamentais à proteção. Traduzido por Artur Ferrari. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, n.2, p.317-336, 2008), cujo pensamento foi sintetizado no tópico 2.2.

determinado fim, o espaço será essencialmente político e não deverá ser invadido, sob pena de subversão da ordem democrática.

Por fim, há um contra-argumento, digno de ser posto em desfavor da consideração da escassez de recursos em juízo, posto no sentido de que a falta de recursos não traz em si um argumento jurídico: o fato de um sujeito não possuir meios com os quais pagar, não significa que não seja devedor. Seria, nesta perspectiva, possível afirmar a tese como simples subterfúgio para negar a eficácia das normas constitucionais.

Não é tão simples a questão. Em um sistema capitalista, decerto, a falta de recursos, em última análise, significará insuficiência econômica, pois tudo pode ser valorado pecuniariamente – e o melhor exemplo para isto são os danos morais, em que a ofensa íntima é medida em dinheiro –. Mas, como expõe, de forma irrepreensível, Wálber Araujo Carneiro, a questão possui, sim, contornos jurídicos. Asseverando que a escassez de recursos contém em si um fato incontornável, impossível de ser satisfeito, lembra que o Direito dispensa tratamento dogmático para tais situações. No Direito Civil, por exemplo, encontram-se as causas excludentes de nexo causal, que significam, em síntese, não poder ser imputada a alguém a responsabilidade por um evento danoso em situações que não teria como impedi-lo, ao que arremata:

Desse modo, a impossibilidade de cumprir determinado programa ou de conferir determinada prestação, não constituirá, necessariamente, um ilícito praticado pelo Estado. A escassez de recursos, como um fato inexorável, servirá, desde que caracterizada, como uma excludente para a efetivação da medida, o que não desnatura a existência de um direito subjetivo e do correlato dever do Estado.¹⁶⁵

Nestes termos, mantém-se a integridade do sistema jurídico, conferindo ao Estado o dever de estar sempre buscando a consecução de um estado ideal de coisas expresso nos preceitos constitucionais, mas limita-se a sua responsabilidade ao que for, na prática e em termos concretos, possível de ser suprido. Este é o contorno que pode ser dado aos princípios constitucionais, por natureza utópicos.

Portanto, a responsabilidade civil do Estado, mormente em face de danos supostamente atrelados a um ato omissivo, tem de levar em consideração a questão da escassez de recursos para perquirir se, efetivamente, houve ou não ofensa ao ordenamento jurídico imputável ao Poder Público¹⁶⁶. De outro modo, será demasiada a amplitude conferida

¹⁶⁵ CARNEIRO, Wálber Araujo. Escassez, eficácia e direito sociais: em busca de novos paradigmas. **Revista do programa de pós-graduação em direito da UFBA**, Salvador, n.11, p.371-388, jan./dez. 2004, p.383).

¹⁶⁶ Como adverte Flávio Galdino: “O Direito pode ser o caminho para conjugar soluções moralmente justificadas

ao instituto, tornando o Estado um segurador universal, responsável por praticamente todos os danos.

e economicamente eficientes. O paradigma da eficiência, iluminado pela Ética, impõe-se então como meio de constituir e informar as escolhas públicas refletidas, responsáveis, moralmente justificadas e coerentes dos cidadãos, maximizando as virtudes do processo democrático. Para isso, sustenta-se uma teoria pragmática do Direito e dos direitos, que promova a adequada análise de custo-benefício das medidas jurídicas, sempre que possível, antes de adotá-las. Levar os direitos a sério é – também e dentre outras coisas – incluir pragmaticamente no rol das trágicas escolhas que são feitas todos os dias pelas pessoas, os custos dos direitos, pois, como já se disse... **direitos não nascem em árvores.**” (destaques no original) (**Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.346-347).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS

Embora o reconhecimento da responsabilidade civil estatal seja, hoje, um reclame básico do formato político-jurídico do Estado de Direito, não são poucas as dificuldades que circundam o tema. A necessidade de incursões em teorias, estruturas e conceitos já clássicos faz com que o trabalho de (re-)sistematizar o instituto seja lento e gradual, ainda distante de uma suficiente delimitação, conforme evidenciam pontos particularmente essenciais, como os que dizem respeito à extensão e limite do dever de reparação do Estado face aos danos por si causados aos particulares.

Antepostas especificamente à atividade legiferante estatal, as suscitadas imprecisões tornam-se ainda mais intensas. Se, diante dos atos administrativos e judicantes, já se firmou pelo menos consenso doutrinário e jurisprudencial mais ou menos unânime em torno da necessidade de responsabilização do Estado, quando o que está em pauta são danos pretensamente causados por uma lei, a tônica muda de figura e, não raro, afluem posicionamentos que refutam peremptoriamente a imputação do dever de indenizar.

As causas de tamanha aversão são históricas, demonstram, antes de qualquer outra coisa, apego a fórmulas há muito superadas. Justificativas que variam desde a impossibilidade de identificar culpa no complexo processo parlamentar de produção legal até uma pretensa onipotência do legislador, têm, ao longo do tempo, se feito presentes no inconsciente coletivo do mundo jurídico e, embora despidas de fundamentos palpáveis, reiteradas, servem para fazer do tema uma espécie de tabu. Assim, “menos pela controvérsia e mais pelo tardio e ainda incipiente tratamento da matéria”¹⁶⁷, tem-se sistematização praticamente nula acerca da responsabilidade do Estado por danos derivados da atividade legislativa.

A tarefa do presente capítulo não é outra, senão identificar os principais contrapontos apostos ao dever de reparação estatal em face das leis, analisá-los em tom crítico, para, após apontar as fragilidades e insubsistências, partir em busca de uma sistematização geral do tema.

¹⁶⁷ ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.153.

4.1 ÓBICES À RESPONSABILIDADE DO ESTADO LEGISLADOR

O tema da responsabilidade civil estatal desenvolveu-se, por primeiro, tomando como por base a atividade administrativa do ente público. O porquê de tal fato reside em um fator prático-pragmático: o momento em que o Estado se faz governo é essencialmente de concreção, de efetiva realização. Diante da administração da *res publica* é que se dá, com maior ênfase e destaque, a atuação concreta do ente público. Ao se fazer Administração, o Estado não só toma as providências para que a lei possa valer, mas também fiscaliza e exige-lhe o cumprimento. As interferências que provoca, com isto, na esfera dos particulares são demasiado nítidas. O sujeito que se faz vítima da abordagem abusiva de um agente de trânsito ou de um policial, o empresário que tem mercadorias equivocadamente apreendidas no suposto de falha no recolhimento dos tributos, o empregador indevidamente autuado por irregularidades nos contratos de seus trabalhadores, todos eles – e muitos outros – têm em frente de si um dano injustamente causado pelo Estado no exercício de sua função executiva.

O Estado Executivo sempre foi, diante das inúmeras possibilidades de ingerência na vida individual, um dos maiores temores dos particulares e, sobretudo quando da vigência da feição clássica-liberal do ente público, identificava-se como principal opositor da sociedade civil. No contexto de um Estado mínimo, não interventor, os riscos oferecidos pelas leis – restritas à regulamentação de poucos âmbitos – e pelos tribunais – identificados como órgãos adstritos aos termos daquelas leis de pouca amplitude – eram bem diminutos se comparados com os que se inseriam na atuação estatal concreta, sempre aberta a abusos e desmandos, mormente porque os resquícios do absolutismo ainda eram sensíveis.

Diante disso, compreensível que a pauta para desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil do Estado tenha sido, ao longo da história, tomada em face dos atos administrativos. Os reclames de segurança dos cidadãos se dirigiam específica e especialmente contra tais condutas, às quais sempre se enxergou como revestidas de efetivo e concreto potencial lesivo. Não por outra razão, a evolução da responsabilidade civil estatal, no seu processo de trânsito entre a plena irresponsabilidade e a aceitação da teoria do risco, teve sempre por referência a esfera administrativa do Estado. O processo foi longo, atravessou fases em que o dano era imputado pessoalmente ao agente público ou em que a responsabilidade dependia da constatação de culpa, mas, o fato é que caminhou para o efetivo reconhecimento da responsabilidade do Poder Público pelas lesões por si ocasionadas.

A transposição da idéia de responsabilização estatal pelos atos jurisdicionais não encontrou grandes óbices. Embora, em face da natureza da atividade judicante, porque interpretativa e volátil, firme-se grande relutância em se aceitar a objetivação da responsabilidade¹⁶⁸, admite-se a possibilidade de se imputar o dever de reparação ao Estado. Isto porque, à semelhança do que ocorre com os atos administrativos, neste âmbito é quase sempre possível a particularização do dano, geralmente restrito aos sujeitos envolvidos na lide.

O fato é que em relação aos atos administrativos e jurisdicionais, doutrina e jurisprudência firmaram posicionamento em prol da responsabilidade civil do Estado. Conquanto persistam dificuldades tópicas, considera-se a imputação do dever de reparar o dano causado pelo ente público um corolário do Estado de Direito.

Já em face da atividade legislativa, os avanços foram praticamente nulos. Não apenas um, mas diversos óbices foram aventados para justificar posição refratária à admissão da responsabilidade civil do Estado Legislador, como, aliás, se percebe do escólio de Hely Lopes Meirelles, que, de um só turno, sumariza os principais argumentos envolvidos:

O ato legislativo típico que é a lei, dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque, como norma abstrata e geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da soberania do Estado, que, internamente, se expressa no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional. Como a reparação civil do Poder Público visa restabelecer o equilíbrio rompido com o dano causado individualmente a um ou alguns membros da comunidade, não há falar em indenização da coletividade. Só excepcionalmente poderá uma lei inconstitucional atingir o particular *uti singuli*, causando-lhe um dano injusto e reparável. Se tal ocorrer, necessária se torna a demonstração cabal da culpa do Estado, através da atuação de seus agentes políticos, mas isto se nos afigura indemonstrável, no regime democrático em que o próprio povo escolhe os seus representantes para o Legislativo. Onde, portanto, o fundamento para a responsabilização da Fazenda Pública, se é a própria coletividade que investe os elaboradores da lei na função legislativa, e nenhuma ação disciplinar têm os demais Poderes sobre agente políticos? Não encontramos, assim, fundamento jurídico para a responsabilização civil da Fazenda Pública, por danos

¹⁶⁸ Neste sentido, o posicionamento corrente do Supremo Tribunal Federal, firmado no sentido de negar a aplicação da responsabilidade objetiva e exigir a demonstração de que o órgão julgador tenha laborado com culpa ou dolo. Expressa o entendimento o julgamento, pela 1ª Turma, do Recurso Extraordinário de número 219117 / PR, relatado pelo Min. Ilmar Galvão, assim ementado: “RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO DO PODER JUDICIÁRIO. O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na Jurisprudência do STF. Recurso conhecido e provido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 219117 / PR. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 03 ago. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2005).

eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional.¹⁶⁹

Apenas em momento recente é que se percebe a emergência de movimento, sobretudo doutrinário, em prol da imputação do dever de reparar os danos causados pela atividade legiferante do Estado¹⁷⁰. Diante disto, para contextualizar o problema, tem-se de, em um primeiro plano, identificar e analisar criticamente os principais argumentos postos em favor da irresponsabilidade legiferante do Estado, para depurar o que têm de relevante e o que é imprestável.

4.1.1 Identificação entre lei e soberania

Como informa Maria Emília Mendes Alcântara, o mais antigo e comum argumento em favor da plena irresponsabilidade do Estado pela edição de leis põe-se no sentido de identificar a atividade legiferante como a maior expressão da soberania estatal¹⁷¹.

A tese firma-se em duplo equívoco. O primeiro deles reside no suposto, típico dos primeiros tempos do Estado, de que a soberania representa poder supremo, absoluto, ilimitado e incontestável. O argumento servia para legitimar a centralização política, levada a cabo pelo tanto pelo Estado Absolutista, quanto pelo primeiro formato do Estado Liberal. No fito de afastar qualquer oposição, afastava-se completa e peremptoriamente qualquer possibilidade de responsabilização do ente público, fosse em virtude da crença na infalibilidade dos governantes (*the king can do no wrong*), fosse em atenção ao mito da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a determinar que os particulares se resignassem com os sacrifícios eventualmente impostos em prol da coletividade. Não haveria alternativa ao terceiro prejudicado, senão o contentar-se com a própria sorte.

A consagração do Estado de Direito, principalmente após terem sido incorporados os ideais democráticos, pôs por terra o argumento. Afirmado o constitucionalismo, a ordem fundante passa a não somente demarcar os limites para o exercício da soberania, mas a também resguardar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. A responsabilização do Estado pelos danos indevidamente causados aos

¹⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.561.

¹⁷⁰ Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho: “a aceitação de uma responsabilidade por facto das leis constitui um triunfo recente da doutrina”. (**O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974, p.144).

¹⁷¹ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.55.

particulares é mero consectário desta ordem.

A despeito destas transformações, de certo modo incorporadas em face dos atos estatais administrativos e judicantes, em face da atividade legislativa, tentou-se fazer perdurar a irresponsabilidade, sob a alegação de que seria esta a genuína tradução do poder soberano. Este, por exemplo, o entendimento sustentado por Laferrière, ao deduzir que “*La loi est, en effet, un acte de souveraineté et le propre de la souveraineté est de s’imposer a tous sans qu’on puisse réclamer d’elle aucune compensation.*”¹⁷²

Em suma, o segundo equívoco do argumento consiste em, embora revisitado o conceito de soberania, pretender manter intactos os seus contornos clássicos ao menos em face da atividade legiferante, sob a justificativa desta se identificar com o momento soberano por excelência. Esta percepção está apegada a um nítido superdimensionamento do papel da lei, concebida como produto de um legislador racional, que, justo e coerente, seria capaz de apreender o fiel sentimento popular e transferi-lo para um ordenamento positivo perfeito.

Tal posicionamento urge ser superado. Hoje, não só se abandonou a crença em um legislador racional, como a própria idéia republicana de representatividade política, antes indissociável do referencial democrático¹⁷³, é posta em xeque diante da freqüente falta de convergência dos interesses efetivamente defendidos pelos agentes políticos com os dos representados que os elegeram¹⁷⁴. Como bem indica Miguel S. Marienhoff:

Actualmente impera la convicción de que soberanía – una de cuyas expresiones típicas sería la actividad legislativa – en modo alguno implica

¹⁷² APUD CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974, p.146.

