



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

EDUARDA LÜCKMANN PLETICOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LEIS INCONSTITUCIONAIS NO
BRASIL**

Florianópolis

2023

EDUARDA LÜCKMANN PLETICOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LEIS INCONSTITUCIONAIS NO
BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Co-orientadora: Profa. Doutoranda Isabela Moreira do Nascimento Domingos, na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Florianópolis

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Pleticos, Eduarda Lückmann

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LEIS
INCONSTITUCIONAIS NO BRASIL / Eduarda Lückmann Pleticos ;
orientador, Luiz Henrique Urquhart Cademartori,
coorientadora, Isabela Moreira do Nascimento Domingos,
2023.

70 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Responsabilidade civil do Estado. 3.
Declaração de inconstitucionalidade. 4. Estado legislador.
I. Cademartori, Luiz Henrique Urquhart. II. Domingos,
Isabela Moreira do Nascimento. III. Universidade Federal
de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

EDUARDA LÜCKMANN PLETICOS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LEIS INCONSTITUCIONAIS NO BRASIL

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de Responsabilidade civil do Estado por leis inconstitucionais no Brasil e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito.

Florianópolis, 8 de dezembro de 2023.

Coordenação do Curso

Banca examinadora

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Orientador

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Me. Isabela Moreira do Nascimento Domingos
Co-orientadora
Doutoranda na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Me. Mateus Stallivieri da Costa
Doutorando na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. João Victor Szpoganicz Junckes
Mestrando na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Florianópolis, 2023

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer aos meus pais por terem me proporcionado uma trajetória educacional excelente, tendo eles se esforçado para providenciar o melhor na minha formação. Por causa deles, estou aqui concluindo meu tão esperado curso de direito. Ademais, meus pais, no final da faculdade, sempre estiveram ao meu lado, me apoiando e transmitindo energias positivas. Sem eles, este trabalho de conclusão de curso estaria incompleto.

Também devo meus agradecimentos ao Professor Doutor Luiz Henrique Urquhart Cademartori, que foi demasiadamente solícito e aceitou ser meu orientador, estando prontamente presente quando a ele recorri. Ainda, agradeço imensamente à minha co-orientadora, Professora Doutoranda Isabela Moreira do Nascimento Domingos, a qual estive ao meu lado desde a escolha do tema e se dispôs a me auxiliar na construção deste trabalho.

Por fim, demonstro minha gratidão para com a banca julgadora, formada pelo Professor Doutorando Mateus Stallivieri da Costa e pelo Mestrando João Victor Szpoganicz Junckes, que aceitaram meu convite para prestigiar este trabalho e avaliá-lo.

Fico honrada pela participação de todos esses juristas gabaritados

RESUMO

A presente monografia intenta realizar uma revisão bibliográfica a respeito da responsabilidade civil do Estado por leis inconstitucionais, conforme a doutrina nacional, a previsão legal e o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Para melhor entender esse tema, o trabalho principia pela declaração de inconstitucionalidade, resultado do controle de constitucionalidade. É analisado este último conceito e como é seu desdobramento em nosso ordenamento jurídico, bem como o instituto da inconstitucionalidade. Na segunda parte, é abordado o tema da responsabilidade civil do Estado, seu desenvolvimento e tratamento no Brasil, além de se aprofundar particularmente na responsabilidade estatal pelos atos legislativos. Revela-se as divergências doutrinárias sobre as hipóteses de o Poder Legislativo indenizar particulares por danos decorrentes de suas atividades constitucionais ou omissivas. Por fim, discute-se a responsabilidade civil do Estado legislador por leis inconstitucionais e seus efeitos, averiguando-se sua admissão (ou não) doutrinária e seus requisitos para além daqueles próprios da responsabilidade civil. Também se esmiúça o direito ao ressarcimento decorrentes dos prejuízos oriundos de leis declaradas inconstitucionais e como deve ser pleiteado pelos particulares. A conclusão procurar firmar – não de forma absoluta – alguns resultados a partir das posições doutrinárias, sem se esquivar das críticas em vista da jurisprudência nacional.

Palavras-chave: declaração de inconstitucionalidade; responsabilidade civil do Estado; Estado legislador; reparação por leis inconstitucionais.

ABSTRACT

In this monography, a bibliographical revision is aimed to be concretised in relation to the State's civil responsibility through unconstitutional legislations, in accordance with national jurisprudence, legal predictions and understanding of the Supreme Court's case law. For the better understanding of this theme, this paper will begin with the declaration of unconstitutionality, resulted from the constitutionality control. The concept will be, thus, analysed as well as its development in our jurisdiction and the unconstitutionality statute. In the second part, the State's civil responsibility theme will be examined, its development and reception in Brazil, in addition to a particular analysis into the State's responsibility through legislature acts. It will be revealed, therefore, that the doctrinal divergences about the hypothesis on the Legislature power's compensating particular people for damages resulting from their constitutional or omissive activities. Lastly, the State's civil responsibility shall be discussed through unconstitutional laws and its effects, inquiring into its doctrinal admissibility or not, and its pre-requisites beyond the ones of civil responsibility. It will also be explored the compensation law regarding losses from legislation declared unconstitutional and how it shall be claimed by individuals. The conclusion will establish-not absolutely- some results from doctrinal positions without stirring away from critics related to national jurisprudence.

Key words: declaration of unconstitutionality, State's civil responsibility, Legislature State, compensation for unconstitutional laws.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC - AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
ADO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO
ADPF - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
AG.REG. - AGRAVO REGIMENTAL
ART. - ARTIGO
CC/02 - CÓDIGO CIVIL DE 2002
CF/88 - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988
INC. - INCISO
MI - MANDADO DE INJUNÇÃO
MS - MANDADO DE SEGURANÇA
PGR - PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO
SS. - SEQUITES
STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	14
2.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
2.1.1 Classificação do controle de constitucionalidade	17
2.1.2 Exteriorização do controle judicial no Brasil	22
2.2 INCONSTITUCIONALIDADE	26
2.2.1 Espécies de inconstitucionalidade	28
2.2.2 Ação direta declaratória de inconstitucionalidade	31
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	35
3.1 DISCUSSÕES CONCEITUAIS E DESDOBRAMENTOS TEÓRICOS	35
3.1.1 Tratamento no ordenamento jurídico brasileiro	40
3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO LEGISLADOR	47
4 EFEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LEIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS	53
4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LEIS INCONSTITUCIONAIS	53
4.2 REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS POR LEIS INCONSTITUCIONAIS	59
5 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia aborda a responsabilidade civil do Estado por leis declaradas inconstitucionais, isto é, o dever do Poder Público de reparar danos que atingem os administrados em virtude da declaração de inconstitucionalidade das normas legais. Para tanto, são trazidos conceitos e classificações feitas por doutrinadores e aceitas nos tribunais, bem como as possibilidades de se responsabilizar o ente estatal. Ou seja, a metodologia feita é uma revisão bibliográfica dos principais livros de autores já consagrados, e artigos e trabalhos acadêmicos mais contemporâneos sobre o tema, a partir dos quais se verifica o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – e, por vezes, do Superior Tribunal de Justiça. O método adotado, com isso, é o dedutivo, partindo de noções gerais para aquelas específicas.

Por óbvio que não serão destrinchadas discussões tangenciais que envolvem a responsabilidade civil do estado, a exemplo da indenização em si, tampouco o que diz respeito aos tópicos que perpassam a declaração de inconstitucionalidade. Da mesma forma, não se esgota o debate sobre o tema, mas apenas se procura apontar as principais definições. Para a pesquisa, foi necessário delimitar o objeto de estudo, analisando (i) a declaração de inconstitucionalidade – a fim de se entender as leis inconstitucionais –; (ii) a responsabilidade civil do Estado a partir de sua origem, conceito e cabimentos; (iii) e os efeitos desta quando da atuação do Estado legislador, em especial ao se ter leis declaradas inconstitucionais. O problema central que por este trabalho se pretende responder é: Como é aceita a responsabilidade civil do Estado por leis inconstitucionais no Brasil?

Válido destacar que se trata de um tema comum a duas vertentes do Direito: direito constitucional e direito administrativo; são áreas que, por darem enfoque à atividade estatal, se aproximam em questões principiológicas, mas apresentam assuntos próprios. Diante disso, há um capítulo dedicado à declaração de inconstitucionalidade, matéria tipicamente constitucional, enquanto o segundo abarca a responsabilidade civil do estado, instituto próprio do ramo administrativista. O terceiro e último capítulo recapitula esses conceitos trabalhados em ambas as seções anteriores, tendo, por consequência, traços dos dois ramos do direito vislumbrados neste trabalho. De forma residual, toma-se também conceitos civilistas já que a responsabilidade civil é instituto essencialmente dessa área jurídica.

Com o intuito de se analisar o objetivo geral, o presente trabalho é dividido em três capítulos referenciando cada um dos objetivos específicos já mencionados. O primeiro capítulo faz uma revisão do que é a declaração de inconstitucionalidade, enquanto resultado do controle de constitucionalidade, em especial do controle judicial. Já o segundo tópico adentra a temática da responsabilidade civil do Estado, averiguando-se seu conceito partindo da evolução das teorias que ensejam esse instituto; a partir daí, vê-se como o ordenamento jurídico brasileiro adota essas tese e disciplina a responsabilidade estatal. Ainda nesse momento, trabalha-se a responsabilidade civil do Estado legislador, isto é, como o Poder Público responde por atos legislativos *lato sensu*. Enfim, o terceiro capítulo trata do tema principal do trabalho: os efeitos dos danos decorrentes da responsabilidade civil do Estado – representado pelo Poder Legislativo – por leis declaradas inconstitucionais. São especificados os requisitos para além daqueles próprios do instituto, bem como é examinada a possibilidade de se tratar de um regramento diverso. Em decorrência disso, estuda-se a reparação pelos danos decorrentes das leis inconstitucionais.

Nesse ponto, é possível enxergar traços de relevância do trabalho. Isso porque, com a Constituição Federal de 1988, pela qual concretizou o Estado Democrático de Direito, no qual são garantidos os direitos individuais, o Poder Público passa a ter deveres para com os administrados enquanto garantidor de direitos. Com efeito, o ente estatal deve responder por todas suas funções, incluindo a legislativa, já que o objetivo final do Estado é o interesse público e a proteção da dignidade humana. Tanto é assim, que a maioria doutrinária defende essa possibilidade, ainda que com alguma divergência por conta dos princípios que norteiam nosso sistema democrático.

Portanto, não se busca trazer respostas inéditas aos questionamentos, e sim analisar o que a doutrina e a jurisprudência, dentro de uma visão geral, admitem sobre a responsabilidade civil do Estado por leis inconstitucionais no Brasil.

2 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Para entender a lei inconstitucional, um dos núcleos do tema deste trabalho, deve-se ter em vista o meio pelo qual se verifica essa inconformidade com a Constituição. A declaração de inconstitucionalidade não é, em termos práticos, um instituto jurídico autônomo, sendo uma consequência do controle de constitucionalidade. Para se entender esse fenômeno, faz-se necessário ter à vista o que é tal controle, bem como em que consiste a inconstitucionalidade em si.

Assim, procura-se conceituar o sistema de constitucionalidade e sua classificação conforme a atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Sobre esse último, é feito um aprofundamento, uma vez que, como se verá, é pela atividade judicial em matéria de constitucionalidade que se chega à declaração da inconstitucionalidade.

Conjuntamente, explica-se o que é inconstitucionalidade, dando-se enfoque aos seus efeitos e suas espécies sobre a lei dentro do ordenamento jurídico. Chega-se, afinal, ao cerne da declaração de inconstitucionalidade: as ações que têm por objeto a declarar propriamente da lei inconstitucional.

2.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A fim de entender em que consiste o instituto da declaração de inconstitucionalidade das leis, é necessário principiar pelo controle de constitucionalidade. Trata-se, em termos mais sucintos, de um procedimento pelo qual se ajuíza a conformidade entre uma lei ou ato normativo e a Constituição do país. Como resultado, declara-se a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma que é objeto de análise.

Para Gilmar Ferreira Mendes (2020, p. 1181-1186), o controle de constitucionalidade é logicamente ligado à ideia de uma Constituição rígida. Contudo, ressalva que a flexibilidade das constituições dos Estados modernos enquanto “ordem jurídica fundamental” permite que o controle de constitucionalidade seja coerente com um processo político-social, em decorrência da “legitimidade material” e “abertura constitucional” próprias da norma fundamental. Nesse sentido, o autor considera que os resultados do controle de constitucionalidade se traduzem

para além de mera declaração de (in)compatibilidade de um ato com a Constituição, sendo também a manifestação de uma sanção de nulidade ou anulabilidade.

Já Alexandre de Moraes (2020, p. 1351) entende que o controle de constitucionalidade é decorrente da supremacia da Constituição, com sua rigidez e proteção dos direitos fundamentais. O Poder Legislativo, então, deve exercer sua atividade fim a partir do determinado na Carta Magna. Segundo o jurista, nos Estados cuja Constituição é flexível, ainda que se considere rígida, inexistirá o controle de constitucionalidade, pois se trata, em última análise, de uma limitação do legislador ordinário ao passo que também legitima a atuação estatal em resguardar as garantias individuais. Assim, conceitua controle de constitucionalidade como a “adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”, sendo tais critérios próprios do processo legislativo. Nessa linha de pensamento, é possível complementar que o controle de constitucionalidade vem para manter a ordem e a unidade, que são pressupostos do ordenamento jurídico enquanto sistema, como elucida Luís Roberto Barroso (2012, p. 19). O jurista também atribui essas características à supremacia e rigidez do texto constitucional.

Deve se ter à vista que autores mais contemporâneos, como os três ministros da formação atual do Supremo Tribunal Federal referenciados, bebem de doutrinadores clássicos como José Afonso da Silva e Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Conforme Silva (2016, p. 48), o controle de constitucionalidade é intrínseco ao princípio da supremacia, pois este “requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”, não bastando a “atuação positiva” nos termos do texto constitucional. Com efeito, o autor pondera que a omissão da aplicação dos dispositivos constitucionais também afronta a norma superior do ordenamento jurídico. Ao seu turno, Ferreira Filho atribui a existência do controle de constitucionalidade à dicotomia de rigidez e flexibilidade da Constituição, pois dessa advém a diferenciação entre poder constituinte originário e derivado:

Em todo Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível; por mais que a Constituição se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado em mãos do legislador. Este, na verdade, poderá modificar a seu talante as regras constitucionais, se não houver órgão destinado a resguardar a superioridade destas sobre as ordinárias. Mais ainda, órgão com força bastante para fazê-lo.

Isso não quer dizer que é preciso prever expressamente a Constituição esse controle, para que ela seja de fato rígida. Basta que de seu sistema tal deflua. (2012, p. 50)

A partir desse argumento, este último autor descreve o controle de constitucionalidade como “verificação da adequação de um ato jurídico” com o texto constitucional, o que abrange a análise de requisitos formais, “— subjetivos, como a competência do órgão que o editou — objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição —”, e requisitos materiais, que tratam dos direitos e garantias constitucionais.

De fato, o STF, ao tratar do bloco de constitucionalidade, reforça as principais características que ensejam o controle de constitucionalidade, quais sejam: a supremacia da Constituição, o Estado Democrático de Direito e a hierarquia das normas. Em dois julgados de relatoria do Ministro Celso de Mello (Ag.Reg, na ADI 2.971¹ e ADI 1.120²), a Corte Superior entendeu pela “ordem constitucional global”, o que de fato define o bloco de constitucionalidade, “pois dessa percepção resultará, em última análise, a determinação do que venha a ser o paradigma de confronto, cuja definição mostra-se essencial, em sede de controle de constitucionalidade, à própria tutela da ordem constitucional”. A partir disso é que se

¹ STF (Plenário). **Ag.Reg. na ADI 2.971/RO**. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO – LEI COMPLEMENTAR Nº 224/2000, DO ESTADO DE RONDÔNIA (ART. 64, “CAPUT” E PARÁGRAFO ÚNICO) – A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO – A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE – POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO – O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS – NECESSIDADE DA VIGÊNCIA ATUAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ALEGADAMENTE VIOLADO – SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO/SUPRESSÃO DO PARÂMETRO DE CONFRONTO E DO TEXTO DA NORMA ESTATAL IMPUGNADA – HIPÓTESE DE PREJUDICIALIDADE – EXTINÇÃO ANÔMALA DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA JULGADA PREJUDICADA – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. Relator: Min. Celso de Mello, 6 de novembro de 2014.

² _____. **ADI 1.120/PA**. Ementa: “A definição do significado de bloco de constitucionalidade – independente- mente da abrangência material que se lhe reconheça – reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata quali- ficação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando, desse modo – ainda que mediante decisão monocrática do relator da causa (RTJ 139/67) –, a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.” Relator: Min. Celso de Mello, decisão monocrática, 28 de fevereiro de 2002.

pode definir o que é constitucional e inconstitucional, conforme o voto do Ministro Relator nos julgados.

Somando as colocações dos doutrinadores constitucionalistas citados, é possível identificar que o controle de constitucionalidade decorre da rigidez e supremacia da Constituição. Não obstante, em caso de uma Constituição flexível, ainda haverá controle de constitucionalidade em virtude do caráter político-social da norma fundamental. Quer dizer, uma vez que a Constituição tem por fim garantir direitos individuais, o controle de constitucionalidade é devido em qualquer sistema a fim de moderar, sobretudo, o processo legislativo.

Portanto, justamente por se propor a resguardar a ordem e a unidade do ordenamento jurídico, o controle de constitucionalidade deve ser entendido para além da verificação dos atos normativos e legais com o texto constitucional. Ou seja, é propriamente a defesa da supremacia da Constituição e suas garantias, não podendo bastar a mera atuação conforme a lei.

2.1.1 Classificação do controle de constitucionalidade

À semelhança de muitos institutos jurídicos, o controle de constitucionalidade não se dá de forma livre, sendo ele classificado em nome de maior coesão com o ordenamento jurídico. Quer dizer, a partir de uma categorização é que se identifica o sistema de constitucionalidade em termos práticos – na legislação e na jurisprudência – para além da teoria.

De início, a natureza do órgão que exerce o controle de constitucionalidade designa se ele será judicial – também chamado de judiciário, jurídico ou jurisdicional –, político ou misto. O primeiro, intuitivamente, diz respeito a órgãos jurisdicionais, enquanto o segundo é entendido quando “a verificação de constitucionalidade é confiada a órgão não pertencente ao Poder Judiciário” (Ferreira Filho, 2012, p. 53).

O controle político é originário da França revolucionária, quando da formação de um parlamento direto em decorrência do contexto de desconfiança da parcialidade dos juízes. Naquele momento, a separação de poderes era aplicada ortodoxamente. Atualmente, contudo, nem o ordenamento jurídico francês adota o padrão estritamente político.

A doutrina nacional recorrentemente tece críticas a esse modelo, uma vez que se revela ineficaz por ser muitas vezes redundante, isto é, por ser dupla a

atuação do Poder Legislativo ou Executivo sobre suas funções de legislar, as quais vão pela conveniência pública, não em concordância com a norma constitucional. Moraes (2020, p. 1355) ainda pontua que a análise de constitucionalidade pela vertente política pode ser feita por órgão aquém dos três Poderes do Estado. Nessa situação, o controle político de constitucionalidade seria uma afronta ao princípio da separação dos poderes, basilar nos ordenamentos jurídicos modernos.

Ainda assim, muitos países adotam o modelo misto, compreendido como aquele “quando a Constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional”, como descrito por Silva (2016, p. 51). Válido destacar que o Brasil adota, na prática, esse modelo; mesmo que em território nacional o controle seja proeminentemente jurisdicional, são dadas prerrogativas aos Poderes Legislativo e Executivo para analisar a constitucionalidade de leis *a priori*.

A partir daí, é possível classificar o controle de constitucionalidade pelo momento de sua ocorrência em preventivo e repressivo. A verificação prévia de conformidade de uma lei com a constituição é feita ainda no projeto de lei, com intuito de se evitar a entrada em vigor de uma norma inconstitucional. Bem por isso, há a alteração do texto para que ele se adeque ao sistema constitucional, e não a nulidade da lei em si. Moraes (2020, p. 1361) atribui essa forma de controle ao princípio da legalidade e ao processo legislativo constitucional.

Comumente, o controle preventivo está associado ao político, a exemplo da previsão no ordenamento jurídico nacional, como já ressaltado. Ainda, o Direito Brasileiro permite a prévia apreciação jurisdicional da constitucionalidade de emendas constitucionais no que tange às cláusulas pétreas, aquelas previstas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88)³, que não estão sujeitas a abolição pelas emendas.

Já a análise repressiva da correspondência das normas com o texto constitucional é aquela feita após a entrada do ato normativo em vigor, sendo exigida a promulgação da lei. Em regra, essa modalidade é exercida pelo Poder Judiciário, mas há hipóteses de o Legislativo retirar uma lei inconstitucional do ordenamento jurídico, perdendo essa norma a sua eficácia. Barroso (2012, p. 40)

³ CF/88. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

ressalta que, mesmo nessa ocasião, se houver controvérsias sobre a interpretação da norma, a decisão final é do órgão judicial.

Tratando-se de controle jurisdicional de constitucionalidade, esse pode ser dividido em concentrado, difuso ou misto, referenciando-se ao modo de exercício. O sistema concentrado é a vertente desenvolvida por Hans Kelsen (2009, p. 295 e ss.) pela qual se entende ser necessária uma Corte Constitucional, independente do Poder Judiciário, para analisar desconformidades entre atos normativos e legais e Constituição. Então, tem-se que o controle concentrado é aquele exercido por um único tribunal ou por órgãos criados para esse fim, a exemplo do modelo austríaco.

Para tanto, não se faz necessário existir um caso concreto, pois o intuito é ter a averiguação da constitucionalidade de determinada norma no âmbito judicial. Bem por isso, esse controle também é por via direta. A consequência disso é que a decisão judicial terá efeitos para todos, não somente para quem propôs a ação questionando aquela norma. Mendes pormenoriza o mecanismo das ações:

Referido modelo adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco. (2020, p. 1188)

Ressalta-se que os doutrinadores europeus questionam a atribuição da função constitucional ao Judiciário, uma vez que o magistrado atuaria como legislador negativo ao realizar essa revisão judicial (Barroso, 2012, p. 42). Há, com isso, quem defenda o sistema difuso, originário dos Estados Unidos, pelo qual se permite a todas as esferas judiciais realizar o controle de constitucionalidade. Consequentemente, por esse método, aplica-se mais a casuística, ou seja, reconhece-se a inconstitucionalidade da lei a partir de um caso concreto levado a juízo. A lógica da doutrina estadunidense é colocada por Barroso:

De fato, naquela decisão [do caso *Marbury v. Madison*] considerou-se competência própria do Judiciário dizer o Direito, estabelecendo o sentido das leis. Sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem. Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento. (2012, p. 41)

Moraes complementa que essa análise deve ser prévia, antes mesmo de se chegar ao mérito da causa. Por conta disso, não há anulação da lei, sendo os efeitos da decisão *inter partes*; desse modo, fala-se em via de defesa ou via de exceção:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação. (2020, p. 1370)

Quer dizer, “o juiz resolve a questão de constitucionalidade como se se tratasse de um mero caso de conflito de leis, ou seja, de determinação de qual a lei aplicável a um caso concreto” (Ferreira Filho, 2012, p. 53). Este autor alerta também que, nesse sistema, há a possibilidade de ocorrer divergência no posicionamento de juízes de uma mesma instância sobre a questão constitucional. Diante de eventuais decisões contraditórias entre si, é o julgamento da Corte Superior naquele ordenamento jurídico que esclarecerá a discussão. Por fim, válida a diferenciação feita por Mendes (2020, p. 1189) entre os dois sistemas: o concentrado se caracteriza por defender a subjetividade nas posições judiciais, enquanto o atributo do sistema difuso é ser mais processual ao estimar o interesse público de forma ampla.

Há de se lembrar que, as constituições mais contemporâneas, como a brasileira, aderem a um sistema misto de controle de constitucionalidade judicial quanto ao órgão julgador. De fato, no Brasil, todo magistrado tem a prerrogativa de avaliar a constitucionalidade da demanda e, sendo ela inconstitucional, não conhecê-la. Mas também há ações específicas que devem ser propostas apenas perante o STF, sob risco de vício de competência – o que caracteriza a revisão concentrada daquela Corte.

O controle judicial de constitucionalidade é ainda diferenciado a partir da forma pela qual é realizado, podendo ser por via incidental ou principal, esta última modalidade também chamada de controle por ação direta. Incidentalmente, a análise da matéria constitucional é feita no processo como uma questão prejudicial, ou seja, sem tratar do mérito da demanda. Ainda assim, é pressuposto da resolução do litígio, sendo necessária essa análise para adentrar o mérito. Nesse ponto se

aproxima demasiadamente do controle difuso, dadas as condições processuais. Barroso (2012, p. 42) diz que esse modelo também é chamado de controle por via de exceção, uma vez que “normalmente a inconstitucionalidade era invocada pela parte demandada, para escusar-se do cumprimento da norma que reputava inválida”.

No mesmo sentido, Ferreira Filho (2012, p. 54) acrescenta que a invocação de inconstitucionalidade da lei a qual o sujeito deve cumprir – obrigação do devedor – é usada como defesa justamente para alegar a inexistência de tal relação obrigacional. No entanto, o autor adverte que, a exemplo do controle difuso, a casuística da análise incidental da constitucionalidade permite que uma lei seja aplicada a um caso, e em outro, seja considerada inconstitucional. No contexto brasileiro, fazem-se necessárias ainda a decisão da instância superior, a qual ditará a manutenção ou não da norma no ordenamento jurídico e a suspensão da lei pelo Senado Federal, conforme o art. 52, inciso X, do texto constitucional⁴.

Já quando se ajuíza uma ação cujo objeto é a discussão de eventual inconstitucionalidade em si, está-se diante do controle por via principal. Este se aproxima do sistema concentrado, pois normalmente essas demandas são propostas diante de um tribunal específico, como no caso do Brasil, em que o STF é a corte responsável por tais ações judiciais autônomas. Por conta da causa de pedir e o pronunciamento em tese do colegiado de magistrados, a doutrina também atribui o caráter abstrato ao sistema de constitucionalidade por ação direta.

Diante de todo o exposto e considerando-se a convergência de certas categorias do controle judicial de constitucionalidade, é admissível a síntese elaborada por Silva:

Com essas observações, podemos resumir que se reconhecem no Direito Constitucional Comparado três modos de exercício do controle de constitucionalidade: (a) por via de exceção, ou incidental, segundo o qual cabe ao demandado arguir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto, isto é, num processo proposto contra ele; por isso, é também chamado controle concreto; (b) por via de ação direta de inconstitucionalidade, de iniciativa do interessado, de alguma autoridade, ou instituição ou pessoa do povo (ação popular); (c) por iniciativa do juiz dentro de um processo de partes. (2016, p. 52)

⁴ CF/88. Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...].

Isso porque, de praxe, é essa categorização feita por esse último autor que se concretiza, tendo em vista que os controles difuso e incidental se manifestam conjuntamente. E a segunda situação é aquela mais comum, ou seja, a ação direta perante a Suprema Corte (controle concentrado e principal - intimamente conectados). Das categorias de controle de constitucionalidade, são essas que se dão na prática jurídica em virtude da convergência – ou proximidade – dos conceitos.

2.1.2 Exteriorização do controle judicial no Brasil

Como elucidado alhures, tanto o Legislativo, quanto o Executivo podem tratar da constitucionalidade de sua própria atuação. No Brasil, este tem a prerrogativa da autoexecutoriedade, podendo rever seus próprios atos quanto à legalidade e constitucionalidade, além do veto jurídico a projetos de lei. Já aquele realiza a análise de matéria constitucional nas Comissões de Constituição e Justiça⁵, bem como por meio de revogação de lei inconstitucional e aprovação das emendas constitucionais. Trata-se, pois, dos controles político e preventivo, conceituados na seção acima.

Não obstante, o controle de constitucionalidade é naturalmente empreendido pelo Poder Judiciário, em observância ao mecanismo de freios e contrapesos - pelo qual os Poderes controlam uns aos outros, respeitando-se a independência de cada um. No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 102, inciso I, alínea “a”⁶, a atribuição do STF de julgar as ações pelas quais se exerce o controle de constitucionalidade. Do dispositivo, depreende-se duas espécies de ação direta, modos de questionar a eventual inconstitucionalidade de uma norma pela via principal, além de serem manifestação do controle concentrado. Isso porque é competência exclusiva do STF tais demandas judiciais, não podendo delegar a outro tribunal.

⁵ A título de exemplo: SENADO FEDERAL. CCJ aprova PEC que limita decisões monocráticas e pedidos de vista no Judiciário. **Agência Senado**, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/10/04/ccj-aprova-pec-que-limita-decisoes-monocraticas-e-pedidos-de-vista-no-judiciario>. Acesso em: 26 de outubro de 2023.

⁶ CF/88. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...].

Deve-se ressaltar que se trata da conformidade da legislação com a Constituição Federal, mas se forem contestadas normas municipais, compete aos Tribunais de Justiça de cada estado e do Distrito Federal julgar essas ações. É que o art. 102, I, "a", da CF/88 é taxativo: a Corte Suprema só pode cuidar de leis e atos normativos federais e estaduais.

Além das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade no dispositivo, o controle judicial de por via direta pode ser feito pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Contudo, a nossa Constituição Federal de 1988 não traz de forma autônoma a ADO, sendo ela uma consequência da ADI.

Indicadas as formas de controle judicial concentrado e por via principal que o ordenamento jurídico brasileiro admite, cumpre desdobrar o que cada uma das ações significa. No entanto, nesta subseção será abordada apenas a ADC, visto que as ações diretas de inconstitucionalidade serão detalhadamente estudadas na subseção 2.2.2.

A ADC permite o que justamente o nome indica: que o STF declare como constitucional uma lei ou ato normativo federal, quando ainda persiste a dúvida sobre a conformidade da norma com a Constituição. José Afonso da Silva ensina que, essencialmente, é uma impugnação feita a partir de uma controvérsia que se dá recorrentemente em processos no país afora. Assim, sua finalidade é solucionar tal ponto discutível, sendo, conforme o referido autor:

[...] um meio de paralisação de debates em torno de questões jurídicas de interesse coletivo, precisamente porque seu exercício pressupõe a existência de decisões generalizadas em processos concretos reconhecendo a inconstitucionalidade de lei em situação oposta a interesses governamentais. (2016, p. 60)

A legitimidade para propor essa ação é definida pelo art. 103 da CF/88⁷, sendo os legítimos os chefes do Poder Executivo federal e estadual; o Procurador-Geral da República (representante legal da União); as Mesas dos órgãos legislativos estaduais e federais; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do

⁷ CF/88. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Brasil; os partidos políticos com membros do Congresso Nacional (em qualquer das duas Casas Legislativas); as confederações sindicais e entidades de classe que atuam nacionalmente. Percebe-se que, em virtude do caráter federal das normas que podem ser objeto da ação em questão, os legitimados são essencialmente representantes de classes ou mesmo do próprio corpo social, como no caso daqueles eleitos (membros dos Poderes Executivo e Legislativo).

Muito se discutiu se a espécie processual em questão estaria em conformidade com a Constituição Federal de 1988. O Supremo Tribunal Federal, então, “declarou incidentalmente tanto a sua constitucionalidade, como sua aplicabilidade imediata, sem necessidade de lei regulamentando seu procedimento” (Moraes, 2020, p. 1451). Afinal, essa ação tem por respaldo a segurança jurídica e a validade das normas.

Ainda assim, em 1999 foi promulgada a Lei nº 9.868⁸, a qual elenca as etapas procedimentais da ação declaratória de constitucionalidade, a partir das premissas fixadas pelo STF. Destaca-se algumas características particulares: a impossibilidade de desistência, a impossibilidade de participação de terceiros e a presença do Procurador-Geral da República como *custos legis*. Também evidencia-se o fato de a análise do STF não estar restrita à causa de pedir, uma vez que o objeto da demanda não pode ser discutido em nova ação⁹.

O efeito do julgamento da ADC, quando deferido o pleito declaratório, é que todos os tribunais e juízes em território nacional passam a estar obrigados a “considerar constitucional a norma assim declarada nesta ação de constitucionalidade, independentemente do juízo pessoal de cada magistrado”, em quaisquer demandas propostas (Ferreira Filho, 2012, p. 56). Isso pode ser em relação ao conteúdo ou interpretação da lei ou ato normativo federal. Trata-se, em verdade, de coisa julgada vinculante, podendo ensejar, por consequência, a reforma da decisão na instância originária; logo, os efeitos são *ex tunc* e *erga omnes*, nos

⁸ Lei 9.868/99. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

⁹ STF (Plenário). **ADC 1-1/DF**. Ementa: Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigos 1º, 2º, 9º (em parte), 10 e 13 (em parte) da Lei Complementar nº 70, de 30.12.91. COFINS. **A delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não se adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar.** Improcedência das alegações de inconstitucionalidade da contribuição social instituída pela Lei Complementar nº 70/91 (COFINS). [...] (grifei) Relator: Min. Moreira Alves, 1 de dezembro de 1993.

termos do art. 102, § 2º, do texto constitucional¹⁰. Ou seja, tanto a população, quanto o aparelho estatal estão submetidos à decisão do STF sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo. E o contrário não poderia ser, já que a legislação – ainda mais aquela de âmbito federal – é o cerne do ordenamento jurídico quando se trata da repercussão social do Direito.