¹⁷³ Como salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a identificação entre os Parlamentos e a democracia tem raízes históricas que são patentes a qualquer estudioso. Por um lado, é ao Parlamento inglês que se deve boa parte da evolução conducente ao estabelecimento da democracia. Desde o período medievo se pôs ele na primeira linha de defesa da autonomia individual, como foi um dos principais instrumentos históricos da paulatina participação dos governados no governo. Por outro lado, na Revolução Francesa e nos movimentos liberais do século XVIII era sempre no Parlamento, nas câmaras, que se estabelecia o foco principal do repúdio ao absolutismo e do intento de modificação das instituições, no sentido do estabelecimento de um poder mais popular. Em realidade, nas monarquias constitucionais, os Parlamentos encarnavam a representação do povo, oposta ao monarca ainda fiado no direito divino dos reis.” (**Do processo legislativo**. 5 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.273).

¹⁷⁴ Neste sentido, as precisas advertências de Rui Medeiros: “Com o desenvolvimento do Estado social, multiplicam-se as intervenções do Estado nos mais diversos domínios. a lei deixou de corresponder à vontade geral para afirmar a vontade da força política legislativa dominante. As assembléias representativas, dominadas como são por forças politicamente partidárias, não só deixaram de ser encaradas como a sede da vontade geral, como ainda repartem o poder legislativo com os governos e regiões dotadas de autonomia política.” (**Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992, p.10). A crise de legitimidade do parlamento é abordado com maior ênfase no tópico 2.4, ao qual se remete o leitor.

“infalibilidad”. Prueba de ello lo constituyen las numerosas leyes que son declaradas nulas por ser inconstitucionales – es decir erróneas – ya que aparecen vulnerando algún valor o derecho esencial protegido o apartado por la Constitución. Y si soberanía no implica ‘infalibilidad’, menos aún trasunta “impunidad”: de ahí la posible responsabilidad estatal por sus actos legislativos irregulares.”¹⁷⁵

Sintetizando, o argumento de que o poder soberano se reveste a atividade legislativa estatal impede o reconhecimento da responsabilidade por danos eventualmente causados tem de ser refutado porque nem a soberania pode mais ser concebida como poder irrefreável e absoluto, nem há motivo ou razão que justifique tratamento diferenciado ao Poder Legislativo¹⁷⁶.

A soberania é atributo do Estado como um todo, é poder uno e indivisível. Não há conceitos diversos de soberania aplicáveis a cada uma das funções estatais, tanto os atos administrativos, quanto os judicantes ou os legiferantes encontram uma mesma base de sustentação e um mesmo parâmetro de legitimidade, e, em face de qualquer deles, a ordem constitucional, qualificada pela substancial dimensão dos direitos humanos, servirá de pauta e limite¹⁷⁷, o que, aliás, em países como o Brasil, que adotam o modelo rígido de Constituição, resulta mais do que evidente, na medida em que a existência de cláusulas pétreas, imodificáveis, e da estipulação de *quorum* e solenidade específicos para eventual alteração dos demais dispositivos não deixam dúvidas acerca de sua prevalência hierárquica face às demais fontes jurídicas.

4.1.2 Lei como instrumento de inovação do direito positivo

Argumento que, de certo modo, encontra-se conexo com o precedente é o que aduz a inviabilidade de se imputar ao Poder Legislativo a responsabilidade pelos danos por si causados sob a alegação de que a lei seria instrumento precípua de inovação da ordem jurídica.

Os seguidores desta tese aduzem não ser possível reconhecer a

¹⁷⁵ MARIENHOFF, Miguel S. *Responsabilidad de Estado por su actividad legislativa*. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v.67, n.16, p.5-15, out./dez., 1983, p.7.

¹⁷⁶ É o que também informa, também, Maria Helena D’Arbo Alves de Freitas, ao advertir que “o conceito de soberania, conforme já analisado, não tem atualmente o alcance que lhe era atribuído no passado, submetendo-se a limites jurídicos, tanto na ordem interna como na externa. Além disto, deve-se considerar também que a soberania não é atributo exclusivo do Poder Legislativo, mas sim do Estado, exercendo aquele, somente uma das funções estatais, sujeito às regras que são fixadas na Constituição.” (**Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001, p.79-80).

¹⁷⁷ Conforme fundamentação do tópico 2.2.

lei como instrumento apto à violação de direito pré-existente porque, como precípua instrumento de inovação da ordem jurídica, assim que vigente um diploma, “eventuais direitos anteriores passam a não ter existência ou existem dentro dos contornos traçados pela nova lei.”¹⁷⁸

O argumento, bem se vê, pretende lastro em uma suposta contradição lógica entre a função e efeitos da lei e a sua aptidão para gerar danos: modificada a ordem a partir da inserção de novos parâmetros legais, não se poderia admitir pretensões indenizatórias com base na estrutura jurídica anterior, já que esta foi revogada.

A esta primeira objeção, agrega-se um segundo fundamento, de cunho pragmático, posto no sentido de que a aceitação da teoria da responsabilidade do Estado Legislador inseriria tantas amarras ao processo legiferante que terminaria por inviabilizá-la. É o que defende Paul Duez, nos seguintes termos: “*reconocer el derecho a la indemnización supondría paralizar la evolución legislativa, por la enorme cuantía de las sumas que habrían de abonarse. El progreso social no puede detenerse a causa de los intereses individuales.*”¹⁷⁹

A impropriedade destes raciocínios é plena. Em um primeiro plano, se é forçoso reconhecer a lei como efetivo instrumento de inovação das balizas jurídicas – o mais destacado deles no sistema brasileiro –, isto não significa que a ela não sejam opostos garantias e limites. Aceitar tal entendimento é subverter por completo a estrutura jurídica de um Estado democrático, que, em um primeiro plano, impõe o irrestrito e pleno apego à ordem constitucional¹⁸⁰.

A despeito de existir uma margem política de discricionariedade, a atividade legiferante também encontra limites¹⁸¹. Ao legislar, o ente público está adstrito aos ditames constitucionais e aos direitos humanos, devendo pleno respeito a eles. Acaso não o faça, o seu ato não poderá ser reputado legítimo, tampouco será simples e puramente político, já que a ofensa a um preceito constitucional faz dele ato antijurídico, e, por isso, passível de legitimar a intervenção do Poder Judiciário, sem que isto

¹⁷⁸ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.55.

¹⁷⁹ APUD GARCÍA MENDOZA, Hernán. *La responsabilidad extracontractual del Estado: inadenzación del error judicial*. Santiago: Editorial Jurídica Conoser Ltda., 1997, p.12.

¹⁸⁰ Sobre os lindes e limites da ordem constitucional na contemporaneidade, vide os tópicos 2.1.3 e 2.2, nos quais se realiza abordagem do que isto significa face aos movimentos da nova hermenêutica e do neoconstitucionalismo.

¹⁸¹ Para delimitação dos espaços de atuação do legislador: ALEXY, Robert. Da estrutura dos direitos fundamentais à proteção. Traduzido por Artur Ferrari. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, n.2, p.317-336, jan./jun., 2008. O posicionamento foi explicitado no tópico 2.2 deste ensaio.

afrente ao princípio da separação dos poderes.

Se é certo que um preceito legal ao entrar em vigor derroga as disposições anteriores lhe sejam contrárias, retirando-lhes do mundo jurídico, é igualmente correto que, para fazê-lo, deverá se ocupar das disposições superiores, como, por exemplo, o direito de propriedade, a garantir a devida compensação àqueles injustamente lesados, ou à isonomia, a impor que a medida atente à concretização de uma ordem mais igualitária, sob pena de ofender não apenas a estes princípios, mas também a preceitos com a garantia do direito adquirido, expressamente consignada no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Como bem indica Maria Emília Mendes Alcântara:

Não objetamos a que a lei seja e possa ser a todo o tempo modificável. Não podemos concordar, todavia, com o aniquilamento de direitos adquiridos sem a correspondente compensação. Isto equivaleria à negação da existência mesma de direito adquirido, visto que tal conceito de nada valeria, uma vez que poderia ser livremente suprimido, sem que nada se pudesse opor para garantir a sua manutenção ou reclamar quando de sua supressão.¹⁸²

Já quanto ao argumento pragmático, que representa o outro aspecto da questão, de que a responsabilização do Estado Legislador aporia óbices incontornáveis ao processo de produção legislativa, inviabilizando-o por completo, pode-se responder, de forma simples e direta: os fins nem sempre justificam os meios, para fazê-lo, têm de passar, antes, por um filtro chamado proporcionalidade.

É certo que desde o advento do Estado Social a atividade legiferante se intensificou sobremaneira, gerando, por si só, um descompasso em face do clássico modelo parlamentar de produção legal, demasiado longo e complexo face às necessidades apostas. São legítimas as preocupações que pretendam a busca de meios para preservar um sentido mínimo desse já crítico processo, mas, o que não se pode admitir é que a pretexto de viabilizar o funcionamento do congresso, adotem-se medidas antidemocráticas. Isto simplesmente não passa pelos crivos da necessidade, adequação e proporcionalidade, essenciais à ordem jurídico-constitucional.

Aliás, há, no argumento da irresponsabilidade do Estado pelos atos legislativos como forma de facilitar esta sua tarefa, uma completa inversão da pauta axiológica democrática. Antes de se tomar por finalidade o melhor funcionamento da estrutura burocrática, há que se buscar a mais ampla defesa dos cidadãos contra os potenciais lesivos cada vez mais intensos em um contexto de superprodução legal. O aumento das

¹⁸² ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.55.

necessidades e atribuições relacionadas à atividade legiferante não pode ser tratado como causa suficiente para lhe esvanecer os limites, mas, ao revés, deve ser tido como fator determinante de uma maior circunscrição. Não é outro o indicativo de Rui Medeiros, ao asseverar que “a multiplicação dos danos que o legislador pode causar, resultado das metamorfoses que atingiram a lei no moderno Estado de Direito, obriga a colocar o problema da responsabilidade civil do Estado por actos legislativos.”¹⁸³

Se os desdobramentos disto implicam no reconhecimento de modelos alternativos ao clássico processo parlamentar de produção legal, hoje demasiado longo e tortuoso diante das cada vez mais intensas necessidade de regulamentação tópica da sociedade, aceite-se os novos formatos, impondo-lhes as balizas necessárias para salvaguardar a efetivação da ordem democrático-constitucional¹⁸⁴.

4.1.3 Abstração, generalidade e impessoalidade da lei

Apregando a irresponsabilidade do Estado Legislador, alguns tentam, ainda, se escudar sob as características da abstração e da generalidade que inspiram às leis, aduzindo que, diante de tais peculiaridades, não apenas seria impossível estabelecer o nexos causal entre um comando legal e determinado dano, mas que isto, ainda que viável, revelar-se-ia injusto e incoerente.

Em um primeiro plano, opõe-se a absoluta impropriedade da lei, entendida como comando abstrato, para causar danos individualizados. Defende-se, pois, que eventual dano deve ser imputado àquele que concretizou o mandamento abstrato, jamais a quem o editou. É o que defendem Santi Romano¹⁸⁵ e, entre nós, Sergio Cavalieri Filho¹⁸⁶, que asseveram não ser possível fazer remontar o dano ao comando legal em si, mas antes a quem o concretiza na vida prática. Neste sentido, o depoimento de Maria da Assunção Esteves, por ocasião de revisão constitucional portuguesa:

¹⁸³ MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992, p.11.

¹⁸⁴ Como indica Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Não sendo necessária a vinculação entre democracia e legislação parlamentar, é possível e mesmo urgente que novos rumos sejam experimentados no campo da elaboração legislativa. Tais experiências não poderão, de per si, ainda que amesquinhem a participação das câmaras nessa tarefa, ser recusadas por antidemocráticas, desde que atendam aos valores fundamentais de liberdade e igualdade.” (**Do processo legislativo**. 5 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.276).

¹⁸⁵ APUD CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974, p.152.

¹⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.268.

tenho dificuldade em configurar hipóteses de violação pela função legislativa de direitos, liberdades e garantias. Não posso configurar essa violação por acção, porque a função legislativa é, por definição, aquela que elabora as leis. Sendo estas (...) conjuntos de normas jurídicas que ainda não foram concretizadas, é evidente que só quando há concretização é que há violação.¹⁸⁷

O argumento faz vistas grossas ao fato de que as leis são, por natureza, auto-executáveis: tendo entrado em vigor, não é dado a ninguém se esquivar a cumpri-las, independentemente, no mais das vezes, da necessidade de qualquer regulamentação ou ato destinado a conferir-lhes viabilidade prática. Os exemplos de leis que produzem efeitos imediatos são inúmeros, podendo-se destacar: o plano diretor de determinada cidade, que impõe a determinados cidadãos restrições específicas ao direito de construir; a criação de uma reserva ambiental, procedida por meio de lei, que, via de regra, retira do imóvel particular substancial parcela de seu valor econômico; e, ainda, a criação de tributo inconstitucional, sobretudo quando o recolhimento esteja sujeito à posterior homologação.

Ademais, mesmo nos casos em que a medida legislativa dependa de concretização posterior, seja ela levada a cabo pelo Poder Executivo ou por qualquer outra instância, restará sempre entreaberta a necessidade de perquirir qual a efetiva causa do dano. A imputação só poderia recair sobre a instância responsável pela concretização da lei se, entreaberta a escolha entre pelos menos duas formas de aplicação da lei, uma legítima e outra ilegítima, tiver optado pela última. Ausente a margem de discricionariedade, a medida prática encampada somente poderá ser encarada como estrito cumprimento de dever, decorrente do princípio da legalidade, e a responsabilidade, por isto, identificada na esfera que definiu o parâmetro normativo.

Em suma, a característica da abstração das leis não é tão ampla e absoluta que impeça e afaste peremptoriamente a possibilidade de imediata incidência de efeitos normativos. A lei, tomada em sua perspectiva formal ou material¹⁸⁸, pode ser causa eficiente e determinante de danos.

Põe-se, porém, como em um segundo plano de argumentação, a tese, sustentada por alguns autores, de que, a despeito do potencial lesivo das leis, os danos a si associados não seriam indenizáveis, porque repartidos por toda a coletividade. Procura-se,

¹⁸⁷ APUD MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992, p.195.

¹⁸⁸ Sobre a distinção, vide tópico 2.3.

assim, fundamento no atributo da generalidade das leis e em uma mítica e absoluta supremacia do interesse público sobre o particular para justificar a irresponsabilidade do Estado Legislador.

Como expõe José Joaquim Gomes Canotilho, os defensores de tal tese sustentam que:

a lei é, pela própria natureza das coisas, insusceptível de causar danos juridicamente relevantes, pois um sacrifício indemnizável só se conceberá quando provocado ou imposto por actos individuais da administração (*Einzelaktehorie*). Uma norma conduz a simples limitações sociais exigíveis a todos os cidadãos, sem qualquer compensação.¹⁸⁹

De pronto, percebe-se que a argumentação toma por referência um modelo de produção legal clássico, há muito superado – em rigor, jamais pleno –, no qual as leis, encaradas como primeiras e mais amplas balizas de estruturação normativa, são necessário fruto do processo parlamentar. Parte-se do pressuposto de que haveria fronteira bem nítida entre as leis e os atos administrativos.