Há, também, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º, CF/88¹¹ e regulamentada pela Lei nº 9.882 de 1999¹², pela qual se define o procedimento da ADPF. Os legitimados e os efeitos são os mesmos da ação declaratória de constitucionalidade. Contudo, o objeto e a hipótese de ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental são diversos. O objeto, como o nome dessa espécie processual indica, é evitar ou reparar afronta, cometida por ato do Poder Público, a preceitos fundamentais, quais sejam: as cláusulas pétreas, os direitos fundamentais e princípios implícitos e explícitos. O cabimento da ADPF é especialmente subsidiário, ou seja, quando não for possível se utilizar de outro meio para sanar a inconstitucionalidade, preenchendo uma lacuna (art. 4º, § 1º, Lei nº 9.882/99¹³). Mas tratando-se de controle de constitucionalidade em si, a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ser proposta para questionar normas anteriores à Constituição Federal de 1988.

Vale, enfim, ter em mente que essas são manifestações do controle concentrado e por via principal. Os controles difuso e incidental seguem os preceitos da seara processual-civil, que não será aprofundada neste trabalho, porque é a decisão judicial pela via direta que tem efeito para todos, não apenas *inter partes*, como no caso daqueles sistemas de análise da constitucionalidade.

¹⁰ CF/88. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

¹¹ CF/88. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

¹² Lei 9.882/99. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

¹³ Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º Não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

2.2 INCONSTITUCIONALIDADE

Inaugurando-se a Constituição como lei superior, tem-se como consequente o ato inconstitucional, isto é, a conduta que viola o texto constitucional, combatido pelo controle de constitucionalidade. Para entender tal sistema, cumpre entender a natureza da inconstitucionalidade em si.

Ferreira Filho (2012, p. 52), seguindo a vertente jurídica mais tradicional, diz que o ato inconstitucional é nulo e írrito, ou seja, a declaração de nulidade produz efeitos retroativos, já que não há validade. O autor alerta que, segundo a corrente kelseniana, não há de se falar em nulidade, mas sim em anulabilidade porque, dentro da ordem jurídica, os efeitos já produzidos devem permanecer intocáveis; isso quer dizer que o ato inconstitucional é anulável e seus efeitos são *ex nunc*.

Na mesma linha, Barroso afirma que a norma que contraria a Constituição não é inexistente, pois ela teve, de fato, a aplicação efetiva, “gerando situações que terão de ser recompostas” (2012, p. 25). Assim, assume que a inconstitucionalidade leva à invalidade da lei ou ato normativo por não atender os requisitos exigidos pelo texto constitucional. Passando para o plano da eficácia, argui que à inconstitucionalidade deve ser negada a eficácia:

A inconstitucionalidade, portanto, constitui vício aferido no plano da validade. Reconhecida a invalidade, tal fato se projeta para o plano seguinte, que é o da eficácia: norma inconstitucional não deve ser aplicada. Veja-se um exemplo ilustrativo. Suponha-se que a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação aprove um projeto de lei definindo um tipo penal específico de “pichação de bem público”, cominando pena de detenção. No momento em que o Governador do Estado sancionar o projeto aprovado, a lei passará a existir. A partir de sua publicação no Diário Oficial, ela estará em vigor e será, em tese, eficaz. Mas a lei é inválida, porque flagrantemente inconstitucional: os Estados-membros não podem legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I). Tal circunstância deverá ser reconhecida por juízes e tribunais, que, diante da invalidade da norma, deverão negar-lhe aplicação e eficácia. (2012, p. 26)

Essa ineficácia, segundo esse mesmo autor, será em relação a todos, dentro do controle concentrado, ou apenas em face das partes, quando for averiguada a desconformidade da norma pelo controle difuso. Isso porque é competência judicial apreciar a inconstitucionalidade, não se tratando de revogação da lei, pois esta não será retirada da ordem jurídica (ou seja, do plano de existência), mas sim de declaração de impraticabilidade, sendo os efeitos retroativos. Bem por isso, sob um

primeiro olhar, não se pode falar em inconstitucionalidade superveniente, pois se assim o fosse declarado, os efeitos seriam para o futuro, *ex nunc*.

Acerca da nulidade do ato inconstitucional, a doutrina estadunidense considera a sanção mais grave à inconstitucionalidade da norma em virtude da ausência de validade; logo, o ato inconstitucional é nulo (Barroso, 2012, p. 26). Isso decorre da supremacia e vigência da Constituição. Esse entendimento vai ao encontro da natureza declaratória da decisão judicial que reconhece a desconformidade entre a lei infraconstitucional e a Carta Magna, justificando os efeitos *ex tunc*.

Em virtude de a lei inconstitucional ser existente e gerar resultados, considerou-se que alguns deles podem ser irreversíveis. Assim, a doutrina austríaca, liderada por Kelsen, entende pela anulabilidade da norma quando declarada a inconstitucionalidade, como indicado por Ferreira Filho acima. Barroso vai além: visto que o autor originário da Áustria idealizou o controle concentrado, ele “considerava que a lei inconstitucional era válida até que uma decisão da corte viesse a pronunciar sua inconstitucionalidade” (2012, p. 27). Esse veredito teria natureza “constitutiva negativa”, não retroagindo ao momento de nascimento da lei, mas apenas surtindo efeitos *a posteriori*. Ainda que não adotada pelos ordenamentos jurídicos mundo afora, essa teoria mitigou aquela surgida nos Estados Unidos por conta das consequências fáticas do ato inconstitucional.

No Brasil, prevalece a primeira corrente, conforme jurisprudência do STF¹⁴ e o previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/99¹⁵. Entretanto, foi necessário permitir algumas exceções em decorrência do próprio contexto fático, atenuando-se a retroatividade inerente da decisão que declara a inconstitucionalidade. Essa relativização pretende preservar a boa-fé de terceiros e a segurança jurídica.

¹⁴ STF (Plenário). **RE 78.533/SP**. Ementa: ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO DE FATO. INVESTIDURA BASEADA EM NORMA POSTERIORMENTE DECLARADA INCONSTITUCIONAL. A NULIDADE NÃO ENVOLVE UMA DAS FASES DE ATO COMPLEXO, DE MERA EXECUÇÃO DE ORDEM LEGÍTIMA, COM A SUA CONSEQUÊNCIA NORMAL E ROTINEIRA. APARÊNCIA DE LEGALIDADE E INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO, PELA LETRA "C" DO ART. 119, III, DA CONSTITUIÇÃO, NÃO CONHECIDO. Relator: Min. Firmino Paz, 26 de fevereiro de 1982 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur50738/false>. Acesso em: 1 de novembro de 2023.

¹⁵ Lei 9.868/99. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Por ora, a conclusão é de que a natureza do ato inconstitucional não é absoluta quando se considera a nulidade e os efeitos da decisão que assim o declara. Mas é consenso a sua invalidade, a qual advém propriamente da contrariedade à Constituição.

2.2.1 Espécies de inconstitucionalidade

A inconstitucionalidade pode ser classificada em relação à sua natureza, à conduta do legislador e ao momento de edição da norma. Discute-se também a possibilidade de haver inconstitucionalidade de dispositivos constitucionais, não sendo consenso entre a doutrina, como se verá.

Primeiramente, o ato inconstitucional pode ser formal ou material, diferenciação a partir da desconformidade com a Constituição. Quando a norma tem um conteúdo que afronta aquele constitucional, está-se diante da inconstitucionalidade material. Por outro lado, se o procedimento da formação do ato normativo não respeitou aquele disposto na Constituição, fala-se em inconstitucionalidade formal. Alerta-se que neste último caso, o conteúdo da lei permanece inócuo. São exemplos de inconstitucionalidade formal a “inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental” e a “violação de regras de competência” (Mendes, 2020, p. 1198). Barroso esclarece quais seriam essas hipóteses:

A primeira possibilidade a se considerar, quanto ao vício de forma, é a denominada inconstitucionalidade *orgânica*, que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato. Se, por exemplo, a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação editar uma lei em matéria penal ou em matéria de direito civil, incorrerá em inconstitucionalidade por violação da competência da União na matéria. De outra parte, haverá inconstitucionalidade *formal propriamente dita* se determinada espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio. (2012, p. 31)

Mendes (2020, p. 1199) também destaca que a interpretação de normas não está sujeita ao controle judicial de constitucionalidade, pois é questão *interna corporis* do Poder Legislativo, como definido pelo STF¹⁶. A exceção é a discussão do

¹⁶ STF (Plenário). **MS 20.471/DF**. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO LEGISLATIVO NO CONGRESSO NACIONAL. INTERNA CORPORIS. MATÉRIA RELATIVA À INTERPRETAÇÃO, PELO PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL, DE NORMAS DE REGIMENTO LEGISLATIVO É IMUNE À CRÍTICA JUDICIÁRIA, CIRCUNSCREVENDO-SE NO DOMÍNIO INTERNA CORPORIS.

processo legislativo, por se tratar de forma, sendo cabível a análise após a tramitação do projeto de lei ou emenda constitucional.

Já a inconstitucionalidade material pode ser, “não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso do poder legislativo” (Mendes, 2020, p. 1200). Acerca desse último exemplo, muito se debate entre os doutrinadores, pois alguns afirmam se tratar de censura judicial sobre a discricionariedade legislativa. Segundo Mendes, a partir dos ensinamentos da doutrina alemã, identifica-se “típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso [...], que se revela mediante contrariedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meio e fins” (2020, p. 1201). Diante disso, é possível adotar a ideia de Barroso (2012, p. 31) de que a inconstitucionalidade material se dá tanto em relação a regras constitucionais, quanto a princípios expressos e tácitos no texto constitucional. Para concluir essa categoria, lembra-se uma distinção feita por Barroso sobre os efeitos das inconstitucionalidade formal e material em se tratando de nova Constituição e lei infraconstitucional já existente, que se coaduna muito com o caráter social do Direito:

O reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo, seja em decorrência de desvio formal ou material, produz a mesma consequência jurídica: a invalidade da norma, cuja tendência será ter sua eficácia paralisada. Há uma única situação em que o caráter formal ou material da inconstitucionalidade acarretará efeitos diversos: quando a incompatibilidade se der entre uma nova Constituição — ou uma emenda constitucional — e norma infraconstitucional preexistente.

Nessa hipótese, sendo a inconstitucionalidade de natureza material, a norma não poderá subsistir. As normas anteriores, incompatíveis com o novo tratamento constitucional da matéria, ficam automaticamente revogadas (é minoritária, no direito brasileiro, a corrente que sustenta que a hipótese seria de inconstitucionalidade, passível de declaração em ação direta ajuizada para esse fim). Não é o que ocorre, porém, quando a incompatibilidade entre a lei anterior e a norma constitucional nova é de natureza formal, vale dizer: quando a inovação introduzida apenas mudou a regra de competência ou a espécie normativa apta a tratar da matéria. (2012, p. 32)

Partindo para a classificação segundo a conduta do legislador, existem as inconstitucionalidades por ação ou por omissão. A primeira resulta da atuação legislativa quando leva a uma norma desconforme com a Constituição. Válido ressaltar que foi essa categoria de ato inconstitucional que ensejou o mecanismo de

controle de constitucionalidade. O segundo gênero inconstitucional, por sua vez, “pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar” (Mendes, 2020, p. 1212). Enfatiza-se que a omissão pode ser parcial, quando o legislador atende apenas a uma parte da conformidade constitucional, ou total, ao deixar de cumprir todos os requisitos da Constituição

Quanto ao momento em que é declarada a inconstitucionalidade, esta pode ser originária ou superveniente. Barroso (2012, 33) descreve a inconstitucionalidade originária como resultante de “defeito congênito da lei”, enquanto a superveniência decorre de uma nova Constituição ou emenda a ela. Cabe complementar com a conceituação feita por Mendes:

Se a norma legal é posterior à Constituição, tem-se um caso típico de inconstitucionalidade (inconstitucionalidade). Se se cuida, porém, de contradição entre a norma constitucional superveniente e o direito ordinário pré-constitucional, indaga-se se seria caso de inconstitucionalidade ou de mera revogação.

Considera-se, igualmente, que lei editada em compatibilidade com a ordem constitucional pode vir a tornar-se com ela incompatível em virtude de mudanças ocorridas nas relações fáticas ou na interpretação constitucional (2020, p. 1202).

Este último autor alerta que, quando se tratar de questão do direito intertemporal (o primeiro exemplo), todos os órgãos jurisdicionais podem analisar, por não gerar riscos ao exercício legislativo. Já no segundo caso, a verificação é concentrada e por via direta. Ainda assim, muito se discute se tais adversidades deveriam ser submetidas ao controle de constitucionalidade.

Outra polêmica é em torno da inconstitucionalidade de normas constitucionais, especialmente as emendas à Constituição. O processo legislativo de propositura de leis, é limitado pelos preceitos fundamentais, sendo de caráter material; como já visto, os vícios formais podem ser mais facilmente sanados. Mendes assim dispõe: “Daí falar-se de inconstitucionalidade de normas, seja em razão de afronta ao processo de reforma da Constituição, seja em razão de afronta às chamadas cláusulas pétreas” (2020, p. 1215). Moraes (2020, p. 1391) ressalta que os preceitos fundamentais em si, em hipótese alguma, serão suscetíveis ao controle de constitucionalidade. Quer dizer, a inconstitucionalidade é da lei ou do processo legislativo que violam tais fundamentos constitucionais.

Finalmente, Barroso (2012, p. 37) menciona mais duas classificações. A primeira se divide em inconstitucionalidade total – quando o diploma legal

integralmente for assim declarado – e parcial quando apenas um trecho ou palavra ser declarada inconstitucional. Já a segunda categoria diz respeito a antinomia entre Constituição e lei, podendo ser frontal (inconstitucionalidade direta) ou incidental, em decorrência de primeiramente haver conflito entre leis – eis a inconstitucionalidade indireta.

Mesmo com essa diferenciação entre as espécies de inconstitucionalidade, as duas que sobressaem para diferenciar a prática processual são as por ação e por omissão. As demais características do ato inconstitucional podem estar presentes conjuntamente: por exemplo, a norma pode confrontar a Constituição de forma parcial, material e originária, por ação do legislador. Afinal, os efeitos da decisão judicial serão as mesmas, somente sendo diferenciados pela atuação ativa ou omissiva do Poder Legislativo.

2.2.2 Ação direta declaratória de inconstitucionalidade

Diante da inconstitucionalidade de uma lei, pode ser exercido o controle judicial concentrado e principal por meio da ação direta de inconstitucionalidade, que serve majoritariamente às espécies de ocorrência de constitucionalidade. A atual Constituição brasileira prevê a competência do STF e as partes legitimadas em seus arts. 102 e 103, já mencionados quando tratado da ação declaratória de constitucionalidade, à semelhança do procedimento, que segue o disposto na Lei nº 9.868 de 1999.

O objeto da ADI é a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal vigente, ou ainda a lei estadual em relação à Constituição Federal. Esta ação não é aplicável para leis já revogadas, pois nesse caso caberá a ADPF, cuja explicação já foi dada anteriormente. A partir disso, Moraes (2020, p. 1403) afirma que a finalidade da ADI é de retirar a norma inconstitucional do ordenamento jurídico, sendo o STF um legislador negativo. Assim como a ação declaratória de constitucionalidade, aqui não cabe pedido de desistência do pedido principal, bem como do cautelar. As duas espécies de ação apresentam efeitos *erga omnes*, retroativos e vinculantes. Moraes ainda aponta para os efeitos repristinatórios, isto é, o retorno da vigência da norma diante da revogação da lei revogada. Quer dizer, em virtude da nulidade, a lei anteriormente revogada deixa de assim o ser à vista da lei

inconstitucional declarada nula. Em verdade, o jurista mencionado entende que na ADI:

[...] a decretação de sua nulidade torna sem efeito a antiga *revogação que produzira, ou seja, a lei anterior* supostamente revogada por lei inconstitucional declarada nula com efeitos retroativos (*ex tunc*) jamais perdeu sua vigência, não sofrendo solução de continuidade. (2020, p. 1430)

A relevância da matéria sob análise judicial leva a outras duas características. Primeiramente a não incidência de prazo decadencial ou prescricional, tendo em vista que “os atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo decurso do tempo” (Moraes, 2020, p. 1407). Outra consequência é a possibilidade de se ter o *amicus curiae*, na figura de outros órgãos e entidades estatais, cuja representação tem papel importante para a solução da demanda por meio da juntada de pareceres e demais informações. O próprio relator da demanda quem defere a participação do *amicus curiae*, dado que permite o Tribunal ter conhecimento de posições e reflexos jurídicos decorrentes do objeto da ação. Convergentemente, Mendes (2020, p. 1359) defende que a presença do *amicus curiae* denota uma qualidade democrática a um processo objetivo, mas em que o STF exerce um controle abstrato.