Hoje, porém, não há mais campo para este tipo de entendimento. As principais tarefas políticas estatais não são mais vistas como momentos estanques, mas, ao revés, misturam-se: enquanto a legislação se interpõe em domínios antes exclusivamente administrativos, intensificando-se, delega-se, ainda que excepcionalmente, poder normativo a instâncias diversas do parlamento.

De um lado, tem-se as leis formais, já não entendidas como “normas gerais e abstractas, mas sim reacções estaduais tendentes a resolver problemas concretos e singulares, situações de necessidade carecidas de remédio urgente, dotadas de executividade imediata e aderentes a um facto determinado”¹⁹⁰. São leis que regulamentam situações específicas, afeitas a um ou a alguns poucos indivíduos. Sua incidência, antes de ser geral, é individualizada.

De outro, mesmo as leis materiais, têm, hoje, mitigadas as características da abstração e generalidade, de modo que, freqüentemente, para perfazer os ideais constitucionais, deverá se ocupar da regulamentação de âmbito específico e delimitado das relações sociais, conferindo tratamento diferenciado a todos que se insiram em situações jurídicas específicas, como ocorre com os empregados, os consumidores, a criança e o adolescente e o idoso. Estes casos, porém, devem se legitimar à luz de uma máxima da

¹⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974, p.147-148.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p.149.

igualdade¹⁹¹ e, ainda assim, não podem fazer tabula rasa dos direitos e garantias básicos dos que, eventualmente, sejam prejudicados com o tratamento. Dito de outra forma, ainda quando geral, a lei nem sempre “alcança a todos igualmente quando da sua aplicação, porque as pessoas encontram-se, de fato, em situação diferente umas das outras, podendo impor a algumas delas sacrifícios especiais e anormais.”¹⁹²

Em suma, falacioso também o argumento posto no sentido de que as leis não se afiguram instrumento idôneo para a causação de um prejuízo particular, seja porque revestidas de abstração, seja porque impessoais e gerais. Tais características, além de, não raro, consubstanciarem ilações fantasiosas, são, por tudo quanto exposto, inidôneas para sustentar a irresponsabilidade do Estado em sua atividade legiferante.

4.1.4 Legislador, representados e a imunidade parlamentar

Cumpra registrar ainda um último argumento, que se arvora na representatividade do parlamento para defender a tese da irresponsabilidade civil do Estado Legislador. Adota-se uma lógica circular, com a qual se pretende imputar os resultados das leis aos próprios cidadãos, já que elegeram os membros dos órgãos legislativos.

É o que sustenta, por exemplo, Celso Ribeiro Bastos, ao asseverar que “por ser o Legislativo composto de representantes do povo, seria ele insuscetível de praticar atos culposos ou dolosos, e, ainda que os praticasse, a culpa seria de quem escolheu os representantes”¹⁹³

A base de sustentação da tese reside no superdimensionamento do ideal republicano de representatividade e na equiparação do mandato político eletivo à representação civil. Nem um, nem outro se sustentam.

Conferir tamanha amplitude à idéia de representação política significa aderir a uma ideologia formal e legalista, típica dos primeiros idos do positivismo jurídico¹⁹⁴, na qual a mera observância das “regras do jogo” era vista como suficiente para conferir legitimidade aos atos políticos, independente de seu conteúdo ser ou não adequado à ordem social. Esta postura vigorou por tempo suficiente para permitir a constatação, na prática, de que o jogo de forças que se envolve no exercício do mandato político não raro

¹⁹¹ Sobre a máxima da igualdade, vide tópico 2.2.

¹⁹² FREITAS, Marisa Helena D'Arbo de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001, p.80.

¹⁹³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.48.

¹⁹⁴ Sobre o tema, vide tópico 2.1.2.

implica em desvios e manipulações, que fazem divergir os interesses de representante e representado. Este é, aliás, um dos principais pontos da chamada crise da democracia representativa.

Diante disto, o mandato dos agentes eleitos para cargos públicos reveste-se de grandes peculiaridades. Eleitos pela maioria, os agentes políticos representam a convergência – não raro episódica – de interesses distintos e, por vezes, contrapostos. Ademais, dissociam-se da defesa dos interesses quantitativamente majoritários em função de um compromisso com a efetivação da ordem constitucional, com o ideal democrático e com os direitos humanos.

Entrementes, alguns se reportam também à imunidade parlamentar, expressa no artigo 53 da Constituição Federal, como instituto idôneo para afastar a responsabilidade do Estado pelos danos oriundos da atividade legislativa.

Ora, tal preceito consubstancia uma proteção pessoal dos parlamentares, assegurada para que se sintam livres para o fiel cumprimento das tarefas que lhes são acometidas. Isto não significa que o Estado se beneficie de tal regra. Tanto mais que a responsabilidade estatal encontra previsão no art. 37, §6º, da Constituição Federal, o qual consagra a teoria da responsabilidade objetiva, isto é, independentemente da constatação de culpa. Assim, sequer serve a tese, também freqüentemente suscitada, de que é impossível aferir culpa em um complexo e longo processo parlamentar de produção legal.

Em um rápido arremate, pode-se afirmar que não se vislumbra plausibilidade nos argumentos que pretendem afastar a responsabilidade civil do Estado pelos atos legislativos. A atividade legiferante é uma função estatal que se põe em pé de igualdade a dos demais poderes e, portanto, se sujeita, do mesmo modo, aos limites constitucionais. Não se justifica ou sustenta, em um Estado de Direito, a tentativa de erigir a atividade legiferante ou o parlamento a uma condição de destaque, como se representassem um específico momento de exercício poder absoluto, irrestrito e ilimitado.

4.2 SISTEMATIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO LEGISLADOR

Ante a insubsistência das teses que se punham em favor da irresponsabilidade do Estado pelos seus atos legislativos, vem se afirmando, embora de forma lenta e incipiente, sobretudo em doutrina, a idéia de que há de se sistematizar um arcabouço lógico-formal capaz de definir os limites e a extensão da eventual imposição do dever de indenização.

Nesta sede, contudo, ainda se encontram diversas divergências. As posições variam desde enfoques restritivos, que cingem ao reconhecimento da responsabilidade do Estado face às leis declaradas inconstitucionais, e chegam a orientações ampliativas, tendentes à aplicação acrítica da teoria objetiva da responsabilidade estatal.

4.2.1 Breves considerações sobre o fundamento do dever de indenização do Estado Legislador

Depurados os excessos, todavia, é possível encontrar ponto de relativa convergência entre os estudiosos do tema, que, amparados na clássica perspectiva de ilicitude, tendem à busca de duplo fundamento para delimitar a responsabilidade estatal pela atividade legiferante. Assim, a proposta gira em torno da estruturação de regimes amparados em justificativas que se diferenciam conforme o dano efetivado remonte a uma lei condenada por vício de constitucionalidade (ato ilícito) ou a uma lei, que, embora não mereça expurgo do sistema, gera, por questão de “justiça”, o dever de reparação (ato “lícito”).

A teoria, assim posta, implica na arregimentação de um sistema falho, tanto porque insuficiente para solver, de forma unitária, todos os problemas que se antepõem, e em especial aqueles relacionados às omissões legislativas, quanto porque, diante dos atos “lícitos”, sobremaneira dependentes de questões prático-pragmáticas, não se consegue chegar a acerto sobre um fundamento básico do dever de reparar, de modo a não apenas suscitar longos – mas infrutíferos – debates, mas também quedar dependente de casuísmos.

O referencial teórico se perde em meio a tudo isto. A estruturação de regimes distintos e específicos para os casos de danos provenientes de leis inconstitucionais; de leis constitucionais; e de omissões legislativas; aliada às dificuldades naturalmente envolvidas em cada um deles, faz com que se pense o problema aos retalhos, apenas para cada caso concreto, isto é, sem rigor e de forma assistemática¹⁹⁵.

Por isto, como forma de superar as discussões acerca dos diversos fundamentos para a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos, que transita entre o princípio da legalidade, a equânime repartição dos ônus e encargos públicos, o direito de propriedade, a vedação ao enriquecimento sem causa, dentre tantos outros preceitos,

¹⁹⁵ Sem embargo de se reconhecer o valor do pensamento tópico e a conseqüente importância de se levar em consideração particularidades inseridas em cada caso concreto, não se pode, sob pena de instaurar insegurança, abrir mão de amarras teóricas básicas.

propõe-se a estruturação do tema, em suas mais diversas perspectivas, ao derredor de um ponto de convergência, encontrado no conceito de ato ilícito, compreendido, porém, em sua conotação mais ampla, dissociada do referencial de culpa¹⁹⁶.

Alçada a ilicitude à função de fundamento da responsabilidade do Estado por sua atividade legiferante, ter-se-á instrumentos suficientes para não apenas estruturar um sistema único, apto a explicar as hipóteses em que se imputa o dever de reparação em face de dano identificado em leis inconstitucionais, leis “constitucionais” ou omissões legislativas, como também a resolver série de óbices antes incontornáveis.

Demais disto, a abordagem a partir desta perspectiva possibilita enxergar a responsabilidade civil do Estado Legislador em um contexto de plenitude da jurisdição constitucional, abrindo margem para juízos que, ultrapassando o mero controle de constitucionalidade, admitam a vinculação positiva da atividade legiferante à ordem fundamental.

A despeito da proposta de tratamento unitário, a abordagem será segmentada, de modo a destacar cada um dos “momentos” da responsabilidade civil do Estado Legislador isoladamente, porquanto isto possibilite uma melhor exposição tanto da proposta ora delineada quanto do modelo hoje assente.

4.2.2 Das leis incompatíveis com a ordem jurídica

É diante das leis patentemente inconstitucionais que se firma, com maior vigor, a aceitação de que o Estado Legislador não está infenso a responder pelos danos causados. Doutrina e jurisprudência, em sua maioria, já admitem que, em tais situações, a responsabilidade civil do Estado Legislador se afigura demanda essencial do Estado de Direito.

O argumento chega a ser intuitivo em sistemas jurídicos como o brasileiro, em que a hierarquia constitucional vem corroborada de um sistema de controle de constitucionalidade das leis. A Constituição funciona como inegável baliza, a impor limites e vedar excessos de todos e qualquer lei que a violente, vulnera o sistema jurídico, devendo, por isso, ser expurgada.

Como informa Rui Medeiros, há quem entenda exaurido o juízo de inconstitucionalidade da lei com a mera retirada do diploma / norma do ordenamento

¹⁹⁶ A evolução do conceito de ilícito é desenvolvida no tópico 3.1.1.

positivo, negando-se a possibilidade de indenização de eventuais danos, salvo quando a própria lei o preveja de modo expreso. Esta espécie de argumentação, se levada a sério, instauraria um óbice insuperável à admissão da responsabilidade civil, já que,

nos Estados que não admitem a fiscalização jurisdicional da conformidade das leis com a Constituição, não há responsabilidade por leis inconstitucionais; naqueles que instituem um sistema de fiscalização jurisdicional, a lei susceptível de causar danos que não prevê indemnização é declarada inconstitucional, desaparecendo o problema da responsabilidade do Estado legislador.¹⁹⁷

Posto nestes termos, porém, o problema está longe de ser resolvido a contento. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo ou de um diploma legal não podem se exaurir no seu necessário expurgo do sistema jurídico. Atentando-se, sobretudo, à necessidade de restabelecer a ordem ofendida de forma plena, restaurando, na medida do possível, o *status quo*, há também que se reconhecer o dever de reparar os danos causados pela lei inválida¹⁹⁸.

Não por outra razão, a ampla maioria da doutrina¹⁹⁹ e da jurisprudência²⁰⁰ converge no sentido de aceitar o dever de reparação dos danos causados como conseqüência natural e inevitável do reconhecimento de inconstitucionalidade de alguma lei²⁰¹. É o que ressoa de entendimento esposado, desde meados do século passado, por Amaro Cavalcanti:

Decerto, declarada uma lei inválida ou inconstitucional por decisão judiciária, um dos efeitos da decisão deve ser logicamente o de obrigar a União, Estado ou Município a reparar o dano causado ao indivíduo, cujo direito fora lesado, quer restituindo-se-lhe aquilo que indevidamente foi exigido, quer satisfazendo-se os prejuízos provadamente sofridos pelo indivíduo com a execução da lei suposta.²⁰²

A aceitação da responsabilidade pela indenização dos danos em tais hipóteses, não bastasse ser decorrência lógica da supremacia constitucional, adéqua-se

¹⁹⁷ MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992, p.130.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p.131-147

¹⁹⁹ Convém destacar a respeitável posição de Hely Lopes Meirelles em sentido contrário, por entender que a “culpa” recai por qualquer dano recai sobre os cidadãos que elegeram o seu representante. (**Direito Administrativo Brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.561).

²⁰⁰ Maurício Jorge Pereira da Mota indica que desde 1948, o Supremo Tribunal Federal vem acolhendo a tese de reparação dos danos oriundos de lei formalmente declarada inconstitucional. (**Responsabilidade civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p.154).

²⁰¹ Conquanto não existam maiores divergências no que diz respeito à aceitação da responsabilidade estatal pelos danos originados da atividade legiferante inconstitucional, o número de ações intentadas com este fim é bastante reduzido.

²⁰² CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p.623, v.2.

também até aos contornos da clássica teoria da responsabilidade civil, firmada na ideia de culpa, já que, com a subversão da hierarquia estruturante do sistema, ninguém ousará negar a existência de falha do parlamento, quando podia e devia ter evitado a aprovação do ato normativo incompatível com o sistema. Assim, ainda que diante da responsabilidade aquiliana, a conduta seria passível de consubstanciar a imputação do dever de reparar os danos causados, já que poderia ser qualificada de imperita, negligente ou, até mesmo, imprudente.