Há quem fale também em ação direta de inconstitucionalidade interventiva, partindo do previsto no art, 34, VII, da Constituição Federal de 1988¹⁷. Do dispositivo, extrai-se que essa espécie processual serve para proteger princípios republicanos e federativos garantidos pela Constituição. Em verdade, está-se perante uma intervenção federal de caráter normativo sobre os outros entes federativos. Nas palavras de Moraes:

Trata-se, portanto, de espécie de intervenção provocada por requisição. Uma vez decretada a intervenção, não haverá controle político, pois a Constituição Federal exclui a necessidade de apreciação pelo Congresso Nacional. Sua duração, bem como os limites, serão fixados no Decreto presidencial, até que ocorra o retorno da normalidade do pacto federativo. (2020, p. 1444)

¹⁷ CF/88. Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

A legitimidade para a propositura desse tipo de ADI é mais restrita. Dado o caráter intervencionista, é o Presidente da República quem pode decretar a intervenção federal. Deve ser respeitado o disposto no art. 36, III e § 3º, da CF/88¹⁸, que define a necessidade de autorização do STF e, de fato, afasta o papel do Congresso Nacional. Ademais, limita o decreto à suspensão da execução do ato supostamente inconstitucional. Portanto, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva serve tanto para declaração de inconstitucionalidade (finalidade inerente), quanto para a decretação de intervenção da União em determinado ente federativo.

A outra categoria de ADI é quando essa se revela por omissão, sendo chamada de ação direta de constitucionalidade por omissão, conforme art, 103, § 2º, do texto constitucional¹⁹. Como já dito alhures, não há um tratamento próprio desse tipo de ação, pois ela decorre da ação direta de inconstitucionalidade genérica. O parágrafo do dispositivo referido apenas considera a inconstitucionalidade por omissão e as consequência que se declaram, ou seja, a determinação para que o Poder Legislativo tome providência para conformar a norma com a Constituição.

A partir desse diploma, tem-se que objeto da ADO é sanar uma omissão legislativa no prazo de 30 dias, por meio de medidas cabíveis a serem realizadas pelo órgão omissor. Moraes (2020, p. 1445) pondera que nem toda norma é suscetível a esse tipo de ação, mas somente as “constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo” e aquelas “programáticas vinculadas ao princípio da legalidade”, tendo em vista a necessidade de tomada de providências para adequar a norma ao comando constitucional. No primeiro caso caso, é o exemplo do art. 128, § 5º, da CF/88 pela qual se exige a edição de lei complementar para configurar o estatuto, com organização e atribuições, de cada Ministério Público; enquanto o segundo é, por exemplo, o art. 7º, XI, do diploma constitucional, no qual se dispõe “a participação de empregados nos lucros, ou resultados da empresa, conforme definido em lei” (Moraes, 2020, p. 1522).

¹⁸ CF/88. Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: [...] II - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. [...] § 3º Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

¹⁹ CF/88. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Ao seu turno, enquanto a finalidade da ADO e o dispositivo da decisão judicial se diferem da ADI, a legitimidade é a mesma das ações diretas do controle concentrado e principal, prevista no art. 103 da Constituição Federal de 1988, cujo conteúdo já fora esmiuçado. As duas principais características específicas da ADO são seus efeitos e seu procedimento. Este é regido por lei própria, Lei nº 12.063 de 2009²⁰. Sobre os efeitos, esses, logicamente, não são *erga omnes*, sendo restrita ao órgão omissor, o qual estará vinculado à decisão. Também, terá eficácia *ex nunc*, diante das providências serem futuras, no prazo de 30 dias. E, em vista dessa condenação, a decisão da ADO não é meramente declaratória, como na ADI, mas sim mandamental, sendo obrigatório seu cumprimento.

O que se deve ter em vista é que, seja qual for a espécie de omissão – independentemente do grau da não atuação legislativa –, a inconstitucionalidade será sanável. Ou seja, a norma sob análise não será declarada nula, podendo permanecer no ordenamento jurídico se o órgão competente reformulá-la. Esta, talvez, seja a principal diferença para com a ação direta declaratória de inconstitucionalidade em sentido lato.

²⁰ Lei 12.063/09. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Entendido no que consiste a declaração de inconstitucionalidade, cumpre adentrar o outro tema basilar para se compreender o objeto de pesquisa deste trabalho, qual seja, a responsabilidade civil do Estado. Para melhor entendimento deste instituto, principia-se pelas teorias que se converteram durante o desenvolvimento do Direito até chegar na definição da responsabilidade civil estatal adotada atualmente no Estado Democrático de Direito. Ademais, são vistos os requisitos da responsabilidade civil *lato sensu* e quais deles são pertinentes para que o Estado assim o responda.

A partir disso, adentra-se como a responsabilidade civil do Estado é recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, quais teorias, critérios e espécies adotados e fracionamentos dentro da legislação nacional. Enfim, há uma abordagem mais profunda na responsabilidade do Estado por seus atos legislativos, ou seja, como responde o Poder Público por sua função de legislar.

3.1 DISCUSSÕES CONCEITUAIS E DESDOBRAMENTOS TEÓRICOS

Por muito tempo, o Estado atuou de forma absoluta, cometendo abusos perante os administrados no que tange ao campo jurídico. Não havia devido processo legal, ampla defesa e contraditório, e por vezes os três Poderes se misturavam, isto é, o rei – chefe do Executivo – ditava a lei e a aplicava em julgamentos. A doutrina fala que persistiu, nesse período, a teoria da irresponsabilidade diante da evidente soberania estatal na figura do monarca, estando acima dos súditos. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 1490) aponta que a atribuição de responsabilidade ao Estado, em qualquer hipótese, equivalia colocá-lo no nível dos jurisdicionados em detrimento de seu *status* soberano.

A partir do século XIX, já na Idade Moderna, os movimentos contrários ao absolutismo levaram a novos entendimentos da responsabilidade do Estado. Foram, pois, adotadas as premissas e os princípios civilistas, pelos quais “distinguiam-se, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão” (Di Pietro, 2020, p. 1491). A diferença entre as duas espécies de atos se dá em decorrência dos privilégios e prerrogativas do Estado, sendo responsabilizado civilmente apenas

pelos atos de gestão. Procurava-se enquadrar a responsabilidade extracontratual do Poder Público na teoria da culpa civil.

Porém, já no final daquele século, o Direito Público deu mais passos em direção à sua consolidação, inaugurando-se as teorias publicistas sobre a responsabilidade civil estatal, divididas em teoria da culpa do serviço e teoria do risco. Ambas ensejam as considerações sobre o tema que são adotadas atualmente, sendo dois pontos principais: afastamento da culpa do funcionário e adoção da responsabilidade objetiva do Estado.

No seu desenvolvimento, a responsabilidade civil estatal adotou os quatro elementos comuns à responsabilidade civilista: conduta,nexo causal, culpa e dano. Segundo Flávio Tartuce (2019, p. 516 e ss.), a conduta humana pode ser comissiva ou omissiva, em ambos os casos havendo a vontade de quem pratica o ato. Comumente, o fato jurídico advém da primeira opção, já que a omissão demanda a comprovação de que o dano poderia ter sido evitado. Ou seja, o ato que enseja o prejuízo não está intrinsecamente ligado à culpa. O elemento culposo, em sentido amplo, abarca o dolo – que consiste, nas palavras do autor, na “violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem” – e a culpa *stricto sensu*, sendo “o desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico, que acaba sendo violado por outro tipo de conduta” (Tartuce, 2019, p. 521). Ela é subdividida em imprudência (falta de cuidado de forma comissiva), negligência (falta de cuidado de forma omissiva) ou imperícia (falta de qualificação), e em todas elas pode haver a mitigação da culpabilidade ou mesmo a exclusão²¹.

Havendo dolo ou culpa, está-se diante da responsabilidade civil subjetiva. No âmbito estatal, o Poder Público responde por si objetivamente, como será melhor explicado adiante, sendo o dolo ou culpa imputados ao agente público responsável pela conduta. Adianta-se que, eventualmente, o Estado pode responder subjetivamente por omissão, isto é, por ser negligente.

²¹ A exclusão da culpabilidade se dá pela culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro, caso fortuito e força maior. As duas primeiras situações se dão, justamente, quando o dano é decorrente unicamente da ação da vítima ou de terceiro. Tartuce (2019, p. 547) alerta que se diferencia da culpa concorrente, a qual faz subsistir o dever do responsável de indenizar. Por sua vez, as outras conjunturas se confundem, mas a distinção na previsibilidade do acontecimento. Seguindo Tartuce (2019, p. 548), o caso fortuito é imprevisível, enquanto a força maior tem certa previsibilidade, mas é inevitável, o que justificaria a exclusão do nexo de causalidade.

Para que haja essa responsabilização, são necessários os dois elementos faltantes: nexo causal e o dano. O nexo de causalidade constitui, conforme Tartuce, “a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém” (2019, p. 537). Esse componente da responsabilidade civil é necessário tanto na vertente objetiva, quanto aquela subjetiva, podendo inclusive haver a concausalidade de fatores²². Ao seu turno, o dano, junto da conduta, não pode ser afastado, sendo elementar para configurar a responsabilidade civil. Lembra-se, enfim, que a natureza do prejuízo pode ser patrimonial (lesão a bens materiais) ou moral (dano imaterial ao âmago subjetivo).

Desse histórico, entende-se por responsabilidade civil do Estado a obrigação patrimonial de reparar dano causado a terceiros por seus agentes públicos, quando no exercício das devidas atribuições ou sob subterfúgio dessas. Percebe-se que a relação jurídica se dá entre o Poder Público e aquele atingido independentemente de qualquer negócio jurídico realizado entre as partes; ou seja, trata-se de uma relação objetiva. Logo, não pode ser considerada uma responsabilidade contratual; com efeito, também se denomina esse instituto de responsabilidade extracontratual. Da mesma forma, não decorre diretamente de lei, pois é necessário o preenchimento de alguns requisitos, como se verá adiante.

Sobre essa relação entre particular e ente estatal, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 1025) alerta que não se trata de “sacrifício” de direitos individuais em prol daqueles de interesse público. Por isso, o dano devido não se trata de indenização, como naqueles casos de intervenção na propriedade. Seguindo a doutrina italiana, o autor considera que, em verdade, a responsabilidade extracontratual se caracteriza pela violação a direito alheio:

Não há falar, pois, em responsabilidade, propriamente dita, quando o Estado debilita, enfraquece, *sacrifica* um direito de outrem, ao exercitar um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo *conteúdo jurídico intrínseco* consiste precisamente e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém. (2014, p. 1023)

²² A concausalidade se caracteriza pela teoria das concausas que se traduz nas situações em “o evento danoso surge diante de um conjunto de causas que tenham provocado o dano” (Tartuce, 2019, p. 546). É uma definição doutrinária, mas a subdivisão é revista no ordenamento jurídico brasileiro: concausalidade conjunta (art. 942, *caput*, CC/02) e concausalidade cumulativa (arts. 944 e 945, CC/02). Já a terceira categoria, concausalidade disjuntiva, se dá no mundo fático, quando apenas uma ação, entre as condutas de dois ou mais sujeitos, que realmente foi lesiva. Na esfera estatal, todas as hipóteses podem ocorrer.

Já Hely Lopes Meirelles traz outra discussão acerca da noção do instituto jurídico em questão. Diz que a nomeação correta seria responsabilidade civil da Administração Pública²³, pois a responsabilidade advém dos atos administrativos, não de atos políticos do Estado. Isso porque “é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos atos de governo, que emerge a obrigação de indenizar” (1998, p. 530). No entanto, esse entendimento não foi tão bem recebido pela doutrina doméstica.

A exemplo, Di Pietro considera equivocada a atribuição da responsabilidade à Administração Pública, pois esta não detém personalidade jurídica, logo, não possui capacidade para ser titular de obrigações civis. A responsabilidade é do Estado, representado por pessoas jurídicas de direito público e privado, na esfera dos três Poderes. Aliás, caso fosse da Administração Pública sob esse viés mais restritivo, os comportamentos danosos que surtem repercussão jurídica seriam do Executivo, enquanto em relação ao Judiciário e o Legislativo, a incidência da responsabilidade seria “em casos excepcionais” (2020, p. 1487).

Considerando a finalidade desta monografia, parece ser mais adequada essa colocação, já que se procura considerar a responsabilidade do Poder Legislativo por seus atos. Assim, é válido apontar mais algumas elucidações sobre os atos que motivam a responsabilidade civil, segundo a autora. É que o Estado pode ser responsável por condutas resultantes de “atos jurídicos, de atos ilícitos, de comportamentos materiais ou de omissão” (Di Pietro, 2020, p. 1487). Há também a possibilidade de responder por atos lícitos, desde que causadores de danos individuais que sejam mais gravosos do que para a coletividade. Acrescenta-se, pois, a definição de Di Pietro:

[...] a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos. (2020, p. 1488).

A partir daí, levando-se em conta os atos que resultam na obrigação de reparar do Estado, dividem-se as teorias do Direito Público em teoria do risco

²³ A Administração Pública, segundo Hely Lopes Meirelles, se externa como o Poder Executivo, por exercer atividades típicas desse poder. Outros autores, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello, diferenciam a Administração Pública como sinônimo do Poder Público, abarcando as funções executivas, legislativa e a judiciais da Administração na acepção de Meirelles, que seria a de *stricto sensu*. Neste trabalho é usado os dois sentidos.

administrativo e teoria do risco integral. Principiando por Meirelles, tem-se que a teoria do risco administrativo, como se infere do nome, “baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado, pelos demais” (1998, p. 354). Quer dizer, basta que a vítima demonstre o ato danoso, não sendo exigida a culpa dos agentes públicos, inferindo-se do fato que causou a lesão ao particular. À semelhança de situações de responsabilidade civil do âmbito civil, contudo, o Estado pode se eximir de indenizar ao alegar a culpa concorrente ou exclusiva da vítima (art. 945 do Código Civil de 2002²⁴).

Di Pietro adita que há uma substituição da culpa pelo nexos causal, ou seja, a relação entre fato e dano, para que se caracterize a responsabilidade extracontratual do Estado. É independente, pois, da forma que o serviço é prestado, sendo o pressuposto básico a ocorrência de um dano injusto e atípico que atinge alguém especificamente.

Já a teoria do risco integral se diferencia da primeira corrente na medida em que não aceita as excludentes de culpabilidade. Conforme Meirelles (1998, p. 533), a indenização seria devida diante de qualquer ato lesivo por parte do Estado, mesmo que a vítima tivesse contribuído para o dano. A doutrina tece críticas a esta vertente porque vai de encontro aos princípios de interesse público e isonomia, já que todos irão arcar com um dano específico.

Seja como for, em ambos os casos se está diante da responsabilidade objetiva estatal, “que implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não” (Di Pietro, 2020, p. 1495). No mesmo sentido, Bandeira de Mello (2014, p. 1034) considera tal espécie de responsabilidade como aquela independente de culpa ou falta do serviço público.

Pelo exposto, é possível identificar a responsabilidade civil do Estado, pela corrente publicista, como a obrigação do Poder Público, por meio de seus entes e entidades dotadas de personalidade jurídica, de reparar danos causados a terceiros, por ato lícitos e ilícitos, comissivos e omissivos, de forma objetiva e extracontratual, desde que comprovada a causalidade entre conduta e lesão.

²⁴ CC/02. Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

3.1.1 Tratamento no ordenamento jurídico brasileiro

Na legislação atual do Direito Brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é tratada tanto no Código Civil de 2002, quanto na Constituição Federal de 1988. No primeiro diploma legal, o tema é tratado no art. 43²⁵, enquanto o texto constitucional traz o assunto no art. 37, § 6^o²⁶. Primeiramente, ambos os dispositivos preveem a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, ou seja, dos representantes do Estado. Quer dizer, o constituinte e o legislador ordinário afastaram a ideia mais restrita de Meirelles de que a obrigação de indenização seria da Administração Pública enquanto equivalente ao Poder Executivo.

Além disso, há a consagração da definição de responsabilidade civil estatal que predomina entre os doutrinadores nacionais. Estão presentes as características da extracontratualidade e da objetividade, sendo o ato lesivo independente de culpa. Ademais, tem-se que o dano a terceiros deve ser causado pelo agente público, e caso este tenha atuado com dolo ou culpa, a entidade estatal pode ajuizar uma ação de regresso²⁷ em face daquele que gerou o fato danoso. Logo, o indivíduo que sofreu prejuízo deve propor ação em face do Estado, não de seu agente, justamente porque o elemento de culpabilidade não é necessário para se configurar a responsabilidade civil estatal: essa lógica é a explicação da teoria da dupla garantia.

Outro destaque é quanto aos “terceiros” em face dos quais se causa o dano. Sob uma primeira análise, considerava-se que apenas o usuário do serviço público

²⁵ CC/02. Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

²⁶ CF/88. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6^o As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

²⁷ A ação de regresso é manifestação do direito de regresso, ou seja, meio pelo qual se pode reaver o que se pagou pelo dano que, conforme comprovado, era de outrem, não podendo ser ajuizada em face de descendente relativa ou absolutamente incapaz. É o que prevê o art. 934 do CC/02: “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”. Na relação entre Estado e agente que cometeu o ato lesivo, Tartuce (2019, p 750) esclarece que como a natureza das responsabilidades de cada um é distinta, sendo objetiva e subjetiva respectivamente, as formas de produção probatória são distintas. Assim, não cabe ambos serem colocados no polo passivo de uma mesma ação indenizatória, sendo esta promovida em face do Estado, por ser mais fácil a comprovação da responsabilização desse. Tampouco é obrigatória a denúncia à lide do responsável, conforme entendimento do STJ (AFREsp 313.886/RN). A conclusão, pois, é que resta ao Estado exercer seu direito de regresso por meio do respectivo remédio processual, a ação de regresso.

do qual se resultou a lesão poderia requerer a reparação da entidade estatal. Porém, em agosto de 2009, o STF, no RE nº 591.874/MS²⁸, à luz da discussão sobre a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público em relação a danos causados a terceiros não-usuários, entendeu que estes também devem ser indenizados. O julgado foi levado a tase de repercussão geral, ensejando o Tema 130²⁹, o qual justamente reforçou o texto do art. 37, § 6º, CF/88, no que diz respeito à responsabilidade das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos e à interpretação extensiva do termo “terceiros” previsto no referido dispositivo.

Vê-se que a Corte Suprema afirmou a responsabilidade objetiva do Estado no ordenamento jurídico nacional. Quanto às duas teorias decorrentes dessa vertente, no entanto, a doutrina não é unânime. Meirelles defende a diferenciação entre a teoria do risco administrativo e do risco integral. Como já esclarecido, os dois casos que se caracterizam pelas chances de a atividade do Estado gerar riscos para os administrados, diferenciando-se apenas no que tange a excludentes de culpabilidade, aplicáveis apenas na primeira tese. Ao seu turno, Yussef Said Cahali (1995, *apud* Di Pietro, 2020, p. 1495) discorda dessa divisão pois não se trata de uma distinção ontológica, mas sim das consequências das duas modalidades de riscos:

[...] o risco administrativo é qualificado pelo seu **efeito** de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, **efeito** que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção (2020, p. 1495)

²⁸ STF (Plenário). **RE 591.874-2/MS**. Ementa: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III - Recurso extraordinário desprovido. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de agosto de 2009.

²⁹ **Tema 130 - Responsabilidade objetiva do Estado em caso de responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público em relação a terceiros não-usuários do serviço**. Tese: A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

Para o referido autor, portanto, independentemente da teoria de risco adotada, abre-se espaço, na via judicial, para a atenuação da responsabilidade estatal quando houver uma concausa que prevaleceu para o resultado danoso. Diante dessas colocações, Di Pietro (2020, p. 1495) entende que há uma concordância entre os doutrinadores sobre a averiguação do nexo de causalidade entre o fato e dano, bem como sobre a possibilidade de se amenizar a responsabilidade objetiva do Estado.

Diante disso, a autora relembra que no direito brasileiro são previstas situações que atendem às duas teorias. O já mencionado art. 37, § 6º, da CF/88 se aplica amplamente e consagra a teoria do risco administrativo; ou seja, nos casos que ali se enquadram, poderá haver mitigação da responsabilidade do Poder Público ou ocorrência de culpa da vítima. Contudo, existem exceções a esse dispositivo legal que justamente abarcam a teoria do risco integral e estão previstas na legislação ordinária e no diploma constitucional.

De início, a União é responsabilizada pelos danos a terceiros decorrentes de atentados terroristas, atos de guerra cometidos ou eventos análogos contra aeronaves brasileiras e operados por empresas brasileiras de transporte aéreo público. Contudo, as aeronaves alugadas para o transporte particular na modalidade táxi aéreo não são abarcadas pela responsabilidade civil federal. Essa matéria é tratada na Lei nº 10.744, promulgada em 2003³⁰. E é coerente que assim seja previsto, já que são atos cometidos contra o Estado brasileiro, representado pela União, que colocam os civis em risco. Ademais, não cabe a responsabilização estatal pelas aeronaves de táxi aéreo, pois estas não estão submetidas ao controle aéreo, decolando, por vezes, de aeroportos particulares. Não é o que ocorre com os chamados voos comerciais, submetidos ao controle dos aeroportos sob supervisão do Ministério de Portos e Aeroportos.

Existem também os danos decorrentes de atividades nucleares, inclusive um exemplo de responsabilidade estatal por ato lícito. A Lei nº 6.453, de 1977³¹, prevê que a responsabilidade civil por tais lesões será exclusiva do operador da instalação nuclear, isto é, a pessoa jurídica autorizada para exercer essa atividade. Porém, nos

³⁰ Lei 10.744/03. Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo.

³¹ Lei 6.453/77. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências.

arts. 14 e 15 da lei³², é assegurado que a União irá reparar os danos de responsabilidade do operador, até mesmo quando o elemento nuclear é ilícito para utilização ou produção. A justificativa para essa previsão está no art. 21, inciso XXIII, alínea “d”, da Constituição Federal de 1988³³, que dispõe a competência da União para explorar os serviços e comércios provenientes da atividade nuclear, sendo independente de culpa a responsabilidade civil pelos danos nucleares. O art. 177, inc. V, também da CF/88³⁴, ratifica esse entendimento ao dispor que a atividade nuclear é monopólio da União.

Uma última hipótese, não unânime entre os juristas, diz respeito aos danos ambientais. Aqueles que defendem a responsabilidade civil do Estado por tais prejuízos como risco integral assim o fazem em decorrência dos parágrafos segundo e terceiro do art. 225, CF/88³⁵. Isso porque os dispositivos exigem que a reparação do dano seja feita conforme a determinação pública (“[...] de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei”), podendo os infratores responder também nas esferas penal e administrativa para além da responsabilidade civil.

Porém, esta noção é mais aceita sob a ótica do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938 de 1981³⁶ – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente –, o qual traduz o princípio do poluidor-pagador, isto é, o poluidor deve reparar os danos ambientais e que refletem

³² Lei 6.453/77. Art. 14 - A União garantirá, até o limite fixado no artigo 9º, o pagamento das indenizações por danos nucleares de responsabilidade do operador, fornecendo os recursos complementares necessários, quando insuficientes os provenientes do seguro ou de outra garantia. Art. 15 - No caso de acidente provocado por material nuclear ilicitamente possuído ou utilizado e não relacionado a qualquer operador, os danos serão suportados pela União, até o limite fixado no artigo 9º, ressalvado o direito de regresso contra a pessoa que lhes deu causa.

³³ CF/88. Art. 21. Compete à União: [...] XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: [...] d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

³⁴ CF/88. Art. 177. Constituem monopólio da União: [...] V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

³⁵ CF/88. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações [...] § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

³⁶ CC/02. Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

em terceiros, decorrentes de sua atividade. Tartuce (2019, p. 787) diz que o dispositivo consagra a “responsabilidade civil objetiva (sem culpa) e solidária, entre todos os envolvidos com os danos ambientais”. Em verdade, a previsão legal corresponde à garantia constitucional ao meio ambiente, como direito coletivo, previsto no art. 225 do CF/88.

Quer dizer, o dano ambiental é nada mais do que um dano social, seguindo a teoria de responsabilidade pressuposta desenvolvida por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2023, p. 150-152), o que justifica de forma intrínseca a responsabilidade objetiva estatal nessa hipótese, até porque o Estado, muitas vezes, é o próprio poluidor. Inclusive, a Primeira Turma do STF, em recente julgado³⁷ que tratava de danos ao meio ambiente provenientes de obras públicas, afirma-se que “a reparação ambiental é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o dever de recomposição dos danos ambientais”. Logo, a responsabilidade civil do Estado por dano ambiental sempre será objetiva e por risco integral, mesmo quando for omissão, pois o meio ambiente é um direito coletivo constitucionalmente protegido.

Isso porque nas situações em que o Estado for omissivo ou negligente, a incidência, na maioria dos casos, será de responsabilidade civil subjetiva, conforme defende uma parcela dos doutrinadores brasileiros. Bandeira de Mello (2014, p. 1032), partindo da experiência francesa, diz que a responsabilidade subjetiva estatal

³⁷ STF (Primeira Turma). **Ag.Reg. no RE 1.399.685/GO**. Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA EM DECORRÊNCIA DE OBRA PÚBLICA. REPARAÇÃO AMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. IMPERATIVIDADE DO DEVER DE REPARAÇÃO DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. [...] 3. Na origem, cuida-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS em face da AGÊNCIA GOIANA DE INFRAESTRUTURA E TRANSPORTES (GOINFRA), requerendo a condenação da ré a promover a recuperação da área degradada em razão da realização de obras na Rodovia GO 338, que culminaram *em processos erosivos e no aterramento do Córrego das Antas*, bem como ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, a ser revertida ao Fundo Municipal de Meio Ambiente de Goianésia, aduzindo, em síntese, que as obras culminaram no desabastecimento de água dos imóveis vizinhos, bem como no elevado risco de acidentes de trânsito. 4. O Tribunal de origem manteve a sentença na parte que condenou a ora recorrente à recuperação da área degradada, em conformidade com as exigências técnicas indicadas pelo órgão ambiental fiscalizador (SECIMA), sob pena de multa, a ser revertida em benefício do Fundo Municipal do Meio Ambiente, sem prejuízo de demais medidas indutivas e coercitivas necessárias para assegurar o efetivo cumprimento da ordem. 5. No julgamento do RE 654.833, de minha relatoria, o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu que a reparação ambiental é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o dever de recomposição dos danos ambientais. 6. O acórdão recorrido, ao manter a condenação da agravante à recuperação da área degradada, encontra-se em consonância com a jurisprudência desta SUPREMA CORTE no sentido de que a reparação ambiental é um direito fundamental indisponível, sendo imperativa a recuperação dos danos ao meio ambiente decorrentes de obras públicas. 7. Agravo Interno a que se nega provimento. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 19 de dezembro de 2022.

se dá pela “falta de serviço” (*faute du service*), não bastando o elemento objetivo para configurar o dever de indenizar. O autor aponta que há certa culpa presumida; quer dizer o ônus da prova é da entidade estatal, devendo demonstrar que atuou com prudência, diligência e perícia. Em suma, Bandeira de Mello assim qualifica essa espécie de responsabilidade do Estado:

Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) *legalmente exigíveis*, de tal sorte que *o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido*. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, *não atua* ou *atua insuficientemente* para deter o evento lesivo. (2014, p. 1033)

Di Pietro (2020, p. 1508) vai no mesmo sentido em relação às condições de negligência estatal. A jurista atribui à causa do dano, os fatos da natureza ou atos de terceiros que o Estado deveria ter agido para minorar ou evitar os efeitos negativos. Fala-se em “dever de agir” e “possibilidade de agir”, sendo esta evidenciada de caso a caso e dentro na capacidade do ente estatal.

Mas, em se tratando de omissão, o que se tem é o descumprimento de uma obrigação legal – expressa ou implícita – pelo Estado. Por isso, Di Pietro entende que “enquanto no caso de atos comissivos a responsabilidade incide nas hipóteses de atos lícitos ou ilícitos, a omissão tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do Estado” (2020, p. 1509).

No entanto, a convergência não se dá em toda a doutrina nacional, havendo aqueles autores que consideram também a possibilidade de omissão lícita e ensejadora de responsabilidade objetiva. Sendo, pois, uma discussão mais doutrinária do que fática, a jurisprudência também não é unânime. No âmbito do STF, Mateus Stallivieri da Costa (2017, p. 40), utilizando-se conjuntamente do estudo Helena Helias Pinto (2008, *apud* Costa, 2017, p. 40), demonstra que logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a tendência da Suprema Corte era decidir pela vertente objetiva da omissão pública.

Já a partir dos anos 2000, o autor constatou que a teoria da responsabilidade subjetiva estatal prevalece nos acórdãos. De fato, pesquisando-se por “responsabilidade subjetiva do Estado por omissão” na jurisprudência do STF, vê-se que os casos mais recentes são de 2011. Após, o Tribunal majoritariamente

tratou da responsabilidade civil objetiva, sendo que somente em junho de 2023, no Ag.Reg. em RE nº 1.407.399 de Sergipe³⁸, veio a ser reafirmada a responsabilidade subjetiva pela omissão estatal na conservação de via que causou acidente à vítima. Na ocasião, a Ministra Relatora Rosa Weber manteve a decisão originária e foi seguida unanimemente pelos demais votantes.

Costa (2017, p. 42) ainda aponta a repercussão do tema do Superior Tribunal de Justiça, sendo que as decisões do Tribunal, durante as primeiras décadas do século XXI, eram convergentes com aquelas do STF. Contudo, citando Marco Aurélio Morosini, destaca suas exceções a essa uniformidade:

Apesar dessa tendência, Marco Aurélio Morosini destaca duas exceções à responsabilização subjetiva do Estado por omissão no STJ. A primeira seria relativa a existência de uma previsão legal específica que ensejaria na responsabilidade objetiva, e a segunda quando as circunstâncias fáticas implicarem um dever estatal mais rigoroso, que vincule de forma mais direta a conduta omissiva ao Estado (2016, p. 202). (2017, p. 42)

Perante esse cenário, a conclusão é de que nosso ordenamento jurídico adota como regra a responsabilidade civil objetiva do Estado pela teoria do risco administrativo, uma vez que é esta a previsão constitucional (art. 37, § 6º, CF/88). Mas, diante da casuística e mesmo de outros dispositivos da Constituição Federal de 1988, adota-se excepcionalmente a teoria do risco integral, não podendo ser adotadas excludentes de responsabilidade e devendo o Poder Público indenizar os danos, sobretudo sociais. Por fim, também evitando uma linha ortodoxa, parte da doutrina e a jurisprudência do STF admitem a ocorrência de responsabilidade

³⁸ STF (Plenário). **Ag.Reg. no RE 1.407.399/SE**. Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 279/STF. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere ao óbice da Súmula no 279 do STF. 2. A controvérsia, conforme já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais. Compreensão diversa demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. 3. A teor do art. 85, § 11, do CPC, o “tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2o a 6o, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2o e 3o para a fase de conhecimento”. 4. Agravo interno conhecido e não provido. Relator: Min.º Rosa Weber, 5 de junho de 2023.

subjetiva das entidades estatais quando essas são omissas ou negligentes, estando presente o elemento culposo.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO LEGISLADOR

Feitas as ponderações do que é responsabilidade civil e sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro, cabe esmiuçar como o Poder Legislativo responde por seus atos dado o objeto deste trabalho. Aqui não será abordado exclusivamente a temática das leis, sendo mencionados também outras manifestações da função de legislar do Estado.

Meirelles, como já visto alhures, considera a responsabilidade civil da Administração Pública. Ao seu ver, a Constituição Federal de 1988 apenas “se refere aos agentes administrativos (servidores), sem aludir aos agentes políticos (parlamentares e magistrados), que não são servidores da Administração Pública, mas sim membros de Poderes de Estado” (1998, p. 538). Com efeito, o doutrinador entende que a lei, o “ato legislativo típico”, raramente prejudicará o particular de modo indenizável, pois é abstrata e geral, isto é, incide sobre o corpo social como um todo, em razão da soberania estatal. A vertente de Meirelles tende à irresponsabilidade do legislador por seus atos, em especial a lei. Di Pietro (2020, p. 1512), ao tratar do assunto, justamente introduz os principais argumentos dessa corrente: soberania do Poder Legislativo na sua atuação; caráter geral, abstrato e coletivo das leis conforme princípio da isonomia; e não responsabilização de parlamentares que são eleitos pelos próprios cidadãos.

José Cretella Júnior, mesmo fazendo a ressalva de que os funcionários públicos do Poder Legislativo têm regime diferenciado dos demais servidores, vislumbra a possibilidade de se responsabilizar o Estado pela função legislativa, para além da mera edição e promulgação de leis:

Mandatários do povo, os agentes legislativos, deputados, senadores, vereadores são selecionados pelo voto, não estão sujeitos à hierarquia, não se submetem aos dispositivos estatutários; fazem a lei, nesta ou naquela hierarquia, dentro desta ou daquela esfera, mas fazem a lei, em conjunto, seguindo processo legislativo rígido, informado por princípios do direito constitucional. Nunca agem com culpa, e muito menos com dolo. E se, porventura, agirem com dolo, ou com culpa, em uma de suas três modalidades, a imperícia, a imprudência, a negligência? (1983, p. 16)

Cretella Júnior (1983, p. 18) ainda afirma que a responsabilização viria pela atividade típica de legislar, não pela matéria legislativa, desde que comprovado o nexo causal entre o ato legislativo e o dano. Poder-se-ia considerar que essa contingência se daria à semelhança dos outros Poderes, Executivo e Judiciário.