Saliente-se, porém, que, conquanto a responsabilidade possa decorrer da inconstitucionalidade, porque representativa de comportamento ilícito (qualquer que seja a aceção emprestada ao tema), este simples fato não é suficiente para a configuração do dever de indenização. Há que se perquirir, também, se houve dano e se estes são decorrência direta da lei. É o que, aliás, salienta Maria Emília Mendes de Alcântara:

A só inconstitucionalidade da lei, a só desconformidade dela ao ordenamento jurídico não é suficiente para determinar a atuação do instituto da responsabilidade. Pode ocorrer que o ato legislativo inconstitucional produza lesão de direitos cujos efeitos não sejam patrimoniais; a sanção será neste caso a mera declaração de inconstitucionalidade.²⁰³

O único reproche que se pode fazer ao trasladado entendimento diz respeito à restrição da responsabilidade aos efeitos patrimoniais, porquanto, reconhecidos os direitos existenciais, há que se admitir que eventual ofensa a eles também gera dano indenizável. Nisto consistem os danos morais. O fato é que, preenchido o requisito da ilicitude, se houver dano cuja causa possa ser identificada na lei expurgada do sistema, restará perfeita a responsabilidade estatal pela sua reparação.

É bem verdade que, mesmo diante destas hipóteses, não falta quem pretenda, a pretexto da abstração das leis e sua suposta insuscetibilidade de causar danos concretos, imputar a responsabilidade exclusiva pela reparação à instância pública que concretizou, na prática, o preceito inconstitucional.

O argumento, todavia, é insubsistente, como, aliás, já se mostrou alhures²⁰⁴, pelas razões bem sintetizadas por Rui Medeiros:

Basta apontar, desde logo, as leis-medida e as leis individuais. Além disso, à semelhança do que ocorre com os danos resultantes de regulamentos que produzem efeitos imediatamente, sem dependência de um acto administrativo ou jurisdicional de aplicação, também uma norma legislativa

²⁰³ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.286.

²⁰⁴ Vide tópico 4.1.3.

pode causar directamente danos aos particulares. Pense-se, por exemplo, na mera emissão de uma lei fiscal: a criação de um imposto que incida especificamente sobre um novo produto que uma determinada empresa pretende lançar no mercado pode levar o empresário a adiar o início da sua fabricação.²⁰⁵

Mas, mesmo diante de leis que dependam de concreção é possível vislumbrar a imputação do dever de reparar danos ao Estado Legislador. A tarefa se faz um tanto mais complexa, dependente que se torna de análise mais acurada do nexo de causalidade, mas, ainda assim, completamente vencível. Há que se perquirir quais os danos que tiveram origem direta no momento legiferante.

Somente as lesões diretamente relacionadas ao fato da lei é que poderão ser legitimamente imputadas à esfera legiferante. A depender, por exemplo, da margem de discricionariedade entreaberta em uma lei inconstitucional, pode-se ter diferentes esquemas de imputação da responsabilidade: se os parâmetros legais eram potencialmente válidos, mas, ao concretizá-la, decide-se por interpretação ilegítima, a responsabilidade há de recair totalmente sobre a instância concretizadora da norma; se, porém, a lei é, em si mesma, inconstitucional, e a Administração – ou outro sujeito qualquer – só faz efetivá-la, o órgão legiferante é que responderá pela reparação²⁰⁶; por fim, é possível aventar também responsabilidade solidária das instâncias legislativa e executiva, naquelas hipóteses em que, embora existente margem de discricionariedade para se optar por uma interpretação válida, o exposto teor legal é decisivo para que se opte por forma de concreção normativa ilegítima. Em suma, decisivo, nestes casos, será estabelecer o liame de causalidade entre o dano e o fato da lei.

De tudo, depreende-se que, a despeito da convergência em torno da necessidade de se admitir a responsabilidade estatal em face da edição de leis inconstitucionais, há, ainda, óbice a transpor. Não apenas os elementos básicos à teoria da

²⁰⁵ MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992, p.195-196.

²⁰⁶ Registra-se a existência de entendimento diverso, que, como relatado por Julio César dos Santos Esteves, firma-se no suposto de que, mesmo nas hipóteses de lei patentemente inconstitucional, o órgão administrativo seria o efetivo responsável, sob o fundamento de que poderia e deveria ter exercido, autonomamente, o controle de validade da lei à luz dos preceitos constitucionais. O argumento, todavia, fecha os olhos para a efetiva causa do dano, muitas vezes decorrentes apenas e tão somente da lei. Não é correto deslocar sempre o problema para a instância concretizadora da norma até porque, como assevera o autor em comentário, “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 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.” (**Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.221).

responsabilidade civil, como o ilícito, o dano e o nexos causal, por vezes são descurados, como, ainda, pesam considerações particulares e específicas relacionadas ao tema, as quais passam a ser enfrentadas.

4.2.2.1 Controle difuso x controle concentrado

Grande discussão que se firma no âmbito da responsabilidade pelos atos legislativos inconstitucionais diz respeito à necessidade ou não do prévio reconhecimento da invalidade da lei por meio do controle concentrado promovido pelo Supremo Tribunal Federal. Debate-se, pois, se constitui pré-requisito à imputação da responsabilidade do Estado Legislador o prévio acolhimento da pretensão de ação declaratória de inconstitucionalidade ou se, ao revés, seria possível manejar ação indenizatória direta, no bojo da qual se buscasse a declaração incidental de inconstitucionalidade.

A questão não é clara nem na doutrina, nem na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal, em face da pequena quantidade de feitos indenizatórios intentados com base na inconstitucionalidade de lei, ainda não teve oportunidade se pronunciar de forma expressa sobre a obrigatoriedade ou não da declaração de inconstitucionalidade pela via concentrada, mas é possível identificar uma primeira apreciação do tema²⁰⁷, ainda que indireta, no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 8.889, de 1º de julho de 1948, relatado pelo Min. Edgard Costa. No relatório, embora admitida a possibilidade, em tese, de responsabilidade civil estatal pela atividade legiferante inconstitucional, defende-se expressamente posicionamento segundo o qual a reparação só poderia ser reconhecida em relação aos danos originados após a formal declaração de constitucionalidade pela via abstrata²⁰⁸.

A tese, embora revisitada para fins de admitir a reparação dos danos causados antes e depois do formal reconhecimento de inconstitucionalidade da lei, mantém-se viva e é encampada por boa parte da doutrina, que erige o controle concentrado de constitucionalidade como *præ* à pretensão indenizatória. Este, por exemplo, o entendimento de Yussef Said Cahali, que o fundamenta nos seguintes termos:

²⁰⁷ A indicação é de Maurício Jorge Pereira da Mota (**Responsabilidade civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p.157-158).

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 8889 / SP. Relator: Min. Edgard Costa. Brasília, 19 jul. 1948. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855924/recurso-extraordinario-re-8889-stf>>. Acesso em: 15 set. 2008.

O simples provimento da Turma Julgadora que, em caso *sub judice*, recusa aplicação da lei, a pretexto de ser a mesma inconstitucional, deixa incólume a norma legal na sua existência, validade e eficácia, sabido que a declaração de inconstitucionalidade da lei reclama *quorum* e procedimento específicos; não se legitimando, assim, a pretensão indenizatória de danos à causa de uma lei cuja inconstitucionalidade não tenha sido regularmente declarada pelo tribunal competente.

Portanto, nenhuma eficácia de *actio judicati* se pode atribuir à sentença que simplesmente recusou a aplicação da lei, fundando-se na sua inconstitucionalidade; pois, de outro modo, estar-se-ia permitindo até mesmo ação direta de indenização, com declaração incidente de inconstitucionalidade da lei, para reparação dos danos conseqüentes do ato legislativo que se pretende inconstitucional, buscando-se, na fase do conhecimento, um substitutivo da *actio judicati*; tal expediente não se afina com a sistemática constitucional e processual vigente.

No caso, exige-se uma *actio judicati* específica, representada por uma decisão do tribunal competente, reconhecendo e declarando a inconstitucionalidade da lei; pois, só então, deixando de existir esta para o Direito, esvaída na sua eficácia e validade, poderá ser reclamada indenização por perdas e danos causados *antes ou depois* a declaração de sua inconstitucionalidade.²⁰⁹

O problema de tal posicionamento, todavia, é a especial sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro, que convive com um sistema misto, em que se admitem tanto o controle concentrado-abstrato, procedido por via das Ações Diretas²¹⁰, que, revestidas de procedimento e requisitos próprios, podem culminar no expurgo do ato combatido da ordem jurídica, quanto o controle difuso ou concreto, efetuado topicamente, em cada caso concreto, pelo órgão julgador da causa, mas cujos efeitos se restringem aos sujeitos envolvidos na lide.

Diante da duplicidade do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, muitos autores entendem estar aberta ao lesado por lei inconstitucional a possibilidade de intentar ação indenizatória direta, valendo-se do recurso à declaração incidental de inconstitucionalidade, exercitável, inclusive, por juízos singulares.

O raciocínio torna-se particularmente verdadeiro na medida em que se percebe que não há, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, qualquer

²⁰⁹ Destaques no original. CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2 ed. amp. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 532-533.

²¹⁰ “Em face de sua nova configuração constitucional, o controle concentrado de constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, pode ser provocado, pela via principal, por meio das seguintes **ações diretas**: (a) a *ação direta de inconstitucionalidade por ação (ADIN por ação)*; (b) a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIN por omissão)*; (c) a *ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADIN interventiva)*; (d) a *ação declaratória de constitucionalidade (ADC)* e (e) a *arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)*.” (destaques no original) (CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 2 ed. rev. amp. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2006, p.158).

restrição imposta ao modelo difuso-concreto, tampouco se encontra diferença substancial entre ele e a correlata espécie concentrado-abstrato. Como assevera Pontes de Miranda, até mesmo a natureza das decisões proferidas em ambas vertentes é igual:

A decisão do tribunal, por maioria absoluta, não é diferente da decisão do juiz singular: ambas são constitutivas negativas, *in casu*, e só *in casu*; a decisão do Supremo Tribunal Federal é que tem *plus* de eficácia, assim em relação à decisão dos outros tribunais como em relação à decisão dos juízes – que é o de bastar à deliberação do Senado Federal quanto à suspensão de execução das leis, ou decretos que foram tidos, por decisão transita em julgado, como contrários à Constituição.²¹¹

Com efeito, não existe razão ou fundamento que, diante do sistema jurídico brasileiro, sirva para negar a validade da decisão incidental para fins indenizatórios. Nem mesmo argumentos de mero cunho pragmático, como o de que a sua aceitação abriria margem para insegurança jurídica, parecem se sustentar, porquanto a decisão, ainda que proferida no bojo de um processo ordinário, estará sujeita ao duplo grau de jurisdição, possibilitando ao ente público, inclusive, o manuseio de recurso extraordinário, de modo a remeter o controle de constitucionalidade para o Supremo Tribunal Federal.

Ademais, Marisa Helena D’Arbo Freitas, a prevalecer o entendimento de que o prévio sucesso em ação principal de controle de constitucionalidade é requisito essencial à veiculação de pretensão indenizatória, instituir-se-ia um sistema em que o indivíduo lesado por lei constitucional, encontraria menores dificuldades à recomposição de seus prejuízos que aqueles vitimados por uma lei inconstitucional, o que, à evidência, é um paradoxo insustentável²¹².

Deste modo, não se vislumbra qualquer óbice jurídico, ou até mesmo pragmático, para que seja vedado, ao terceiro lesado, o manejo de ação indenizatória direta. As posições em contrário parecem estar muito mais apegadas ao injustificado medo de que prolifere a responsabilização do legislador do que em argumentos jurídicos propriamente ditos.

4.2.2.2 Inconstitucionalidade formal x inconstitucionalidade material

A Constituição, como norma fundamental da ordem jurídica,

²¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.625-626, t.3.

²¹² FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. O Estado Legislador responsável. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº.128, p.285-295, out./dez, 1995.

que serve de núcleo rígido e supremo ao ordenamento, incumbe-se de delimitar a atividade legislativa tanto por meio da definição de trâmites formais, essenciais para coibir – ou ao menos restringir – a apropriação do momento político pelas forças hegemônicas²¹³, quanto por definir balizas substanciais à atividade do legislador, tornando intangíveis determinados direitos e garantias básicas. Ambos os desígnios representam limitações impostas no fito de preservar a ordem constitucional e os ideais democráticos, e, desrespeitados, dão azo ao reconhecimento de inconstitucionalidade do ato, que, todavia, poderá ser concebido a partir de referencial distinto.

Assim, fala-se em inconstitucionalidade material e inconstitucionalidade formal, conforme o ato legislativo afigure-se inválido por ofender algum dos direitos e garantias básicos da Constituição ou ao específico procedimento de produção legislativa. Na sempre precisa definição de Walber de Moura Agra:

A inconstitucionalidade material acontece quando a norma infraconstitucional colide com a matéria expressa pelo dispositivo constitucional. A inconstitucionalidade não versa sobre a forma, analisando se o procedimento para a criação normativa foi obedecido – ela infringe a matéria disposta na norma constitucional. Pode-se dizer que a inconstitucionalidade material é mais afrontosa à Constituição do que a inconstitucionalidade formal, porque naquela há a subversão da supremacia constitucional, fragilizando a concretude normativa da Lei Maior.

A inconstitucionalidade formal acontece quando as normas infraconstitucionais não obedecem ao procedimento estabelecido na Lei Maior, ou seja, o processo legislativo previsto nos arts. 59 a 69 da Constituição. Por ferir o procedimento devido, ela atinge toda a norma que foi gerada.²¹⁴

No que diz respeito ao regime da responsabilidade civil pela atividade legiferante, uma e outra espécie tendem a receber tratamento diferenciado. Quando em face de lei substancialmente inconstitucional, não prosperam maiores dúvidas acerca da possibilidade de reparação: ofendido um bem jurídico constitucionalmente assegurado, afigura-se o ilícito, e, se dele advêm prejuízos a terceiros, não há, por tudo o quanto já se expôs até então, como negar o dever estatal de indenizar as vítimas.

O quadro não se apresenta tão simples em face das leis formalmente inconstitucionais, cujos vícios remetem a alguma falha no processo de

²¹³ Neste sentido, explícita a referência de Sebastião Gilberto Mota Tavares, ao aduzir que “o processo legislativo é uma das mais genuínas garantias constitucionais do cidadão, pois é por intermédio dele que poderá aferir como está sendo exercido o seu poder soberano, de molde a arrefecer ao máximo a inevitável tensão existente entre a sua vontade e a vontade legislativa.” (**Controle jurisdicional preventivo da lei: o devido processo legislativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.169).

²¹⁴ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.539.

elaboração legislativa. Não há dúvidas que também estas leis padecem de vício – grave vício, porquanto tendente à subversão da ordem democrática²¹⁵ –, pelo que deverão ser peremptoriamente expurgadas do sistema²¹⁶.

Porém, quando o que se põe é a questão de perquirir a possibilidade de condenar o ente público à reparação dos danos porventura ocasionados por tais leis, os contornos deixam de ser tão nítidos. É que, não raro, apresentam-se casos em que, a despeito de existente um vício formal, por si só capaz de inquinar, por nulo, todo o ato, no plano substancial, constata-se que teria sido possível a sua produção, com o mesmo conteúdo, sem que se tivesse incorrido em qualquer irregularidade. Em suma, o vício parece ser de somenos.