Os autores que defendem a suposição de responsabilizar o Estado por atos legislativos, segundo Di Pietro (2020, p. 1512), se baseiam na: supremacia da Constituição Federal à qual o Poder Legislativo está submetido; não absolutidade dos aspectos geral e abstrato das leis infraconstitucionais; e delegação aos representantes eleitos para fazer leis constitucionais.

Yussef Said Cahali, que se alinha a tal pensamento, salienta que a ideia de irresponsabilidade estatal é posta em descrença perante a promulgação de uma lei que se propõe ao “sacrifício de direitos subjetivos legítimos, danosos para seus destinatários, mas em um nome de um interesse político maior” (2014, p. 545). Nessa circunstância, estar-se-ia dando privilégio a um pequeno grupo político em detrimento dos direitos individuais constitucionalmente garantidos; eis a inconstitucionalidade da lei. O autor finaliza esse raciocínio nestes termos:

Portanto, a circunscrição da responsabilidade civil do Estado à lei inconstitucional e ao abuso do poder regulamentar representaria autêntico falso problema: o que deve ser examinado, efetivamente, é, antes, a possibilidade de indenização do dano causado pelo ato normativo ainda que conforme às regras constitucionais. (2014, p. 545)

Di Pietro (2020, p. 1513) também reforça que se trata de responsabilidade por atos legislativos, não do Poder Legislativo, ao elencar os tipos desses que levariam à responsabilidade estatal. São eles: leis declaradas inconstitucionais; atos normativos do Poder Executivo e demais entidades administrativas com vícios de constitucionalidade; leis de efeitos concretos; e omissão de legislar ou regulamentar. Quer dizer, alguns atos formalmente administrativos têm seu conteúdo legislativo ou vinculado a alguma lei. De antemão, esclarece-se que a primeira hipótese será melhor estudada no capítulo 4 e suas seções.

Principia-se a análise pelos atos que emanam normas praticadas pelos entes administrativos do Poder Executivo. Di Pietro (2020, p. 1515) difere a ilegalidade e a inconstitucionalidade desses regulamentos, pois na primeira situação não há a necessidade de prévia apreciação judicial, enquanto para ser declarado inconstitucional, o ato normativo deve ser submetido ao controle judicial. Com efeito,

o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, seja de forma concentrada e principal, seja difusa e incidentalmente, permite o pleito indenizatório do particular prejudicado pela atuação danosa do Estado.

Cretella Júnior (1983, p. 30) também admite tal possibilidade, pois identifica a análise conjunta das responsabilidades legal e regulamentar, embora não enxergue a identidade entre lei e regulamento. O autor entende, que este é auxiliar daquela, “procurando explicitar-lhes o sentido, jamais podendo tomar-lhes o lugar”. Assim, conclui que o ato regulamentar normado pelo Executivo – comumente chamado de decreto – que altera ou extingue direitos é desvio de competência, tendo em vista se tratar de funções legislativas. Agora, se o vício está na forma, o jurista assume que o regulamento é passível de revisão judicial a fim de se sanar os defeitos, convergindo com Di Pietro. Seja como for, Cretella Júnior admite danos provenientes do regulamento vicioso:

Se o regulamento defeituoso, na forma ou no conteúdo, pode causar danos, o Estado responde pelos prejuízos advindos. No entanto, mesmo o regulamento imune de vícios, mas despido do caráter de generalidade, acaba eventualmente por atingir uma só pessoa, física ou jurídica, o que também possibilita a responsabilidade da Administração, obrigada a ressarcir os danos ocasionados. (1983, p. 31)

Na mesma linha, Cahali (2014, p. 553) considera que o decreto, no ordenamento jurídico brasileiro não é essencialmente um ato administrativo, sendo, de fato, um complemento à lei, apresentando “o caráter geral das disposições legislativas, a que se vincula”. Partindo de julgados do STF³⁹, o doutrinador

³⁹ STF (Plenário). **ADI 611-8/DF**. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade: objeto: lei do Distrito Federal fundada em competência municipal: descabimento. O Distrito Federal, ao qual se vedou dividir-se em Municípios (CF, art. 32), é entidade federativa que acumula as competências reservadas pela Constituição aos Estados e aos Municípios (CF, art. 32, § 1o): dada inexistência de controle abstrato de normas municipais em face da Constituição da República, segue-se o descabimento de ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja ato normativo editado pelo Distrito Federal, no exercício de competência que a Lei Fundamental reserva aos Municípios, qual a de disciplina e polícia do parcelamento do solo urbano. II. Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento, segundo a jurisprudência do STF (ADIn 2, 6.2.92), contra atos normativos anteriores à Constituição. III. Ação direta de inconstitucionalidade: não cabe, quando tenha por objeto ato normativo, que visou a regulamentação, na área administrativa, do cumprimento de leis que se entenderam incidir na matéria: invalidade que, a existir, se reduziria a ilegalidade da norma secundária impugnada. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 6 de novembro de 1992.

_____. **Representação de Inconstitucionalidade 1.266-2**. Ementa: Lei – Decreto Regulamentar – Representação de inconstitucionalidade, por conflitar norma legal – Não conhecimento. O conflito entre disposições do decreto com essas leis não se alça ao nível de violação a normas da Constituição, configurando apenas ilegalidade, a ser examinada nos casos concretos, e não na via da ação direta de declaração de inconstitucionalidade de leis. Relator: Min. Carlos Madeira, 20 de maio de 1987.

esclarece que a ilegalidade – isto é, a desconformidade com a lei que precede o ato normativo – do regulamento leva à invalidade; enquanto a inconstitucionalidade pode ser reconhecida se não houver legislação prévia da qual vem o decreto (Cahali, 2014, p. 554). Ainda assim, o ato regulamentar ilegal, por resultar do poder regulamentar, pode levar à reinvidicação indenizatória pelo sujeito prejudicado. A inconstitucionalidade de tal ato, por outro lado, vai depender da lei que o enseja, sendo automático esse reconhecimento se o ato legislativo for declarado inconstitucional.

Daí porque Cahali (2014, p. 555) reconhece a legitimidade do Estado para ser sujeito passivo nas demandas que objetivam “indenização por omissivo seu em dar atendimento ao disposto na lei, quanto à oportuna regulamentação da mesma”. Essa conjectura, conforme Di Pietro (2020, p. 1517), caracteriza a omissão do poder de legislar e regulamentar, em face da qual podem ser ajuizados o mandado de injunção⁴⁰ e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁴¹, cujo sujeito passivo será a autoridade que deixou de editar a norma. A autora adverte que o STF já decidiu, no Mandado de Injunção nº 283/DF⁴², pela responsabilidade do

⁴⁰ O mandado de injunção é um remédio constitucional regulamentado pela Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, caracterizando-se por ser uma ação cujo objeto é “a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, nos termos do art. 1º da referida lei. Tem-se, pois, por premissa dessa espécie processual “a omissão de norma regulamentadora, que pode ser de natureza regulamentar ou legal e ser de competência de qualquer das autoridades, órgãos e pessoas jurídicas que compõem os três Poderes do Estado, inclusive da administração indireta”, como leciona Di Pietro (2020, p. 1517). Válido, por fim, dizer que a competência para julgar os mandados de injunção é do STF e STJ, nas hipóteses respectivamente dos arts. 102 e 105 da CF/88, conforme o sujeito impetrado.

⁴¹ Vide subseção 2.2.2 para melhor entendimento da ADO.

⁴² STF (Plenário). **MI 283/DF**. Ementa: Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a

Congresso Nacional pela omissão de legislar; a lei em questão a ser promulgada versava sobre o direito de reparação econômica em face da União previsto nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Ou seja, o legislador ordinário deixou de regulamentar uma garantia constitucional feita pelo constituinte. É claro que esse é um exemplo de controle judicial, mas de forma totalmente em conformidade com o previsto na Constituição Federal de 1988; em outras situações, Di Pietro (2020, p. 1518) alerta certo comedimento da nossa Suprema Corte para não intervir em matéria legal.

Quanto às leis de efeitos concretos, isto é, aquelas com resultado específico como objeto, sendo materialmente administrativas e incidindo sobre determinado grupo de pessoas, há responsabilidade civil do Estado porque, não apresentam as características de generalidade e abstração (Di Pietro, 2020, p. 1515). Isso significa que o ônus não é arcado por toda a coletividade, podendo o Poder Público ser responsabilizado mesmo se esse tipo de lei não reter certa inconstitucionalidade. Para fins mais práticos, são exemplos as leis orçamentárias, as que instituem os municípios e seus planos diretores, as que definem áreas e reservas ambientais, entre outras.

Cahali (2014, p. 562) também observa essas características mais administrativas nas leis de efeito concreto, diferenciando-as de meros atos legislativos, e por isso os danos injustos decorrentes delas seriam indenizáveis. Sobre o tema, o autor trabalha a casuística daquelas leis que estipulam o monopólio estatal para certas atividades ou então a intervenção do Estado em atividades econômicas:

Com efeito, a questão só pode ser examinada *in specie*, quando o estado estabelece a seu benefício um monopólio industrial ou comercial, ficando tal atividade interdita a particulares; ou quando, desfrutando o particular de certas vantagens ou faculdades asseguradas em lei, esta vem a ser

eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 20 de março de 1991.

modificada, daí resultando a supressão ou diminuição daquelas. (2014, p. 560)

Ainda assim, tanto Cahali, quanto Cretella Júnior reconhecem que o Poder Legislativo não responderia, em tese, pelos danos advindos de seus atos a particulares, já que não há previsão expressa desse dever de indenizar. Mas, no mundo fático, há hipóteses – aquelas elencadas por Di Pietro – que ensejam essa responsabilização, já que os prejuízos aos jurisdicionados são materiais.

Logo, mesmo que haja aqueles que priorizem a soberania do Poder Legislativo, por ser eleito inclusive, e os caracteres geral e abstrato das leis, a doutrina e a jurisprudência nacionais tendem a reconhecer a responsabilidade estatal por atos legislativos. E é o coerente a se fazer, considerando o modo como tais atos repercutem no cotidiano dos legislados.

4 EFEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LEIS DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS

Após entender em que consiste a responsabilidade civil do Estado e como se chega à declaração de inconstitucionalidade, adentra-se no tema principal desta monografia: a possibilidade de o Poder Público responder pelas leis inconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, distingue-se o regime de responsabilização nesse caso e aquele aplicável ao ato administrativo, e essa colocação perpassa sobretudo a análise de constitucionalidade. Daí porque são revistos muitos tópicos já trabalhados no primeiro capítulo, principalmente as espécies de controle de constitucionalidade e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Em um segundo momento, vê-se a reparação que deve o Estado fazer diante da lei inconstitucional que causa danos a um particular. O dano é um ponto importante para a caracterização da responsabilidade civil do Estado legislador diante da inconstitucionalidade de seu ato típico; por isso, é importante ressaltar seus traços nessa conjectura. Nesse contexto, é visto se são todas as leis inconstitucionais que causam dano. Da mesma forma, aprofunda-se os requisitos para a ação que visa a ter o ressarcimento por esses prejuízos. Por fim, é pincelada a hipótese de ação de regresso (explicada na subseção 3.1.1) em face do legislador.

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LEIS INCONSTITUCIONAIS

Como visto, a doutrina e a jurisprudência nacionais reconhecem a responsabilidade civil do Estado legislador por seus atos, ainda que não haja uma previsão legal, tampouco constitucional. Ora, deve-se esmiuçar a responsabilidade civil do Estado especificamente pela declaração de inconstitucionalidade da legislação, uma espécie desses atos.

A primeira constatação da doutrina, como aponta Di Pietro ao citar Juary C. Silva (1985, *apud* Di Pietro, 2020, p. 1513), é que a responsabilidade civil do Poder Legislativo por suas normas declaradas inconstitucionais decorre da própria noção do Estado Democrático de Direito, visto que o Direito que passa a reger a atividade estatal, em especial no que tange à relação jurídica entre o Poder Público e o

jurisdicionado. Logo, visa-se a garantia dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, consagrados pelas Constituição Federal de 1998.

A outra premissa, conforme Amaro Cavalcanti (1957, *apud* Di Pietro, 2020, p. 1514), é que, para que seja caracterizada essa responsabilização, é necessária a declaração de inconstitucionalidade prévia do STF. Cretella Júnior também faz essa colocação: “Se da lei inconstitucional resulta algum dano aos particulares, caberá a responsabilidade do Estado, desde que a inconstitucionalidade tenha sido declarada pelo Poder Judiciário” (1983, p. 26). Este último autor também pontua a necessidade de se ter claro o nexo causal entre a lei declarada inconstitucional e o dano. Em verdade, é necessário o cumprimento dos requisitos intrínsecos da responsabilidade civil *lato sensu*, sendo a lei inconstitucional a conduta da qual se terá o prejuízo. O que os doutrinadores acrescentam como requisito é a declaração de inconstitucionalidade prévia por meio do controle judicial, comumente concentrado realizado pelo STF.

Meirelles, como explicado alhures, não é simpatizante da teoria de responsabilidade civil do Estado por atos legislativos em geral. Por isso, o jurista entende que é excepcional a responsabilização do Poder Público por leis inconstitucionais, sendo necessária o elemento subjetivo para sua caracterização:

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 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 agentes políticos? Não encontramos, assim, fundamento jurídico para a responsabilização civil da Fazenda Pública por danos eventualmente causados por lei ainda que declarada inconstitucional. (1998, p. 538)

Meirelles, pois, afasta essa possibilidade sob os mesmos argumentos iniciais para defender a irresponsabilidade do estado: o fato de a lei ser geral e abstrata e a soberania do poder popular pelas eleições. Cretella Júnior (1983, p. 27) rechaça esse argumento porque o “processo de escolha democrática” não ressoa na discussão, até porque os outros Poderes – Executivo e Judiciário –, para o exercício de suas atividades, adotam o concurso público “com base no princípio da igualdade de todos perante os cargos públicos e, no entanto, cabe a responsabilização

estatal”. Assim, para este autor, desinteressa a causa do ato lesivo, mas sim seu nexo causal com o dano.

Quanto à responsabilidade em si, Cretella Júnior (1983, p. 26) esclarece que, diferentemente da lei constitucional, cujos danos só ensejam a responsabilidade civil estatal se atingir a um particular ou um número restrito de indivíduos, a lei inconstitucional danosa nunca admitirá a irresponsabilidade do Estado. Comparando-se com a colocação de Meirelles, a lógica de Cretella Júnior é quase que oposta: justificar a irresponsabilidade estatal pela generalidade e abstração, além da soberania da escolha democrática, só se aplicaria à lei constitucional.

Cahali (2014, p. 546) segue essa lógica ao afirmar que a responsabilidade civil do Estado resultante de lei inconstitucional é virtual, sendo dispensável a demonstração de culpa. Ademais, o autor enfatiza a lição de que a lei deve ser declarada inconstitucional, não bastando essa ser nula ou inválida, além da necessidade de haver, por óbvio, o dano injusto e a causalidade.

A lição de Juary C. Silva (1964, *apud* Cahali, 2014, p. 549) é convergente com a visão aqui defendida. Para Silva, o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário “representa um *prius* necessário da responsabilidade do Estado”. Mas não se aplica a toda e qualquer lei inconstitucional, pois existem aquelas que regem situações jurídicas individuais:

“[...] Sendo a lei, em regra, um comando genérico e abstrato, o dano aos particulares emergir de atos praticados *em decorrência* de lei inconstitucional, exceto no caso excepcional de leis que determinem situações jurídicas individuais, de sorte que o dano não será *diretamente* imputável à lei inconstitucional; mas isso não altera, em absoluto, os termos da questão: o que é imprescindível é que se verifique o nexo causal entre a lei inconstitucional e o dano ocorrido”. (2014, p. 550)

A inconstitucionalidade da lei danosa, segundo Rui Medeiros – citado na dissertação de Juliana Cristina Luvizotto (1992, *apud* 2010, p. 120) –, tem por efeito a obrigação de indenizar pelo ilícito legislativo, pois há necessidade de se eliminar todos os danos decorrentes desse vício frente ao ordenamento jurídico.

Luvizotto (2010, p. 128-129) aprofunda a discussão ao esclarecer que a lei inconstitucional deve, primordialmente, ser reconhecida por meio do controle judicial concentrado de constitucionalidade, ou seja, apenas pelo STF em nosso ordenamento jurídico. A princípio, essa posição é coerente, por lógica, considerando

que um dos efeitos, como já visto na subseção 2.1.2 desta monografia, é a vinculação de todos os tribunais e magistrados à decisão transitada em julgada daquele tribunal superior (eficácia *erga omnes*). A autora, então, cita a Reclamação Constitucional nº 4.335 do Acre⁴³, cuja relatoria foi do Ministro Gilmar Mendes, o qual trouxe como tese a “equiparação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida por meio do controle difuso ao controle concentrado” (Luvizotto, 2010, p. 128), ou seja, a Suprema Corte estendeu seu entendimento de que não só pelo controle concentrado se declara a inconstitucionalidade no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado. À época em que Luvizotto apresentou sua dissertação, o STF ainda não havia concluído o acórdão, mas em 20 de março de 2014 a decisão final foi de acordo com o voto do relator, sendo consagrada o entendimento que a jurista já havia apresentado.