O problema desperta dificuldades e, para ser resolvido a contento, há que se remeter à teoria da causa virtual, a partir da qual se pode afastar determinadas indenizações. Segundo I. Galvão Telles:

Diz-se causa virtual de um dano certo facto que o produziria se ele não fosse produzido por outro. Ocorre um dano que foi gerado por determinado facto. Este constitui a sua causa: é a causa real, a verdadeiramente operante ou efectiva. Mas, se o prejuízo não sido provocado por tal facto, tê-lo-ia sido por outro, que se apresenta, portanto, como uma causa puramente conjectural ou hipotética.²¹⁷

Aplicada a teoria à questão das leis formalmente inconstitucionais, tem-se o problema, bem exposto por Rui Medeiros, de “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).”²¹⁸

A solução reside em questionar se o Estado pode editar nova

²¹⁵ Como indica Marcelo Cattoni, “esses requisitos formais são, de uma perspectiva normativa, condições processuais que devem garantir um processo legislativo democrático, ou seja, a institucionalização jurídica de formas discursivas e negociais que, sob as condições de complexidade da sociedade atual, devem garantir o exercício da autonomia jurídica – pública e privada – dos cidadãos. O que está em questão é a própria cidadania em geral e não o direito de minorias parlamentares ou as devidas condições para a atividade parlamentar “X” ou “Y”. Não se deve, inclusive, tratar o exercício de um mandato representativo como questão privada, ainda que sob o rótulo de ‘direito público subjetivo’ do parlamentar individualmente considerado, já que os parlamentares, na verdade, exercem função pública de representação política; e é precisamente o exercício necessariamente público, no mínimo coletivo ou partidário, dessa função que se encontra em risco. Trata-se da defesa da garantia do pluralismo no processo de produção legislativa, da defesa da própria democracia enquanto respeito às regras do jogo, da possibilidade de que a minoria de hoje possa vir a se tornar a maioria de amanhã.” (**Devido processo legislativo**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p.51).

²¹⁶ “A inconstitucionalidade formal não permite convalidação, já que o processo legislativo tem de ser obedecido de forma integral, devendo ser seguidos todos os trâmites expostos na lei.” (AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.539)

²¹⁷ APUD MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992, p.205.

²¹⁸ MEDEIROS, Rui. *op.cit.*, p.206.

norma legal com aquele mesmo conteúdo, atentando, porém, ao procedimento e à forma legítima, emprestando-lhe, ainda, lícita eficácia retroativa²¹⁹. Se positiva a resposta, deve-se reconhecer a relevância negativa da causa virtual para afastar o dever de indenização por eventuais danos causados.

Trabalhando a questão, Maurício Jorge Pereira da Mota formula ilustrativo questionamento, imaginada

uma lei formalmente inconstitucional que determinasse o abate de gado do sul de Minas contaminado pela febre aftosa. Declarada a inconstitucionalidade da regra legal, caberia direito à indenização daqueles proprietários que tiveram seus animais abatidos na ‘vigência’ da lei formalmente imperfeita?²²⁰

É óbvio que, diante de tal caso, há que se negar qualquer pretensão reparatória, já que ao Estado é dado renovar o mandamento legal, desta feita em acordo com os trâmites essenciais, e, ainda, deferir-lhe eficácia *ex tunc*, na medida em que ninguém pode pretender invocar um direito de propriedade que atente de forma frontal ao interesse social.

Em síntese, a aplicação da causa virtual serve àqueles casos em que “a falha formal da elaboração legislativa se revela superável, o que não se põe em confronto com a garantia do princípio democrático protegido pelo controle de constitucionalidade formal das leis.”²²¹

4.2.2.3 Omissões legislativas

O problema dos danos relacionados à inconstitucionalidade da atividade legiferante pode, ainda, ser encarada de outra forma: a partir da perspectiva das omissões legislativas. Não é novidade o fato de que o Direito não se restringe a trabalhar com vedações e limites negativos. Frequentemente, o ordenamento impõe deveres a determinados sujeitos, que ficam adstritos a obrigações de fazer, seja para evitar um determinado resultado, seja para alcançar um estado ideal específico. Em um e em outro caso, a inércia revela-se

²¹⁹ “A relevância negativa da causa virtual pressupõe que uma nova lei, idêntica à anterior e conforme com a Constituição, sacrifique retroactivamente o direito ou interesse do particular.” (*Ibidem*, p.213).

²²⁰ MOTA, Maurício Jorge. **Responsabilidade civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p.146.

²²¹ ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.230.

contrária ao ordenamento, configura, por isso, configura omissão juridicamente relevante²²².

No específico âmbito legislativo, embora não se possa negar certa margem de discricionariedade, essencial à designação política, é de se afirmar série de deveres constitucionais, que, descuidados, dão azo a uma inconstitucionalidade por omissão²²³.

Não é outro o sentir de Luís Roberto Barroso:

A Constituição [...] é um corpo de normas jurídicas, ou seja, compõe-se de preceitos obrigatórios que organizam o poder político e regram a conduta, tanto dos órgãos estatais quanto dos cidadãos. Vulnera-se a imperatividade de uma norma de direito quer quando se faz aquilo que ela proíbe, quer quando se deixa de fazer o que ela determina. Vale dizer: a Constituição é suscetível de descumprimento tanto por ação, como por omissão.²²⁴

Cresce a importância dos deveres constitucionais quando se atenta que, em sua maioria, são frutos do compromisso com a instauração de uma ordem socialmente justa, que se compatibilize com os ideais democráticos e com os direitos humanos.

Não por outra razão, o próprio texto constituinte previu intrincado arcabouço para coibir a omissão legislativa, contemplando remédios aptos a serem utilizados tanto na via do controle concentrado (ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão), quanto na do controle difuso (mandado de injunção). Mais ainda. Transcendeu-se a visão restritiva de jurisdição constitucional, por muito tempo vinculada apenas e tão somente ao controle de constitucionalidade, para se consagrá-la como dimensão que, além disso, se ocupa de outros fatores básicos, dentre os quais, a plena proteção e garantia de concretização dos

²²² Como destacam Diego Freitas do Amaral e Rui Medeiros, “a omissão, mais do que um conceito naturalístico, é uma noção normativa. O seu significado ou sua razão de ser só pode, pois, ser compreendida em relação com uma norma. Por isso, para o Direito, não relevam todas as omissões e, deixando de lado agora as omissões lícitas, interessam de modo particular as omissões que contrastem os seus preceitos, ou, se se quiser, que ofendam um dever jurídico de agir.” (Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, n.3 e 4, ano XLI, p.301-382, ago./dez., 2000, p.352).

²²³ Nas lições de Flávia Piovesan, “enquanto a inconstitucionalidade por ação é inconstitucionalidade positiva, que se traduz na prática de ato violador da Constituição, a inconstitucionalidade por omissão é inconstitucionalidade negativa, que resulta de abstenção, inércia ou silêncio do poder político que deixa de praticar ato exigido pela Constituição. Isto significa que só há a omissão inconstitucional quando há o dever constitucional de ação. A inconstitucionalidade por omissão pressupõe a exigência constitucional de ação. A omissão inconstitucional caracteriza-se: a) pela falta ou insuficiência de medidas legislativas; b) pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo; c) pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou até outros atos da Administração Pública.” (**Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.90).

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidade da Constituição Brasileira. 7 ed. atual Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159-160.

direitos fundamentais²²⁵.

Estas mudanças, contudo, fazem-se sentir muito mais no campo da teoria que no da prática. A despeito de reconhecida a existência e relevância de uma dimensão positiva da Constituição, não são poucos os subterfúgios utilizados para burlar a plena vinculação a tais preceitos.

Com efeito, durante longo tempo, a pretexto de ser devido respeito a um suposto princípio da mais absoluta separação dos poderes, tanto os remédios constitucionais de controle das omissões legislativas, como também as normas contemplativas de direito e garantias fundamentais viram as sua potencialidade esvaziadas, restritas ao ponto de se chegar a defender a sua falta de eficácia. É o que noticia Norberto Bobbio, ao se embater com o problema das normas constitucionais ditas programáticas:

O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permites *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos é esse que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confinados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de “direito”?²²⁶

Felizmente, o refletir crítico sobre esta espécie de ponderação tem proporcionado graduais, embora lentos, avanços, como se depreende da perceptível evolução no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar os Mandados de Injunção de n^{os} 670, 708 e 712, que versavam sobre o ainda não regulamentado direito constitucional de greve no serviço público, abandonou o clássico entendimento de que somente poderia emitir aviso formal de mora ao parlamento, para suprir diretamente a omissão e explicitar a norma aplicável ao caso concreto²²⁷.

²²⁵ AGRA, Walber de Moura. **A reconstituição da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.17-23.

²²⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.77-78.

²²⁷ “Mandado de injunção. art. 5º, LXXI da Constituição do Brasil. Concessão de efetividade à norma veiculada pelo artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Legitimidade ativa de entidade sindical. Greve dos trabalhadores em geral [art. 9º da Constituição do Brasil]. Aplicação da lei federal n. 7.783/89 à greve no serviço público até que sobrevenha lei regulamentadora. parâmetros concernentes ao exercício do direito de greve pelos

No âmbito de eficácia das normas constitucionais, postula-se também o abandono da tímida postura de conferir graus de eficácia aos preceitos normativos, para justificar a não incidência de este ou aquele dispositivo, em prol do reconhecimento de sua mais ampla e efetiva incidência da ordem constitucional como um todo, e, em especial, dos direitos e garantias fundamentais, que, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição brasileira, devem ter imediata aplicação.

Insta, assim, superar também o entendimento de que a concretização dos direitos e garantias fundamentais ficaria a cargo do legislador infraconstitucional, que, com base no juízo político de conveniência e oportunidade, decidiria qual o momento de efetivá-los.

O único posicionamento sustentável diante da supremacia constitucional na ordem jurídica é aquele que reconhece a todos os seus preceitos o máximo de eficácia e efetividade possível, independentemente de regulamentação infraconstitucional, sob pena de subverter a estrutura lógico-jurídica, conferindo maior peso à decisão do legislador de regulamentar ou não certos direitos do que ao texto constitucional e aos direitos humanos.

E, de fato, tal entendimento reverbera também nos tribunais e nos juízos singulares, cada vez mais abertos e receptivos a aceitar a influência dos valores, princípios e cláusulas gerais na resolução dos casos concretos, deflagrando movimento conhecido como nova hermenêutica²²⁸.

Porém, longe de um definitivo assentamento, o tema suscita dificuldades de grande vulto, as quais, inclusive, têm especial influência sobre a matéria da responsabilidade civil pelas omissões legislativas. É que, conquanto vinculantes, os princípios e direitos fundamentais constitucionais não podem ser vistos em grau absoluto, seja porque idealizadores de uma ordem utópica, impossível de ser atingida em sua plenitude, seja porque, ínsito ao regime democrático, subjaz margem de discricionariedade para escolhas políticas.

servidores públicos definidos por esta corte. Continuidade do serviço público. Greve no serviço público. Alteração de entendimento anterior quanto à substância do mandado de injunção. prevalência do interesse social. Insubsistência do argumento segundo o qual dar-se-ia ofensa à independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e à separação dos poderes [art. 60, § 4º, III, da Constituição do Brasil]. Incumbe ao poder judiciário produzir a norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos, consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 670 / ES. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 30 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 jan. 2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 708 / DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 30 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 jan. 2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 712 / PA. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 30 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 jan. 2009).

²²⁸ Sobre o tema, vide tópicos 2.1.3 e 2.2.

Em suma, o problema de delimitar a responsabilidade estatal por omissões legislativas remonta à dificuldade de definir quando é que se pode dizer estar o Estado obrigado a legislar. Esta dificuldade, aliás, é que tem permitido a manutenção / reintrodução, no específico âmbito da responsabilidade pela atividade legislativa, de argumentos superados, como a separação de poderes²²⁹ e a falta de legitimidade do Judiciário para a tomada de decisões políticas²³⁰, para justificar posturas restritivas quanto à imputação ao Estado Legislador do dever de reparar danos.

Não contribuem à resolução do impasse as teorias majoritárias sobre a responsabilidade civil estatal *in genere*. A mera transposição da teoria do risco, tal como entendida pela ampla doutrina administrativista, implicaria em reconhecer o dever de reparação diante qualquer dano identificável em ato estatal, o que transformaria o Estado em segurador universal face à extensão dos deveres constitucionais. De outro lado, a solução do problema a partir da inserção do elemento de culpa, de modo a sujeitar os atos estatais omissivos ao regime da responsabilidade subjetiva, embora, consiga, por razões pragmáticas, abrandar excessos, não encontra lastro no ordenamento jurídico, tampouco fundamento ontológico que lhe justifique²³¹.

O fato é que, em meio a tudo isto, prosperam, hoje, entendimentos diversos, por vezes contraditórios, mas sobretudo incoerentes com o prestígio que merece o ordem jurídico-constitucional, seus valores e princípios.

Há, por exemplo, os que pretendem restringir, para fins de imputação de responsabilidade estatal, a relevância das omissões legislativas àquelas hipóteses em que o texto constitucional indique expressamente o dever de atuação parlamentar, como ocorre nos casos do inciso XXVI do artigo 5º e do inciso XI do artigo 7º,

²²⁹ Ao argumento da separação dos poderes, por diversas vezes se fez referência neste estudo. Crê-se ter restado suficientemente claro que a divisão das diversas atividades estatais entre órgãos de esferas distintas tem o intuito de aperfeiçoar o desempenho das funções estatais, e não o de vedar qualquer interferência de um Poder sobre o outro. Tanto assim que as funções acometidas a cada um dos Poderes são prerrogativas precípuas, admitindo que, em determinadas hipóteses, uma das esferas invista-se na tarefa que originalmente seria acometida a outra. Esta é a sistemática exposta e autorizada na Constituição Federal.

²³⁰ Também em relação à legitimidade do Judiciário já se falou. Se é verdade que, a princípio, o magistrado ou tribunal não tem legitimidade para escolher a orientação política a ser adotada, também é certo que, por lhe competir a guarda da ordem jurídica, lhe será possível realizar, ao menos, uma juízo de prognose sobre a avaliação que precedeu a escolha feita pelos órgãos políticos. Isto é, o Judiciário estará legitimado sempre que, em vista da situação concreta, analisados aspectos técnico-objetivos e macroeconômicos, as razões dadas pelas esferas políticas do Poder não se afigurem suficientes para amparar a omissão. Trata-se, à evidência, de uma situação complexa, e sua solução deve, necessariamente, cercar-se de cuidados especiais, demandando bastante zelo por parte do julgador. O que não se pode, contudo, é negar peremptoriamente o controle judicial.

²³¹ A delimitação destas teorias foi compreendida nos tópicos 3.2.4 e 3.2.5, respectivamente. O arcabouço da teoria ora proposta é apresentado no tópico 3.3.

ambos da Constituição Federal, em que se tutela, respectivamente, a pequena propriedade rural, exigindo, contudo, leis infraconstitucionais para definir os seus contornos e meios de financiamento, e o direito dos trabalhadores à participação nos lucros, também nos termos definidos em lei.

Para os que se filiam ao entendimento, somente em face desta ordem de preceitos constitucionais, que demandam regulamentação infraconstitucional expressamente, é que o parlamento estaria compelido a atuar e, por isso, poderiam vir a ser responsabilizados por danos.

As omissões legislativas que afetassem direitos e garantias fundamentais, de seu turno, não seriam aptas a consubstanciar o dever estatal de reparar danos porque, face à amplitude e indeterminabilidade de seu conteúdo, demandariam concretização pelo legislador infraconstitucional para serem assimiladas à condição de direitos subjetivos do cidadão²³².

Embora não se possa negar que, diante de determinados dispositivos constitucionais – notadamente daqueles principiológicos e “programáticos” – há dificuldade na delimitação do efetivo dever de concreção parlamentar, não subsiste fundamento para afastar peremptoriamente a impositividade dos preceitos constitucionais que contêm direitos e garantias fundamentais. Até porque tal pensamento conduziria à conclusão de falta de eficácia imediata de tais preceitos constitucionais, em clara ofensa ao quanto estatuído no art. 5º, §1º, da Constituição.

O problema de evitar, no momento de aferição da responsabilidade civil do Estado Legislador, extremos que lhe equiparem a um segurador universal ou que lhe permitam a omissão é superado diante da estruturação da idéia de responsabilidade a partir do referencial de ilicitude, que, assimilada à idéia de antijuridicidade, dissocia-se da culpabilidade, e passa a servir à responsabilidade objetiva, delimitando-a de forma mais precisa e coerente.

O que passa a ser fundamental para definir se o Estado é ou não responsável por danos reputados a uma omissão sua é aferir se houve ilicitude / antijuridicidade em seu comportamento – o que, aliás, remete à própria definição de omissão –. Tal análise, sem embargo de ser empreendida de forma objetiva, isto é, sem considerações acerca de culpa ou reprovabilidade na conduta, não é nada simples, porquanto dependa,

²³² Neste sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p.330-332; MOTA, Maurício Jorge. **Responsabilidade civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p.167.

sobretudo nos casos em que se debate dano fundado em omissão frente a norma principiológica, da constatação do que era possível ser realizado pelo ente público, pois, como bem asseveram Diego Freitas do Amaral e Rui Medeiros:

Em lugar da pura e simples sobrevalorização da dimensão do dano e da vítima, defende-se que, num Estado com carências econômicas e sociais diversificadas, o dever de indenizar deve ser estabelecido em função da possibilidade de agir do Estado, forjada no circunstancialismo concreto, segundo o princípio do que é *razoável* pedir que faça. A conclusão impõe-se, em especial, num contexto – como o actual – marcado pela crise do Estado-Providência, porquanto a extensão do dever de indemnizar não é inócua do ponto de vista financeiro e, mesmo que não conduza ao agravamento dos impostos, implica pelo menos a utilização de receitas públicas, que, de outra forma, poderiam ser canalizadas para a realização de outros objectivos igualmente legítimos.²³³

Dito de outro modo, a constatação de ilicitude na conduta pública dependerá de aferição, diante do caso concreto, sempre conduzida por um juízo de proporcionalidade que traz, subjacente a si, os limites da reserva do possível. O julgador deverá se imiscuir na situação que lhe fora submetida e, diante dela, aferir se a omissão foi excessiva e injustificada e, por isso, juridicamente relevante.

Reitere-se que, ao falar em reserva do possível, não se está admitindo que o Estado invoque como fundamento a mera falta de caixa. Há uma vinculação aos direitos fundamentais e vige a suposição de que estes se trasladam em direitos públicos subjetivos. Competirá ao Estado romper com esta presunção, provando que era impossível, diante da conjuntura e de todas as demais necessidades, ter instaurado a medida que o cidadão invoca como direito seu. Por óbvio, isto dependerá de uma análise macroeconômica do contexto: o Estado, seguramente, tem fundos para custear o ensino universitário na melhor universidade privada do país para qualquer indivíduo, conseguirá, todavia, custear, sem prejuízo de suas demais atribuições fundamentais, a mesma educação para todos os brasileiros? Somente em caso de resposta positiva é que se pode admitir estar diante de efetivo direito público subjetivo, a permitir a imputação do dever de reparar os danos.

Perceba-se que, com isto, não há invasão do âmbito político pelo Poder Judiciário. O controle é empreendido apenas sobre os atos excessivos – desproporcionais – do Legislador, a quem continua deferida, como margem política de atuação discricionária, amplo leque de opções políticas.

²³³ AMARAL, Diego Freitas do; MEDEIROS, Rui. Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, n.3 e 4, ano XLI, p.301-382, ago./dez., 2000, p.348-349.

Assim, tem-se por plenamente viável a imputação do dever de reparar ainda que diante de omissões legislativas. O fato de ser árdua a sua aferição / caracterização, mormente em face dos direitos e garantias fundamentais, porquanto vagos e indeterminados, não consubstancia razão para negar peremptoriamente a possibilidade de reputar inconstitucional o comportamento do parlamento.

Neste sentido, reporte-se, para finalizar, o caso Aquaparque, objeto de disputa judiciária em Portugal. Os pais de Frederico de Mendonça Duarte, falecido em 30 de julho de 1993, quando contava 09 anos de idade, num acidente em parque aquático, exigiram do Estado lusitano o pagamento de indenização pelos prejuízos, sob o argumento de que o evento trágico teria derivado da falta de legislação que regulamentasse o seguro funcionamento da espécie de estabelecimento.

A decisão do caso é paradigmática, já que, a despeito de o ordenamento português submeter o Estado à responsabilidade subjetiva, valeu-se de instrumentos de objetivação da culpa²³⁴ para fins de imputar o dever de reparação ao Estado. A própria ementa da decisão é indicativa do raciocínio encampado:

I) A ausência de legislação específica sobre segurança em parques aquáticos traduz uma omissão do Estado na sua produção normativa, atenta a factualidade conhecida da actividade dos parques aquáticos, tendo em consideração os interesses em jogo na utilização que os cidadãos fazem desses parques.

II) O Estado, conhecendo a existência de acidentes em parques aquáticos, não podia ignorar que os acidentes continuariam a ocorrer se não fossem tomadas medidas legislativas que prevenissem esses acidentes.

III) A ausência de legislação naquela actividade perigosa que definisse como deviam ser as grades ou grelhas, em termos de material, configuração e fixação dos mesmos, aumentou o risco de verificação de danos – no caso a morte de um menor sugado através de uma tubagem de escoamento de drenagem.²³⁵

Do exemplo, quando pouco, se extrai que, imbuindo-se em um referencial de democracia e apego ao Estado de Direito, é possível, ainda diante de

²³⁴ Vem clara no parecer de Diego Freitas do Amaral e Rui Medeiros sobre o caso: “E não se diga, fechando o parênteses, que a teoria da culpa, porventura até integrada num conceito mais vasto e incindível de *faute*, não pode ser admitida, pois, doutra forma, estar-se-ia a reconhecer, no plano da responsabilidade civil do Estado pelo ilícito legislativo, a relevância de uma culpa psicológica dos titulares dos órgãos legislativos. É que, como é evidente, na determinação da culpa de uma pessoa coletiva não se trata de apurar uma vontade naturalística, a indagar por meios psicológicos. Há culpa do Legislador, neste sentido, quando este podia e devia ter evitada a acção ou omissão ilícita.” (Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, n.3 e 4, ano XLI, p.301-382, ago./dez., 2000, p.350.)

²³⁵ PORTUGAL. Varas Cíveis de Lisboa. Sentença proferida no caso Aquaparque. Juíza: Anabela Luna de Carvalho, Lisboa, 09 out. 2000. **Sub Judice: justiça e sociedade**. [Lisboa], n.17, p.107-121, jan-mar, 2001, p.107.

dificuldades como a aferição de culpa, que se responsabilize civilmente o ente público até mesmo pela sua omissão legislativo.

4.2.3 Das leis que não merecem expurgo do sistema jurídico

O reconhecimento da responsabilidade do Estado pelos danos causados por leis inconstitucionais, comissivas ou omissivas, é importante passo para a efetivação do princípio do Estado de Direito. Porém, para a sua plena afirmação, há mais o que percorrer. A garantia dos indivíduos em face da atividade legiferante deve ser concebida em perspectiva ainda mais ampla, que açambarque também hipóteses de danos causados por leis ditas “constitucionais”, por não merecerem expurgo da ordem jurídica.

O tema é demasiado polêmico e necessita de prévia contextualização.

Uma primeira postura identificável no tema consiste em negar, peremptoriamente, a possibilidade de responsabilização do ente público por qualquer ato legal não passível de remoção do ordenamento por meio do controle de constitucionalidade, por entender que isto configuraria indevida turbação da função legiferante e ofensa ao princípio da separação dos poderes²³⁶.

É este, por exemplo, o entendimento de Themistocles Brandão Cavalcanti, que, mesmo admitindo a possibilidade de dano decorrente de leis conformes à Constituição, é bem claro ao aduzir que:

se o ato legislativo produz dano a terceiros, se as suas conseqüências podem causar prejuízo, ao próprio legislador cabe verificar e determinar os danos sujeitos a indenização e fixar as normas de equilíbrio econômico, a fim de restabelecer a justa distribuição dos prejuízos e dos encargos pela coletividade.²³⁷

Esta posição, todavia, já foi suplantada tanto em sede doutrinária quanto em jurisprudência, deriva, em verdade, de anacrônicas leituras de preceitos básicos, como o princípio da separação de poderes, concebido ainda em termos absolutos, e a vinculação à ordem constitucional, enxergada apenas em sua dimensão negativa.

Bem mais aceito, hoje, é o entendimento de que é, sim, possível

²³⁶ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, 2 v.; LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

²³⁷ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p.435-436.

a imputação ao Estado do dever de reparar o dano decorrente de lei que, embora constitucionalmente viável, cause prejuízos aos particulares. Obviamente, isto não deverá – e nem poderia – ocorrer em todos os casos, já que, diante de qualquer modificação da ordem jurídica que alargue a proteção jurídica de um determinado segmento social, termina por, naturalmente, impor maior gravame sobre outro, gerando-lhe um prejuízo.

Na busca de parâmetros para a delimitação das hipóteses de responsabilidade, a doutrina procura identificar situações concretas que, duma perspectiva de equidade, afigurem-se incoerentes, para, somente então, perquirir acerca do fundamento capaz de legitimar a imputação ao Estado do dever de reparar os danos derivados de lei que, da perspectiva do controle constitucionalidade, afigurem-se válidas.

Embora nobre, a tarefa apresenta o inconveniente de ser tópica, dependente, portanto, dos casuísmos. Por isto, apresenta contradições internas e, não raro, permite infundáveis debates acerca do elemento capaz de legitimar o dever de reparação estatal em tais casos.

O fundamento mais comumente invocado, para justificar a imputação do dever de reparar os danos derivados de leis constitucionais reside na equânime repartição dos encargos públicos, que, intuída por Léon Duguit a partir dos princípios da isonomia e da solidariedade social, exigiria a equitativa repartição dos sacrifícios em prol da coletividade por todos os seus membros²³⁸, pelo que, transposto o raciocínio para o âmbito dos danos oriundos de lei constitucionalmente válida, se aceitaria a possibilidade de consubstanciarem dever de reparação estatal, desde que: (a) importassem na imposição de maior sacrifício a um particular ou a número restrito de indivíduos; e (b) ultrapassassem os limites do quanto socialmente exigível em virtude do convívio comunitário²³⁹.

Exigir-se-ia, assim, para o reconhecimento do dever estatal de reparar em face de lei constitucionalmente legítima, que o dano se caracterizasse como especial e anormal. Posto nestes termos, o problema da imputação estatal abandona qualquer referência à conduta do ente público e passa a ser visto pela perspectiva do dano. É diante dos

²³⁸ Nas palavras do próprio Léon Duguit: “*si la organización y el funcionamiento de un servicio ocasionan a un grupo o un individuo cargas excepcionales, un perjuicio particular, el patrimonio afectado a este servicio público debe soportar la reparación del perjuicio, con la condición, sin embargo, de que haya una relación de causa o efecto entre la organización o el funcionamiento del servicio y el perjuicio.*” (**Las transformaciones del Derecho: público y privado**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975, p.140)

²³⁹ Neste sentido, Maria Emília Mendes Alcântara assevera: “Salienta-se mais uma vez que em matéria de atos lícitos há que se proceder à distinção entre encargos exigíveis sem compensação, que se constituem em decorrência da vida em sociedade, dos sacrifícios impostos a poucos em benefício do interesse social. Só nesta última hipótese cabe falar em reparação patrimonial.” (**Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.62).

efeitos concretos, e não da conduta que lhes deu causa, que se vai buscar elementos para definir a imputabilidade ou não do dever de reparação.

Este tipo de percepção, sem embargo de conseguir resolver corretamente alguns casos, apresenta graves inconvenientes. O fato de pretender se pautar na análise das conseqüências, sem qualquer referência ao ato originário, indica opção por critérios pragmáticos, definidos sem grande preocupação com a efetiva adequação sistêmica, o que não só entreabre margem para críticas, como conduz a situações de flagrante incoerência, como a que decorre da constatação de que, seguindo-se à risca, por exemplo, a idéia de especialidade do dano, chega-se à paradoxal conclusão – injustificável em termos jurídicos – de que o dano causado a um é indenizável, mas o dano causado a muitos, não.

Em contraponto ao fundamento da equânime distribuição dos encargos públicos, alguns autores sustentam o direito de propriedade como anteparo suficiente para justificar o dever de reparação de danos oriundos de leis constitucionalmente válidas²⁴⁰. Segundo esta tese, o direito de propriedade, enxergado a partir de sua perspectiva constitucional, firma-se como garantia de dupla feição, a impedir intervenções injustificadas em direitos patrimoniais dos particulares, e a assegurar, em casos de desapropriação, requisição ou monopolização, o pagamento de indenização.