Partindo para o terceiro ponto, a justificativa para que se permita a responsabilidade estatal por leis inconstitucionais é que essas, quando perdem seu caráter constitucional, não se equivalem a atos administrativos, conforme leciona Medeiros (1992, *apud* Luvizotto, 2010, p. 122). Bem por isso, o regime de responsabilidade civil do Estado não pode ser aquele da Administração Pública em sentido estrito, ainda que dentro da previsão do art. 37, § 6º, da CF/88. Quer dizer, a lei, seja ela constitucional ou não, detém regime jurídico e forma intrínsecos, a fim de se caracterizar a atividade legislativa (Luvizotto, 2010, p. 122). O conceito de lei enquanto ato do Poder Público é único, independentemente do adjetivo que a sucede.

Ainda assim, Luvizotto (2010, p. 121-122) constata que há autores em posição minoritária, a exemplo de Maria Helena D’Arbo Alves de Freitas (2001, *apud* Luvizotto, 2010, p. 122), que desconsideram a lei inconstitucional como ato legislativo, “figurando na categoria de ato decorrente de mera atividade da Administração”. A partir daí, desnecessário um novo regime senão aquele já conhecido para a responsabilidade civil do Estado.

Seja como for, o entendimento majoritário é de que a lei inconstitucional que viola o regime constitucional e causa danos enseja a responsabilidade do Estado

⁴³ STF (Plenário). **Reclamação Constitucional 4.335**. Ementa: Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei no 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014.

legislador. Inclusive, o STF, até o ano de 2010, havia decidido duas vezes (RE nº 153.464⁴⁴ e RE 158.962⁴⁵) nesse sentido, contando a partir da Constituição Federal de 1988 (Luvizotto, 2010, p. 125). O entendimento é correto mesmo, até porque, como já explicado na seção 3.2, o ato administrativo normativo depende de uma lei para que surta efeito, e não estando de acordo com ela será inválido, reiterando o ensinamento de Cahali; há certa autonomia e hierarquia entre os dois institutos – lei e ato administrativo.

Há uma última ressalva, haja vista que até o momento se falou das leis inconstitucionais que regem os direitos em si, de forma material. Porém, existem as leis cujo conteúdo é regular a execução de outras leis, não se confundindo com as leis de efeito concreto (caracterizadas por legislar uma situação jurídica específica). Nessa circunstância, estar-se-ia diante de uma lei que se assemelha a normas da Administração por trazer “ao mesmo tempo, características da lei e do ato administrativo de cumprimento da lei”, em observância ao pensamento de Clèmerson Merlin Clève (1997, *apud* Luvizotto, 2020, p. 122). Não se trata de uma diferenciação entre as leis, mas uma decorrência do conteúdo abarcado pela norma legal, que acaba por mitigar sua classificação enquanto ato jurídico, pois as formalidades ainda exigem o tratamento enquanto lei. Essa é a posição também de Luvizotto:

Seguramente que se deve considerar haver leis que contêm, a um mesmo tempo, lei e execução de lei. Aí sim até se poderia falar em responsabilidade por ato administrativo, muito embora a formalidade a que está sujeita a lei, ou seja, o seu regime diferenciado, não permita, ainda, uma completa subsunção desta ao tratamento dispensado aos atos administrativos. (2010, p. 123).

Ou seja, a lei inconstitucional, com qualquer conteúdo que apresente, permanecerá sendo lei, ato legislativo típico, imputando ao Estado um regime para a responsabilidade pela sua função de legislar. Diferentemente de Juary C. Silva, a

⁴⁴ STF (Plenário). **RE 153.464**. Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – LEI INCONSTITUCIONAL – INDENIZAÇÃO. O Estado responde civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional da função de legislar. Relator: Min. Celso de Mello, 2 de setembro de 1992. *In*: Revista de Direito Administrativo, v. 189, p. 305-306. Rio de Janeiro: 1992.

⁴⁵ STF (Plenário). **RE 158.962**. Ementa: ATO LEGISLATIVO – INCONSTITUCIONALIDADE – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Cabe responsabilidade civil pelo desempenho inconstitucional da função de legislar. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de dezembro de 1992. *In*: Revista de Direito Administrativo, v. 191, p. 175-177. Rio de Janeiro: 1993.

autora entende que o Estado responderá por toda e qualquer lei. Novamente, Luvizotto é precisa:

Daí que uma lei, ainda que inconstitucional, não deixa de ser lei para se tornar ato administrativo, razão pela qual este é um problema da responsabilidade do Estado Legislador, embora, como já ressaltado, a responsabilidade estatal não deixe de ser unitária, pois o que há é uma divisão funcional do poder, exercida por órgãos diferentes, embora sujeitos ao mesmo artigo 37, §6º, da Constituição da República. (2010, p. 124)

Não obstante, há alguma limitação a essa responsabilidade justamente em razão de outros efeitos da inconstitucionalidade. É que o STF vinha entendendo ser possível modular os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade de determinada norma legal, a partir do art. 27 da Lei nº 9.868/99, o qual permite, como visto na subseção 2.2.2, a Corte Superior a entoar os efeitos temporalmente (*ex tunc*, para o futuro ou no trânsito em julgado) da inconstitucionalidade declarada, em virtude da segurança ou interesse social relevante, desde que haja maioria de dois terços entre os ministros.

No ano de 2000, duas ações diretas de declaração de inconstitucionalidade, uma pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (ADI nº 2.154/DF) e outra pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI nº 2.258/DF), questionando a constitucionalidade do referido dispositivo. Ambos os requerentes argumentaram que o art. 27 da Lei da ADI ia de encontro ao princípio da legalidade e da nulidade da lei inconstitucional. Não obstante, pelo acórdão uno⁴⁶, em que as

⁴⁶ STF (Plenário). **ADIs 2.154/DF e 2.258/DF**. Ementa: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.154/DF E 2.258/DF. CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO RESULTANTE DO VETO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA AOS TEXTOS NORMATIVOS INICIALMENTE CONSTANTES DO ART. 17 E DOS §§ 1o E 2o DO ART. 18 DO PROJETO DE LEI CONVERTIDO NA LEI N. 9.868/1999, QUE REGULAVA A INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE NA AÇÃO DE CONTROLE ABSTRATO. CONSTITUCIONALIDADE DA PARTE FINAL DO ART. 26 DA LEI N. 9.868/1999 QUE VEDA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÕES DE CONTROLE ABSTRATO. CONSTITUCIONALIDADE DA PARTE FINAL DO § 2o DO ART. 11 DA LEI N. 9.868/1999 QUE PREVÊ A POSSIBILIDADE DE SE DEIXAR DE APLICAR A LEGISLAÇÃO ANTERIOR À IMPUGNADA NA AÇÃO DE CONTROLE ABSTRATO. O ART. 21 DA LEI N. 9.868/1999 NÃO OFENDE A GARANTIA AO JUIZ NATURAL. DECLARADA A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 27 DA LEI N. 9.868/1999 QUE AUTORIZA A MODULAÇÃO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÕES DIRETAS JULGADAS IMPROCEDENTES. 1. O reconhecimento de legitimidade constitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, de textos normativos vetados pelo Presidente da República, notadamente quando fundamentado o veto em juízo de conveniência, poderia consignar a este Supremo Tribunal um verdadeiro poder de interferência positiva na ordem legislativa. Afastada a arguição de inconstitucionalidade por omissão quanto ao veto apostado ao art. 17 e §§ 1o e 2o do art. 18 da lei impugnada. 2. É constitucional e responde a imperativos de segurança jurídica a parte final do art. 26 da Lei n. 9.868/1999 que veda o ajuizamento de ação rescisória contra decisão proferida em ações de controle abstrato as quais, por sua própria

duas ADIs foram julgadas em abril de 2023, o STF majoritariamente entendeu pela continuidade do entendimento que já vinha sendo aplicado, sendo mantido o dispositivo sob análise no ordenamento jurídico brasileiro.

Perante esse entendimento, antes mesmo do julgamento dos casos, Luvizotto (2010, p. 137) questiona se haveria responsabilidade civil do Estado por lei declarada inconstitucional da qual os efeitos “irão operar apenas a partir de tal reconhecimento, ou em momento posterior”. Ocorre que os recentes julgados da Suprema Corte brasileira tratam da modulação de efeitos da inconstitucionalidade em relação ao Estado legislador. Nesse cenário, a autora defende que se deve manter os efeitos *ex tunc*, uma vez que foi a forma que o STF entendeu ao julgar a repetição de indébito de um contribuinte baseado em lei inconstitucional. No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 392.139/RJ⁴⁷, entendeu-se que diante da ausência de modulação de efeitos, “é de se considerar que tal equivale à decisão de retroatividade irrestrita” (Luvizotto, 2010, p. 137).

Por todo o exposto, observa-se que a doutrina nacional majoritariamente aceita a responsabilidade civil do Estado por sua função legislativa, desde que

natureza, repelem a desconstituição por rescisória. 3. Constitucionalidade da parte final do § 2o do artigo 11 da Lei n. 9.868/1999 que estabelece que, salvo expressa manifestação em sentido contrário, a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior. 4. O art. 21 da Lei n. 9.868/1999 não ofende a garantia ao juiz natural. O preceito visa assegurar a eficácia da futura decisão do Supremo Tribunal, que, cuidando de aferir a constitucionalidade, ou não, de lei ou ato normativo, é, por excelência, o juízo natural da questão. A norma não desloca do juiz para o Supremo Tribunal o julgamento da causa, mas, apenas, o da questão de constitucionalidade, que lhe cabe decidir com eficácia para todos e efeito vinculante. 5. Mesmo antes do advento da Lei n. 9.868/1999 este Supremo Tribunal tinha mitigado a aplicação da teoria da nulidade em casos pontuais preservando alguns dos efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional. 6. Ao proceder à modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, este Supremo Tribunal pondera entre preceitos constitucionais com a finalidade de preservar a unidade da Constituição e os princípios da segurança jurídica e da confiança no sistema jurídico. 7. É de responsabilidade deste Supremo Tribunal Federal a efetivação dos direitos fundamentais pelas prestações positivas, a demonstrar a insuficiência do modelo de nulidade da lei inconstitucional para a proteção desses direitos. Ações diretas de inconstitucionalidade julgadas improcedentes. Relator: Min. Dias Toffoli, 3 de abril de 2023.

⁴⁷ STF (Segunda Turma). **Ag.Reg. no RE 392.139/RJ**. Ementa: Agravo regimental em Recurso Extraordinário. IPTU. Alíquota progressiva. Declaração de inconstitucionalidade com eficácia prospectiva (*ex nunc*) em sede de controle difuso. Não configuração dos requisitos previstos no artigo 27 da lei n. 9.868/99. 1. A possibilidade de atribuir-se efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o Tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quórum qualificado previsto em lei específica, 2. Em diversas oportunidades, anteriormente ao advento da emenda constitucional n. 29/90, o Tribunal, inclusive em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade de textos normativos editados por diversos municípios em que se previa a cobrança do IPTU com base em alíquotas progressivas. Em nenhuma delas, entretanto, reconheceu-se a existência das razões de segurança jurídica, boa-fé e excepcional interesse social, ora invocadas pelo agravante, para atribuir eficácia prospectiva àquelas decisões. Pelo contrário, a jurisprudência da Corte é firme em reconhecer a inconstitucionalidade retroativa dos preceitos atacados, impondo-se, conseqüentemente, a repetição dos valores pagos indevidamente. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Min. Eros Grau, 16 de abril de 2005.

presentes o nexa causal entre lei e dano, o dano a garantias constitucionais e a declaração prévia de inconstitucionalidade. Os requisitos são decorrentes do regime jurídico da lei, que também apresenta uma formalidade própria desse instituto. Daí porque não pode ser equiparada ao ato administrativo também nos efeitos da responsabilização estatal. Os efeitos, em verdade, são modelos pela própria inconstitucionalidade, conforme o controle judicial concentrado, já que a responsabilidade civil do Poder Público por leis inconstitucionais não pode ser pelo modelo difuso.

Contudo, assim como nos precedentes sobre responsabilidade civil estatal por atos legislativos em sentido amplo, aqui a jurisprudência do STF também não é sólida, revelando-se cautelosa para cuidar de matéria legislativa, ainda que seja de sua competência a declaração de inconstitucionalidade. É verdade que não são muitos os julgados sobre o tema, dificultando uma análise mais profunda para além daquela doutrinária. Por isso a necessidade de maior investigação.

Ainda assim, é necessário adentrar detalhadamente como se dá a compensação pelos prejuízos causados pelas normas legais que têm a inconstitucionalidade reconhecida. Em outros termos, precisa-se entender como de fato responde o Estado pelas leis inconstitucionais, já que assim o pode.

4.2 REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS POR LEIS INCONSTITUCIONAIS

Aceita a hipótese de responsabilizar o Estado pelas leis declaradas inconstitucionais, cumpre questionar como se dá essa reparação. Tendo em vista que leis inconstitucionais surtem efeitos até a declaração de nulidade, como elucidado na seção 2.2, deve se ter em vista a repercussão dessas sob perspectiva fática quando, durante sua vigência, a norma legal causa prejuízo aos particulares.

O nascimento da obrigação, visto anteriormente, vem a partir da declaração de inconstitucionalidade, ainda que não se confundam a ADI e a ação indenizatória – sendo esta de procedimento comum, regida pelo Processo Civil e Direito Civil. Daí que vem o direito de ressarcimento, nos dizeres de Cretella Júnior:

Onde vigora o direito público federal, tal como no Brasil, desde que as leis inconstitucionais não são aplicadas pelo Poder Judiciário e podem causar danos aos particulares, os danos causados por tais atos legislativos são ressarcíveis. A pessoa prejudicada por lei inconstitucional tem

manifestamente o direito de pedir a reparação pelo dano sofrido. (1983, p. 27-28)

Cahali (2014, p. 551) ensina que a declaração de inconstitucionalidade da lei da qual provém o dano é pressuposto para responsabilizar o Estado legislador, mas não para ajuizar a ação cujo pedido é a indenização. Ou seja, o pleito de reparação pode ser feito antes ou depois da decisão declaratória. Para o autor, basta que a declaração de inconstitucionalidade ocorra durante o trâmite da ação reparadora. Nessa linha, cita precedente do STF no qual se teve reformado acórdão de mandado de segurança do Tribunal de Justiça de São Paulo pelo qual se negou a indenização por pagamento de tributo declarado inconstitucional. O Tribunal de origem entendeu que os impetrantes deveriam pagar a licença de seus veículos (repetição indébito) para então pleitear a indenização, o que foi rechaçado na Corte Superior, em 1948, que entendeu que os requerentes conseguiram a anulação por inconstitucionalidade e por isso a reparação era devida.

Ainda, Cahali (2014, p. 550) explica que essa circunstância não se confunde com o controle difuso de constitucionalidade, pois se assim o fosse a ação indenizatória poderia ser combina com o pedido de declaração incidente de inconstitucionalidade, “buscando-se, na fase de conhecimento, um substantivo da *actio iudicati*; tal expediente não de afina com a sistemática constitucional e processual vigente”. Luvizotto, entretanto, vai de encontro a esse pensamento:

Pelo exposto, considerando, especificamente, a existência de duas modalidades de controle de constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico pátrio, entende- que não há justificativa jurídica suficiente para opor-se à possibilidade de que o particular proponha diretamente a ação de indenização requerendo, incidentalmente, a declaração de inconstitucionalidade da lei, haja vista que nada impede que o magistrado julgue a referida inconstitucionalidade e, em seguida, reconheça o direito de particular ao ressarcimento. (2010, p. 129)

Para Luvizotto (2010, p. 130), não basta essa declaração de inconstitucionalidade, muito discutida pela maioria dos doutrinadores. Quer dizer, a responsabilidade civil do Estado legislador não decorre diretamente da decisão declaratória do controle de constitucionalidade, pois é necessária a demonstração de dano decorrente do ato ilícito legislativo, qual seja, a lei inconstitucional.

Até porque, considerando a lição de Medeiros (1992, *apud* Luvizotto, 2010, p. 134), se a declaração de inconstitucionalidade meramente formal ensejasse

“qualquer interesse legítimo ao terceiro lesado”, poderia gerar ofensa a direito também garantido pelo ordenamento jurídico, o que se tornaria, afinal, um fato ilícito. Daí um pressuposto para responsabilizar o Estado por seus atos legislativos.

Esse autor formula um método que denomina de “causa virtual do dano” a fim de averiguar a violação decorrente da inconstitucionalidade formal, demonstrando que o controle de constitucionalidade não teria extrema relevância para justificar o pleito indenizatório. Luvizotto explica a teoria do doutrinador português:

Tal procedimento levaria em conta a possibilidade de retroação da norma, ou seja, não haveria o dever de indenizar na hipótese em que o Estado detivesse a faculdade de imprimir, mediante lei nova, e agora formalmente válida, os mesmo efeitos buscados com a lei invalidada. (2010, p. 135)

Ainda, a mesma autora (2010, p. 136) conclui que o cerne da questão é o dano resultante do ato legislativo típico, pois a declaração de inconstitucionalidade ajudaria a revelar a especificidade e anormalidade do dano, não necessitando produção probatória por parte do particular prejudicado. E essa demonstração independe do controle de constitucionalidade.

De fato, o dano que enseja a reparação pela responsabilidade civil estatal por leis inconstitucionais deve decorrer de violação a direitos, por óbvio, constitucionalmente previstos, ser injusto, específico e anormal.

Cretella Júnior (1983, p. 29) ensina que há duas hipóteses de prejuízos decorrentes da lei, sendo a primeira situação quando o dano advém do próprio texto legal e é específico e restrito por atingir um único cidadão ou um pequeno grupo. Isso porque a lei promulgada, *a priori*, produz efeitos gerais e abstratos, funcionando assim para alguns indivíduos, “mas para outros atuou ‘com endereço certo’, enquadrando, assim, situações subjetivas concretas”. A partir dessa premissa, tem-se que:

Para efeitos de indenização, em decorrência de danos causados por ato legislativo danoso, os requisitos exigidos assim se resumem: primeiro, só haverá pagamento de indenização, se o próprio legislador a fixou no texto legal, de modo expresso ou tácito; segundo, cabe ao juiz decidir, conforme o que a lei preceituou, caso o legislador não tenha fixado a indenização ou se tenha omitido.

Se a lei silenciou a respeito da indenização, vigoram as regras seguintes: a) não se concede indenização, se a atividade proibida era imoral, ilícita ou contrária ao interesse público; b) não se concede indenização, a não ser que o prejuízo, por sua especificidade ou gravidade, ultrapassou a média

dos sacrifícios impostos pelo texto em questão; c) não cabe indenização se o sacrifício imposto pelo legislador tem por objetivo o interesse nacional. (1983, p. 29)

É claro que se existir um favorecimento a interesses privados em detrimento de interesses particulares comuns a todos, ainda que individualmente, haverá indenização. O que se reforça é que o dano importa mais do que a declaração de inconstitucionalidade para o ressarcimento. Este provém do prejuízo, enquanto para a responsabilidade civil, aí sim, é imprescindível que a lei seja declarada inconstitucional.

Uma polêmica, levantada por Vitor Luís de Almeida, é sobre a possibilidade do Estado ajuizar ação de regresso em face do legislador enquanto agente. Segundo o autor, o direito de regresso do Poder Público se justifica pelos princípios da moralidade administrativa – ligado à impessoalidade, ou seja, a atuação estatal não pode estar vinculada a qualquer pessoa – da recomposição ao erário. Por óbvio, isso também estaria de acordo com o art. 37, § 6º, da CF/88, necessitando-se a comprovação da culpa do agente legislativo.

Contudo, essa hipótese não parece viável porque a Constituição Federal de 1988, em seu art. 53⁴⁸, também garantiu a inviolabilidade dos representantes do Poder Legislativo, eleitos democrática e popularmente. Ademais, a lei, ainda que tenha o projeto iniciado por um parlamentar, é promulgada pelo conjunto de deputados e/ou senadores, sendo insensato responsabilizar um único legislador pela lei declarada inconstitucional. Essa discussão ainda é muito rasa, não havendo precedentes na jurisprudência pátria, além de pôr em xeque os argumentos que defendem a responsabilidade civil do Estado por leis inconstitucionais.

O fato é que a responsabilidade civil pela declaração de inconstitucionalidade de leis depende substancialmente do dano injusto, específico e atípico aos particulares, para além das disposições gerais e abstratas emanadas pelo dispositivo legal. Deve haver o sacrifício de um direito constitucionalmente garantido em decorrência da lei, que a partir daí revelará inconstitucionalidade e fundamentará a reparação.

⁴⁸ CF/88. Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida propiciou um estudo sobre a responsabilidade civil do Estado por leis declaradas inconstitucionais partindo das percepções dos doutrinadores nacionais e certas posições jurisprudenciais, em especial do STF. A partir dos resultados, evidenciou-se um instituto que ainda não é integralmente apurado no ordenamento jurídico, tendo divergências teóricas.

O cerne da pesquisa era entender como a responsabilidade estatal pela sua função legislativa danosa e inconstitucional se dá, o que acabou por perpassar pelas análises dentro do direito constitucional e do direito administrativo. No capítulo 1, foi esmiuçada a declaração de inconstitucionalidade, temática mais conceitual e consolidada entre doutrina e jurisprudência. Ainda assim, foram conceitos que refletiram no entendimento da hipótese central. Da mesma forma, ao se trabalhar o instituto da responsabilidade civil no capítulo 3, a doutrina parece unânime sobre os requisitos e as teorias aceitáveis no Brasil, havendo inclusive previsão legal.

Tratando do tema principal do trabalho, foram averiguadas mais divergência e escassez de decisões judiciais. Em termos teóricos, há autores que priorizam os princípios constitucionais, como a soberania do Estado e das eleições a fim de justificar que o Poder Público não responde pelas leis, uma vez que gerais e abstratas em qualquer situação; foi o caso de Hely Lopes Meirelles. Do outro norte, um grande grupo de doutrinadores – Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Juliana Cristina Luvizotto, José Cretella Júnior, Jury C. Silva, Yussef Said Cahali, entre outros – admitem a responsabilidade do Estado por atos legislativos, também aceito pelo STF conforme julgados mencionados na seção 3.2.

Por consequência, também aceitam a responsabilização estatal pelas leis declaradas inconstitucionais. Daí vêm as primordiais considerações resultantes da pesquisa explicitadas no capítulo 4. Primeiramente, a justificativa de tal hipótese é de que a lei é um ato típico, diferente do ato administrativo, possuindo regime jurídico e formalidade próprios; logo, o modo de o Estado reparar os danos provenientes das leis deveria ser distinto das normas administrativas. A lei inconstitucional é mais autêntica ainda, pois demanda o controle judicial para que assim seja considerada. Os pressupostos da responsabilidade civil do Estado legislador, então, são aqueles intrínsecos da responsabilidade, quais sejam: conduta, nexos de causalidade e dano (explicados na seção 3.1). Mas não só; a

essencial premissa é a declaração de inconstitucionalidade da lei que gerou danos ao particular. Junto do dano, esse é o ponto primordial para caracterizar essa espécie de responsabilidade civil do Estado.

Na subseção 4.2, mostrou-se que a declaração de inconstitucionalidade pode ser por meio do controle de constitucionalidade concentrado, comumente pela ação direta de inconstitucionalidade, e difuso, entendimento este ratificado por precedente do STF citado. Assim, a ação indenizatória, cujo pleito é em essência a reparação, não precisaria ser após a conclusão da ADI, tampouco antes dessa; é certo que as duas ações podem ser concomitantes.

Quanto ao dano, este deve ser injusto, específico e anormal. Injusto como todo dano, decorrente de uma conduta lesiva em que a vítima não colaborou de forma ilícita. Específico por dois motivos: primeiramente, por advir de lei inconstitucional, deve ser uma ofensa a um direito constitucionalmente garantido; e, em segundo lugar, deve atingir um particular ou um pequeno grupo de indivíduos, contrapondo-se aos critérios geral e abstrato da legislação. Diante disso se poderá requerer a reparação do Estado legislador.

Outra discussão brevemente tratada na seção 4.2 foi sobre a possibilidade de o Estado, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, de exercer seu direito de regresso contra o legislador enquanto agente público. Essa tese não foi muito explorada pelos doutrinadores aqui referenciados no geral, sendo ainda pouco desenvolvida. Talvez seja uma polêmica que mereça um trabalho próprio.

Diante de todo o exposto, a pesquisa apresentou certa dificuldade no aspecto temporal: tanto os artigos, livros e trabalhos acadêmicos, quanto as decisões judiciais são relativamente antigos, o que fez com que a pesquisa resultasse em conclusões mais teóricas, quando menos abstratas. Seria necessário um estudo mais profundo a fim de se identificar os elementos mais fáticos do tema, utilizando-se até mesmo direito comparado.

Destarte, o questionamento principal foi, ao seu modo, respondido: a responsabilidade civil do Estado por leis inconstitucionais é aceita no Brasil, sendo bem desenvolvida doutrinariamente a partir de dois institutos – declaração de inconstitucionalidade e responsabilidade civil do Estado –, ainda que escassa no sistema de precedentes jurisprudenciais. Mas, reforça-se, com o aprofundamento do tema, possibilitar-se-ia o alcance de conclusões mais concretas, devendo-se também ser incentivado o debate do tema no âmbito dos tribunais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor Luís de. Responsabilidade civil do Estado decorrente do exercício da função legislativa. **Revista jurídica Luso-brasileira - RJLB, n. 2. Lisboa, 2020.** Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/2/2020_02_1367_1428.pdf. Acesso em: 28 de novembro de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977.** Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República, 1977. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6453.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2023.

_____. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2023.

_____. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília-DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 15 de outubro de 2023.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília-DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 15 de outubro de 2023.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília-DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm#art2044. Acesso em: 20 de novembro de 2023.

_____. **Lei nº 10.744, de 9 de outubro de 2003.** Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula

brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. Brasília-DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.744.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2023.

_____. **Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009.** Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Brasília-DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Coletânea temática de jurisprudência: controle de constitucionalidade.** Brasília-DF: STF, Secretaria de Documentação, 2019. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/ctj_controle_de_constitucionalidade.pdf. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1 – Distrito Federal.** Relator: Ministro Moreira Alves, 1 de dezembro de 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=881>. Acesso em: 28 de outubro de 2023.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 611-8 – Distrito Federal.** Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 6 de novembro de 1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266441>. Acesso em: 17 de novembro de 2023

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.120 – Pará.** Relator: Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, 28 de fevereiro de 2002. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/publicacaotematica/vertema.asp?lei=5235>. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.154 – Distrito Federal.** Relator: Ministro Dias Toffoli, 3 de abril de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359014222&ext=.pdf>. Acesso em: 28 de novembro de 2023.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.258 – Distrito Federal.** Relator: Ministro Dias Toffoli, 3 de abril de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359014222&ext=.pdf>. Acesso em: 28 de novembro de 2023.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.615 – Ceará.** Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 20 de setembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur414015/false>. Acesso em: 30/11/2023.

_____. **Agravo Regimental na Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade nº 2.971 – Rondônia.** Relator: Ministro Celso de Mello, 6 de novembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7758406>. Acesso em: 15 de outubro de 2023.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.399.685 – Goiás.** Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 19 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356044450&ext=.pdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2023.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.407.399 – Sergipe.** Relator: Ministra Rosa Weber, 5 de junho de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361332026&ext=.pdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2023.

_____. **Mandado de Injunção nº 283 – Distrito Federal.** Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 20 de março de 1991. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

_____. **Mandado de Segurança nº 20.471 – Distrito Federal.** Relator: Ministro Francisco Rezek, 22 de fevereiro de 1985. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;ms:1984-12-19;20471-1459891>. Acesso em: 1 de novembro de 2023.

_____. **Reclamação Constitucional nº 4.335-5 – Acre.** Relator: Ministro Gilmar Mendes, 20 de março de 2014. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>. Acesso em: 25 de novembro de 2023

_____. **Recurso Extraordinário nº 78.533 – São Paulo.** Relator: Ministro Firmino Paz, 26 de fevereiro de 1982. Disponível em: <https://jurisprudencia.juristas.com.br/jurisprudencias/post/stf-re-78533-sp-sc3a3o-pa-ulo-recurso-extraordinc3a1rio>. Acesso em: 1 de novembro de 2023.

_____. Recurso Extraordinário nº 153.464. Relator: Ministro Celso de Mello, 2 de setembro de 1992. **Revista de Direito Administrativo, v. 189, p. 305-306. Rio de Janeiro: 1992.**

_____. Recurso Extraordinário nº 158.962. Relator: Ministro Celso de Mello, 4 de dezembro de 1992. **Revista de Direito Administrativo, v. 191, p. 175-177. Rio de Janeiro: 1993.**

_____. **Recurso Extraordinário nº 591.874-2 – Mato Grosso do Sul.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 26 de agosto de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607037>. Acesso em: 10 de novembro de 2023.

_____. **Tema 130.** Responsabilidade objetiva do Estado em caso de responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público em relação a terceiros não-usuários do serviço. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2635450&numeroProcesso=591874&classeProcesso=RE&numeroTema=130>. Acesso em: 10 de novembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 392.139 – Rio de Janeiro.** Relator: Ministro Eros Grau, 16 de abril de 2005. Disponível em: Acesso em: 28 de novembro de 2023.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado.** 5º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COSTA, Mateus Stallivieri da. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Revisão da doutrina e da aplicação do instituto nos tribunais superiores.** Florianópolis: Repositório Institucional - UFSC, 2017. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/177312/TCC%20-%20Mateus%20Stalliviei%20da%20Costa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 2 de novembro de 2023.

CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade de Estado por ato legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 153, p. 15-34, jul./set. Rio de Janeiro, 1983. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v153.1983.43882>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43882>. Acesso em: 13 de novembro de 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 38ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista IBERC**, v. 6, n. 1, p. 139-161, jan./abr. 2023. DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v6i1.253>. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/253/206>. Acesso em: 14 de novembro de 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador: Atos Legislativos Inconstitucionais e Constitucionais.** São Paulo: Biblioteca Digital da USP - Teses e Dissertações, 2010. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-02082011-121952/publico/Juliana_Dissertacao_final_Com_paginacao_a_partir_da_11.pdf. Acesso em: 25 de novembro de 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SENADO FEDERAL. CCJ aprova PEC que limita decisões monocráticas e pedidos de vista no Judiciário. **Agência Senado**, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/10/04/ccj-aprova-pec-que-limita-decisoes-monocraticas-e-pedidos-de-vista-no-judiciario>. Acesso em: 26 de outubro de 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. v. 2. 14º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Eduarda Lückmann Pleticos
Matrícula: 19100958
Título do TCC: Responsabilidade civil do Estado por leis inconstitucionais no Brasil
Orientador(a): Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Eu, Eduarda Luckmann Pleticos, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 08 de dezembro de 2023.



Documento assinado digitalmente

Eduarda Luckmann Pleticos

Data: 08/12/2023 16:54:45-0300

CPF: ***.085.039-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Eduarda Lückmann Pleticos

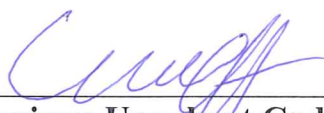
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC

Aos 8 dias do mês de dezembro do ano de 2023, às 10 horas e 00 minutos, na Sala 113 do CCJ, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado “Responsabilidade civil do Estado por leis inconstitucionais no Brasil”, elaborado pela acadêmica Eduarda Lückmann Pleticos, matrícula nº 19100958, composta pelos membros Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Isabela Moreira do Nascimento Domingos, João Victor Szpoganicz Junckes e Mateus Satallivieri da Costa, abaixo assinados, obteve a aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

- Aprovação Integral
 Aprovação Condicionada aos seguintes reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador

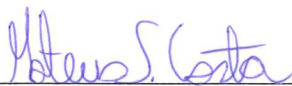
Florianópolis, 8 de dezembro de 2023.



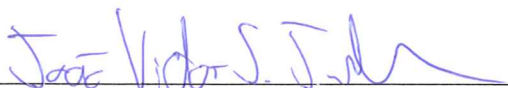
Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor Orientador



Isabela Moreira do Nascimento Domingos
Professora Co-Orientadora



Mateus Satallivieri da Costa
Membro de Banca



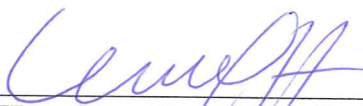
João Victor Szpoganicz Junckes
Membro de Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Responsabilidade civil do Estado por leis inconstitucionais no Brasil”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Eduarda Lückmann Pleticos, defendido em 08/12/2023 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

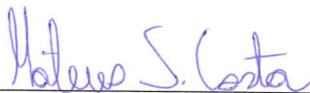
Florianópolis, 08 de Dezembro de 2023



Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor Orientador



Isabela Moreira do Nascimento Domingos
Professora Co-Orientadora



Mateus Stallivieri da Costa
Membro de Banca



João Victor Szpoganicz Junckes
Membro de Banca