Também aqui, embora a tese sirva para justificar, de forma válida, uma série de casos – alguns dos quais quedavam sem solução perante a proposta da equânime repartição dos encargos públicos –, como aqueles em que o Estado toma para si o monopólio ou torna ilícita atividade econômica antes liberada à iniciativa privada, peca em outros aspectos.

Em um primeiro plano, falha por não conseguir referendar os casos em que haja ofensa a direito existencial, o que, em última hipótese, significaria negar-lhes tutela. Esta é, aliás, a explícita opção de Maurício Jorge Pereira Mota, que a justifica em uma suposta supremacia do interesse público, nos seguintes termos:

No caso da responsabilidade civil por atos legislativos lícitos não estão abrangidos os chamados danos morais. Isto se dá em função da preponderância do interesse público sobre o particular a excluir aquela forma de reparação. Se o ato está em conformidade com o ordenamento, não é cabível reparar o dano moral sofrido mas, tão-somente, recompor a situação

²⁴⁰ Este o entendimento de: MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992; MOTA, Maurício Jorge. **Responsabilidade civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.

material existente.²⁴¹

Data venia, não se consegue conceber um interesse público em termos tão flexíveis quanto o suscitado autor: por coerência lógica, ou bem prevalece o interesse público face ao particular e não se indeniza nada, nem o direito patrimonial, tampouco o direito existencial, ou bem se entende que, no caso, há que se contemplar a ambos. Solução diversa implicaria – como parece ser a posição do autor em comento – em reconhecer o patrimônio como instituto juridicamente mais relevante que o próprio valor existencial do indivíduo, o que não se pode conceber.

Demais disto, a utilização do direito de propriedade como fundamento único do dever de reparação estatal jamais conseguiria delimitar e distinguir os casos de legítima limitação da propriedade privada, como no caso em que o plano diretor limita a altura máxima para a construção de prédios na orla de determinado município, frustrando projeto de particular que, pouco antes, comprara imóvel com a finalidade de construir um hotel. Seguramente, para se chegar a uma solução deste caso, o direito de propriedade deverá ser levado em consideração, deverá sê-lo, todavia, em contraposição com outros valores, princípios e direitos, em um juízo de proporcionalidade.

Em rigor, o problema com que se deparam ambas as teses (da equânime repartição dos encargos públicos e do direito à propriedade) é o mesmo: uma falha de perspectiva, que, em muito, remonta à equivocada percepção da responsabilidade civil objetiva.

No suposto de que a responsabilidade fundada no risco pressupõe, como elementos essenciais, apenas o dano e o nexos causal, doutrina e jurisprudência, quando não refutam, de plano, a sua aplicação, buscam novos fundamentos a partir dos quais possam delimitar o dever de reparação do Estado, impedindo a sua conversão a um segurador universal. Não é outro o escopo das teorias que se acabou de expor: pretendem delimitar a responsabilidade estatal, quando diante de lei compatível com a Constituição, às situações em que se identifica uma subversão na distribuição dos encargos públicos ou lesão ao direito de propriedade.

O pecado que ambas cometem reside na equivocada leitura do instituto da responsabilidade civil, que, mesmo em sua feição objetiva, depende da aferição de ilicitude no comportamento que origina o dano. O referencial decisivo para definir a

²⁴¹ MOTA, Maurício Jorge. **Responsabilidade civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p.240.

imputação do dever de reparação não pode ser a natureza do dano – se patrimonial ou não –, tampouco uma qualidade sua – anormalidade ou especialidade –, mas a própria conduta que o originou, que deverá passar por um juízo de ilicitude.

Obviamente, a aferição da ilicitude, nos casos de responsabilidade objetiva, é empreendida independente da constatação de culpa ou dolo do agente. Nestas situações, diante do caso em análise, há de se questionar acerca da existência de comportamento objetivamente contrário ao ordenamento, apto a configurar quebra de dever de segurança. Se ele se faz presente, perfeita a imputação. Porém, se o agente atuou de forma irretorquível, totalmente legítima, não há como lhe imputar a obrigação de reparar algum dano eventualmente causado, pois, em última instância, tal dano não poderá ser considerado relacionado à sua atuação.

O fundamento que consubstanciará a hipótese de dano indenizável pelo Poder Público é único, aplicável a qualquer hipótese, e reside na ilicitude da conduta estatal. Sempre que um comportamento do Estado ofenda, de forma objetiva, a ordem jurídica há que se lhe impor o dever de reparar os danos eventualmente causados.

Esta regra vale também para a atividade legiferante: o parâmetro para definir a imputação do dever estatal de reparar dano causado por uma lei, dependerá da aferição de ilicitude do ato legislativo em si.

Neste ponto, abre-se parênteses para oportuna e necessária explicação. O juízo de ilicitude de uma lei não implicará no necessário reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Somente nos casos em que a lei afronta a Constituição de forma intensa, afigurando-se com ela incompatível, é que terá a sua nulidade reconhecida, sendo expurgada do sistema jurídico. Possíveis, todavia, são os casos em que, com a edição de uma lei, perpetre-se ofensa a algum(ns) preceito(s) constitucional(is), sem que isto seja determinante da sua incompatibilidade com o sistema jurídico.

Trata-se, pois, das situações em que a atividade legiferante é empreendida com prejuízo de algum dever anexo imposto ao Estado. Significa dizer, alguma garantia ou direito constitucionalmente reconhecido ao indivíduo é ofendido. Porém, como a lesão se evidencia apenas no plano da relação entre o(s) sujeito(s) afetado(s) e o ente público, isto é, numa perspectiva restrita e delimitada, a lesão não é suficiente para determinar a invalidade da lei e no seu conseqüente afastamento do sistema jurídico, porquanto, em uma macro-perspectiva, ela se mostre legítima e compatível com a Constituição.

São, precisamente, estes os casos em que se pode invocar o dever de reparação do Estado por leis “constitucionais”. O Estado Legislador atua, dentro de

sua função e em cumprimento de seu dever, porém, ao fazê-lo, afeta algum direito ou garantia básica de terceiro, causando-lhe dano. A atividade legiferante, como um todo, é legítima e autorizada pela ordem jurídica, porém, há ofensa em relação a alguma condicionante do exercício.

Não apenas o ônus da equânime repartição dos encargos públicos ou a garantia da propriedade servirão para justificar a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos constitucionalmente válidos. A ofensa a qualquer preceito constitucional que se apresente como direito ou garantia individual será idônea a tanto. Indiferente será, para fins de consubstanciar a responsabilidade do Estado Legislador, se a lei ofendeu direito adquirido, a dignidade da pessoa humana, a garantia da propriedade privada, a igualdade ou qualquer outro preceito extraído da ordem suprema. Em todos os casos surgirá o dever de reparar o dano comprovado, pois o que efetivamente importa para consignar a responsabilidade civil é a ilicitude, entendida enquanto contrariedade à ordem jurídico-constitucional.

É bem verdade que, nem sempre – na verdade, quase nunca –, a aferição desta ilicitude será fácil, já que depende do recurso à técnica da ponderação de interesses e das máximas da proporcionalidade e da igualdade para chegar a um veredicto conclusivo sobre a liceidade do ato no plano do caso concreto / individualizado²⁴².

A solução defendida, de plano, afigura-se útil à resolução dos casos com que se deparavam os teóricos da equânime repartição dos encargos públicos e da defesa do direito de propriedade. No caso, por exemplo, em que o Poder Público, sem conceder qualquer indenização, transforma, mediante ato legislativo, determinado terreno privado em área de reserva ambiental, de modo a lhe retirar todo o conteúdo econômico, tem-se especial situação em que, embora legítima a prerrogativa de transformar uma área privada em reserva ambiental, condiciona-se o seu exercício à indenização do particular, tanto por respeito ao direito à propriedade quanto à equânime repartição dos encargos públicos, a impedir que o particular seja onerado sozinho por um benefício que se reverterá ao bem de toda coletividade. Trata-se, visto deste ângulo, de um direito condicionado do Estado, já que para exercê-lo, deve respeitar deveres adjuntos, sob pena de não o fazendo, incidir na prática de comportamento antijurídico, apto a legitimar a imputação da responsabilidade pelo pagamento da indenização negada, acrescida, ainda, de eventuais majorações que disto

²⁴² Trata-se, em rigor, de incorporar as técnicas próprias do neoconstitucionalismo e da nova hermenêutica, já referida em momento anterior deste trabalho. Vide, em especial, tópicos 2.1.3 e 2.2.

decorram.

Perceba-se que, neste tipo de situação, o fato de o Estado não ter cumprido com todos os seus deveres anexos não justifica a declaração de nulidade (*rectius*: inconstitucionalidade) da lei, pois, em *ultima ratio*, o interesse público determina a sua compatibilidade com a ordem jurídica, justificando a sua manutenção. A ilicitude, por não lesar frontalmente a ordem jurídica, apenas enseja, em casos tais, a recomposição do dano injustamente imposto.

Mas, a proposta ora formulada tem o mérito de não se restringir apenas e tão somente à explicação dos casos que, bem ou mal, já eram explicados pela doutrina. Ela apresenta potenciais mais amplos, a permitir que se explorem os valores constitucionais em situações ainda mais complexas.

Imagine-se a situação em que o Estado, interessado em estreitar suas relações comerciais com país vizinho, estimula a iniciativa privada à importação de bens e produtos de tal origem. Para tanto, vale-se não apenas de intensa campanha, como também da redução da alíquota do imposto de importação para valor simbólico. Uma série de empresas, confiantes na manutenção desta política de aproximação, efetua investimentos consideráveis, que, todavia, poderiam ser recuperados em curto prazo, acaso mantidas as condições originais. Ocorre que, por um motivo qualquer, o Estado desiste da política de aproximação com este vizinho específico, e, subitamente, para estimular a indústria local, eleva as alíquotas do imposto de importação a patamar proibitivo. Com este fato, as empresas, como um todo, vêem frustrada a possibilidade de reaver os investimentos para o início das atividades e, algumas, sofrem prejuízos ainda maiores porque, embora tivessem efetuado a compra de grande quantidade de insumos antes da mudança de orientação política, quando da chegada dos bens à alfândega, as novas alíquotas já estavam em vigor.

Diante de tal situação, não há como negar a constitucionalidade do decreto que aumentou a alíquota do imposto de importação, porquanto se trate de tributo de natureza política, sujeito, por isso, a oscilações. Há, porém, entreaberta pela perspectiva ora proposta à responsabilidade estatal legiferante, margem para questionar se, em face especificamente das empresas que fizeram comprovados e vultosos investimentos na atividade, em virtude de confiança incutida pelo próprio ente público, não há a ruptura de um dever constitucional de segurança jurídica e lealdade para com os particulares que autorize a indenização dos prejuízos.

A resolução do caso específico é o que menos importa agora. Longe de ser fácil, ela deverá considerar a influência que a política originariamente adotada

teve para os investimentos realizados pelas empresas, se o risco estava implícito no negócio, se a modificação política foi necessária, adequada e proporcional, dentre tantos outros fatores, sempre sopesados à luz da ordem-constitucional.

O que se quer, neste momento, é tão-somente demonstrar que, visto o problema da responsabilidade civil estatal pela atividade legiferante a partir da perspectiva proposta, abre-se a possibilidade de maior efetivação dos valores fundantes da ordem jurídica, em prol da concretização ainda mais plena do Estado de Direito.

5 CONCLUSÃO

Ao final desta dissertação, destacam-se, em síntese, as seguintes conclusões:

1. A idéia de lei, embora revele-se como uma das mais familiares e inatas noções do homem, afigura-se componente de um conjunto de noções extremamente vagas e confusas, que não apenas podem ser desdobradas em diferentes perspectivas e significados, como também dependem de variáveis históricas.

2. Em uma perspectiva bem ampla, o conceito de lei é equiparado ao de direito, de modo a lhe conferir o sentido de norma jurídica, qualquer que seja a sua fonte.

3. Em um significado mais delimitado, as leis são encaradas apenas e tão somente enquanto manifestações escritas que servem de fonte para as normas jurídicas.

4. A idéia de lei possui outro uso lícito, ainda mais restrito, específico da conjuntura moderna, em que aparece necessariamente atrelada a uma instância política, o Estado, e a um processo de produção, o devido processo legal. É principalmente sobre esta última perspectiva de lei que se centram os esforços do ensaio.

5. Embora a feição absolutista tenha sido relevante para criar as condições básicas para o desenvolvimento de um sistema legal amplo e abrangente, é no Estado Liberal que se firma a estrutura básica, assente em um constitucionalismo bem sintetizado nos idéias fundamentais da soberania nacional, do regime representativo e da separação de poderes, a partir do qual o referencial de lei moderna se afirma e assume papel de preponderância face às demais instâncias político-estatais.

6. O destaque do Poder Legislativo deve-se ao fato da função a si acometida ser identificada com valores básicos e caros à pauta político-ideológica condutora do processo de transformação social então carreado.

7. Em um primeiro plano, a preocupação com a igualdade, refletida na insatisfação com os privilégios e benesses conferidos durante o antigo regime a alguns estamentos sociais, poderia ser ultrapassada por meio das leis, que, elaboradas para ter incidência geral, dirigindo-se a todo um conjunto indistinto de pessoas, impediam que as características pessoais – ressalvadas aquelas expressamente contempladas no ordenamento – se desdobrassem em discriminações ou privilégios.

8. As leis eram associadas também à segurança no trato social, já que, entendidas como formulações abstratas, responsáveis por definir os fatos relevantes e as suas conseqüências, permitiam que por meio da simples leitura do ordenamento positivo, se tivesse a exata medida e extensão dos desdobramentos que a prática de qualquer conduta poderia determinar.

9. Às leis eram acometidas a concretização do valor liberdade, na medida em que serviam à emancipação dos cidadãos não só na esfera pública, por desvinculá-los do arbítrio e dos caprichos de um soberano absoluto, mas também na instância particular, porquanto, definidos os direitos de cada um, o indivíduo ficaria livre para buscar os seus próprios desígnios, salvo quando isto colidisse com a esfera jurídica de outrem.

10. Assenta-se o princípio da legalidade, cujas repercussões se fazem notar tanto no âmbito do direito privado quanto na seara pública. Na dimensão particular, o princípio em comento define que tudo o que não é juridicamente proibido, está juridicamente permitido. No que diz respeito à esfera do Poder Público, o princípio da legalidade informa que sua atuação só será legítima quando houver lei a consignar e autorizar a sua conduta.

11. Na medida em que o Estado se vincula às leis que cria, constitui-se o primeiro formato do Estado de Direito.

12. O modelo liberal de Estado revelou-se fadado ao fracasso e, para que as estruturas não ruíssem, fez-se necessária uma readaptação de rumos, com o que se constituiu o Estado Social, que se investe da precípua função de interventor na economia e na ordem social.

13. Mudanças significativas se fazem notar. As Constituições passam a consagrar novos direitos e estipular metas audaciosas para o Estado, cada vez mais ativo e essencial. O Estado abandona o papel de opositor da sociedade e passa a ser complementar.

14. O Estado de Direito torna-se Estado Constitucional, em face da revigorada função sistêmica reconhecida ao documento fundante. A partir disto, agrega-se não somente nova perspectiva ao controle de constitucionalidade das leis, aferido tanto em uma perspectiva institucional ou estática quanto em uma dimensão axiomática ou dinâmica, como à jurisdição constitucional é incorporada uma perspectiva positivamente vinculante, apta a delinear parâmetros de imperiosa observância à atuação de qualquer sujeito, e especialmente do Estado.

15. O Poder Legislativo perde o excessivo destaque que possuía

e passa a dividir as atenções com as demais esferas de Poder. O Judiciário, na condição de guardião da ordem constitucional, era valorizado na medida em que se lhe reconhecia legitimidade para interferir e assegurar a intangibilidade das normas fundamentais, tanto em uma perspectiva negativa quanto em uma positiva. O agigantamento do Estado apõe destaque também ao papel do Executivo, que, encarregado do múnus da administração do governo, envolve-se com maior ênfase nas situações e problemas concretos, e se torna a principal gestora da pauta legislativa, e, não raro, por ter de lidar com questões de extrema volatilidade, precisa se socorrer de soluções mais céleres e ágeis que as oferecidas pelo processo de produção legal ordinário, no mais das vezes demasiado longo e tortuoso.

16. Tudo isto remete à erosão da lei formal, a indicar uma crise do modelo liberal de lei, que, derivado do crescente desprestígio e descrédito da lei parlamentar, desdobra-se na emergência de novas instâncias normativas.

17. O processo de transição para um novo modelo de lei foi – é – dificultado em face da influência do paradigma epistemológico positivista, que, em sua vertente mais estreita, continua a apregoar a supremacia da lei formal.

18. Dificuldades históricas conduziram, porém, à afirmação de novos rumos, bem expressos nos movimentos do neoconstitucionalismo e da nova hermenêutica, responsáveis por exigir postura mais comprometida com a efetivação de determinados valores e princípios.

19. Atuando sobre o Legislativo, estas modificações impõem-lhe uma nova pauta de atuação, que, não atendida, é capaz de denunciar abusos e subversões do processo político. Vincula-se, pois, aos valores democráticos e aos direitos humanos. Para satisfazê-los, deve, não raro, socorrer-se de máximas como a da proporcionalidade e a da igualdade.

20. Resguarda-se, porém, margem de atuação discricionária ao legislador, que poderá agir livremente em determinados espaços de ação, intangíveis ao Judiciário.

21. Diante de tudo isto, as leis podem ser visualizadas a partir de duas perspectivas. De um ponto de vista formal, simbolizam o ato produzido pelo parlamento. Esta noção é insuficiente e inadequada ao contexto atual. Do ponto de vista material, define-se por lei o ato que se reveste de suas características básicas (coercitividade, abstração e generalidade), independente de sua origem parlamentar ou não. Admite-se mitigações em relação a estas características básicas.

22. Fala-se em crise do direito legislado para remeter à

descrença que circunda o parlamento, seja em virtude do déficit de efetiva representatividade, seja em face da impossibilidade de cumprir satisfatoriamente com as tarefas que classicamente lhe eram atribuídas. Isto abre margem para a concessão de poder normativo a outras instâncias políticas.

23. A despeito da crise, o parlamento continua sendo órgão chave para a democracia. Seu papel deve ser repensado, jamais negligenciado.

24. As espécies subjetiva e objetiva da responsabilidade civil tendem a ser tratadas de forma estanque, sobretudo por terem se desenvolvido em momentos distintos e pelo apego da doutrina e da jurisprudência a conceitos clássicos.

25. O conceito de ilícito, embora substrato essencial, útil à estruturação de um regime comum da responsabilidade civil, é geralmente refutado em face da teoria objetivista em virtude de sua indevida associação à idéia de culpa.

26. A ilicitude, concebida enquanto ofensa objetiva a um dever originário, deve ser utilizado como filtro de reparação tanto da responsabilidade civil subjetiva, quanto da responsabilidade civil objetiva, diante da qual exerce o importante papel de evitar a imputação de dever de reparação descabido, porque, em última hipótese, desvinculado do dano.

27. Não há que se falar em responsabilidade civil por ato lícito. Quando perfeito e escorreito o ato, se gerar situação de recomposição de danos, o fará a título de obrigação originária (direito condicionado).

28. O dano é o elemento da responsabilidade civil responsável por definir o parâmetro a partir do qual se quantificará o dever de reparar, definindo o valor devido à vítima. A reparação não poderá ser aquém do prejuízo sofrido, tampouco deve excedê-lo, sob pena de dar azo a enriquecimento sem causa.

29. Nexo causal é o juízo mental que possibilita a constatação objetiva, diante do caso concreto, de que foi a conduta ilícita de um indivíduo a causa do dano. Embora, aparentemente simples, a noção, quando posta em prática, é complexa e admite teorizações. Mais coerente com a sistemática brasileira atual é a teoria do dano direto e imediato, que insere, no próprio juízo de causalidade, a possibilidade das excludentes de responsabilidade.

30. À responsabilidade do Estado, após longo percurso, foi reconhecida a aplicação do regime da responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco.

31. A ampla maioria da doutrina administrativista acredita que,

diante do regime eleito, basta a presença de dano e nexa causal para configurar a responsabilidade do Estado pela reparação. Isto, porém, gera dificuldades concretas, porquanto transforme o ente público em um segurador universal.

32. Diante da dificuldade, surgem teorias que, subvertendo a ordem jurídico-constitucional, defendem a não aplicação do regime objetivo da responsabilidade em determinadas situações, como aquelas em que o dano advém de ato omissivo.

33. As dificuldades com que se debate a doutrina seriam superadas se incorporado o elemento da ilicitude, concebida em sua perspectiva objetiva, aos elementos essenciais também ao regime objetivo da responsabilidade civil. Apesar de, no caso concreto, ser sempre essencial perquirir, com grande dispêndio de esforço, acerca das efetivas condições de se evitar um dano, é possível delimitar a imputação do dever de reparação do dano de forma coerente ainda diante dos atos omissivos.

34. No âmbito da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos grassa ainda maior dificuldade, porquanto ainda vigorem resquícios de entendimentos pela irresponsabilidade do ente público, com base em argumentos como a identificação entre lei e soberania; a afirmação da lei como instrumento de inovação da ordem positiva; a insuscetibilidade das leis, porque genéricas e abstratas, produzirem danos particularizados; e até mesmo a representatividade e a imunidade parlamentar. Todos são argumentos despidos de fundamentos, porém.

35. Mesmo que admitida a responsabilidade, ainda assim surgem problemas na sistematização da responsabilidade do Estado Legislador. Tende-se a conferir tratamento segmentado ao tema, buscando-se fundamentos e inspiração diferenciados conforme se trate de dano proveniente de lei inconstitucional, de omissão legislativa ou de lei constitucional.

36. Mesmo diante das leis inconstitucionais, em face das quais há maior aceitação do dever de reparar danos, opõem-se óbices que dificultam, quando não inviabilizam a imputação da responsabilidade. Suscita-se questões como a necessidade de prévio reconhecimento da inconstitucionalidade por via de ação principal e dificuldades em torno das leis formalmente inconstitucionais.

37. Quanto às omissões legislativas e aos danos provenientes de leis constitucionais, o posicionamento, até mesmo doutrinário, é demasiado tímido e insuficiente à concretização da ordem constitucional em sua plenitude. A maioria da doutrina entende que as omissões só serão relevantes quando houver expresso dever de legislar

imposto no texto constitucional, enquanto que, em face das leis constitucionalmente válidas, discute-se acerca de seu fundamento, sem, porém, se chegar a uma solução satisfatória à efetiva proteção dos direitos e garantias básicos do cidadão.

38. Aceita a tese de que a ilicitude, concebida em sua perspectiva objetiva, é critério válido também para a delimitação da responsabilidade do Estado Legislador consegue-se chegar a um posicionamento em que se faz possível, e justificável, dentro do sistema constitucional, aferir as situações em que o dano causado por qualquer espécie de ato legislativo é indenizável.

39. Em face das leis inconstitucionais, o critério residirá na lesão gerada a um direito do particular lesado, que fará jus à reparação de eventuais danos daí provenientes. Em face das omissões, o critério passa a ser a inércia constitucionalmente relevante, aferida, sempre e necessariamente, com base em técnicas como a ponderação de interesses, a máxima da igualdade e da proporcionalidade, e a partir de uma perspectiva macroeconômica, capazes de demonstrar, no caso concreto, se era ou não possível que o Estado tivesse agido para evitar o prejuízo. O ente público só se eximirá se comprovar que era inviável a pretensão que lhe é imposta. Quanto às leis constitucionalmente válidas, trata-se de admitir que é possível a violação de deveres constitucionais anexos pelo Estado sem que isto implique em invalidade constitucional do ato legislativo como um todo, porquanto a sua repercussão ilícita se restrinja à seara do(s) particular(es).

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.
- ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- ALEXY, Robert. Da estrutura dos direitos fundamentais à proteção. Traduzido por Artur Ferrari. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, n.2, p.317-336, jan./jun., 2008.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Constitucionalismo discursivo**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972.
- AMARAL, Diego Freitas do; MEDEIROS, Rui. Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, n.3 e 4, ano XLI, p.301-382, ago./dez., 2000.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6 ed. rev. atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10 ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2000, 2 v.
- ARISTÓTELES. **A Política**. 15 ed. Traduzido por Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación. DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, n.6, 1989, p.385-404. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 06 jan. 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidade da Constituição Brasileira. 7 ed. atual Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, t.3.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BAUMAN, Zygmund. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Traduzido por José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 10 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003.

_____. **Nem com Marx, nem contra Marx**. Organizado por Carlo Violi. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

_____. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, 2 v.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BINENBJOM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 219117 / PR. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 03 ago. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 8889 / SP. Relator: Min. Edgard Costa. Brasília, 19 jul. 1948. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855924/recurso-extraordinario-re-8889-stf>>. Acesso em: 15 set. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 670 / ES. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 30 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 708 / DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 30 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 712 / PA. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 30 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

BÜHRING, Márcia Andrea. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado**. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3 ed. amp. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMARDELLI, Bárbara. A responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

_____. **Juízes irresponsáveis?** Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado.** 2 ed. Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. Revisto por José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

CARNEIRO, Wálber Araujo. Escassez, eficácia e direito sociais: em busca de novos paradigmas. **Revista do programa de pós-graduação em direito da UFBA**, Salvador, n.11, p.371-388, jan./dez. 2004.

CASTRO, Celso Luiz Braga de. Reparabilidade do dano ambiental – aspectos polêmicos. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos. **Constitucionalismo: os desafios do no terceiro milênio.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CATTONI, Marcelo. **Devido processo legislativo.** 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, 2 v.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo.** 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 5 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público.** 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. rev. amp. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

_____. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática.** 2 ed. rev. amp. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2006.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 7 ed. rev. amp. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais.** Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, 2 v.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del Derecho: público y privado*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975.

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

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional**. Traduzido por Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. Revisto por Karina Jamini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Daniel. Novos aspectos da responsabilidade do Estado: por comportamento omissivo ou comissivo do legislador. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 9, dezembro, 2001. Revista eletrônica disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do Direito Constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Do processo legislativo**. 5 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

_____. O Estado Legislador responsável. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº.128, p.285-295, out./dez, 1995.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

_____. *Razón práctica y teoría de la legislación*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/jagamado>>. Acesso em 01 jul. 2007.

GARCÍA MENDOZA, Hernán. *La responsabilidad extracontractual del Estado: inadenzación del error judicial*. Santiago: Editorial Jurídica Conoser Ltda., 1997

GARCÍA NOVOA, César. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 4 ed. Traduzido por A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2 v.

_____. Acerca da legitimação com base nos Direitos Humanos. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Traduzido por Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

JAMPAULO JÚNIOR, João. **O processo legislativo**: sanção e vício de iniciativa. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **As palavras e a lei: Direito, ordem e Justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Editora 34 / Edesp, 2004.

MACHADO NETO, Antônio Luis. **Sociologia jurídica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARCILLA CÓRDOBA, Gema. *Sobre Contribución a una teoría de la legislación de Manuel Atienza*. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n.11, out. 1999, p.177-193. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 10 jun. 2008.

MARIENHOFF, Miguel S. *Responsabilidad de Estado por su actividad legislativa*. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v.67, n.16, p.5-15, out./dez., 1983.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial**. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 3, junho, 2001. Revista eletrônica disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limites da responsabilidade do Estado: teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado, na Constituição Federal Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. **As novas tendências do Direito Constitucional**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

MODESTO, Paulo. **Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, abril,

2001. Revista eletrônica disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

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

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOUR, Soraya. Lei. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo (RS): Unisinos, 2006.

OLIVEIRA, José Carlos de. **Responsabilidade patrimonial do Estado: danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos**. Bauru: Edipro, 1995, p.18.

OLIVEIRA, Josivaldo Félix de. **A responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Habeas Editora, [1998?].

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão: na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

POLLINI, Luis Gustavo. Responsabilidade extracontratual patrimonial do Estado por atos legislativos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.6, n.32, p.138-159, nov./dez. 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t.3.

PORTUGAL. Varas Cíveis de Lisboa. Sentença proferida no caso Aquaparque. Juíza: Anabela Luna de Carvalho, Lisboa, 09 out. 2000. *Sub Judice: justiça e sociedade*. [Lisboa], n.17, p.107-121, jan-mar, 2001.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007

SAAD, Renam Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 10 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005.

_____. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Eliana Bueno de Miranda. **Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº4, julho, 2001. Revista eletrônica disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social: pós-modernidade constitucional? In: LEITE, José Adércio (Coord.). **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Da responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. 2 ed. rev.amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

TAVARES, Sebastião Gilberto Mota. **Controle jurisdicional preventivo da lei**: o devido processo legislativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VENDRAMEL, Aparecida. **Responsabilidade extracontratual do Estado**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge. **Responsabilização objetiva do Estado**: segregação institucional do negro e adoção de ações afirmativas como reparação dos danos causados. Curitiba: Juruá, 2005.

WEBER, Max. **Três tipos puros de poder legítimo**. Traduzido por Artur Morão. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/weber_3_tipos_poder_morao.pdf> Acesso em: 01 fev. 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.