

# **Responsabilidade civil extracontratual por ação legislativa do Estado: Uma análise de direito comparado Brasil e Portugal**

Civil liability due to State's legislative acts: A comparative law analysis of Brazil and Portugal

**THIAGO SILVA NOGUEIRA<sup>1</sup>**

## **Resumo**

O presente trabalho se propõe a analisar, em um estudo comparado entre o ordenamento jurídico do Brasil e de Portugal, a questão da responsabilidade civil extracontratual do Estado, no que se refere ao seu conceito e a sua evolução histórica, trazendo à tona as teorias administrativas e civilistas, bem como, a mesma responsabilidade civil extracontratual do Estado, quando da elaboração de um ato legislativo, enquanto gerava efeitos à sociedade, acarretou, de alguma forma, um dano a um particular ou a um grupo de particulares e, posteriormente, este mesmo ato legislativo foi declarado inconstitucional, levando em consideração as excludentes de responsabilidade.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil; Estado Legislador; Ilícito Legislativo.

## **Abstract**

This work aims to analyze the State's civil liability, in a comparative study between the legal systems of Brazil and Portugal, by working on its concept and historical evolution, as well as, by bringing up administrative and civil law theories regarding the topic. Furthermore it analyzes the State's civil liability when drafting a legislative act, precisely in the event in which the legislative act causes an injury to an individual or a group of individuals during the length of time before being held unconstitutional by the Supreme Court, always taking into consideration the legal hypothesis of liability exclusion.

**Key words:** Civil liability; State Legislature; Legislative Illegal.

## **Introdução**

No presente trabalho trataremos de um estudo jurídico comparado entre Brasil e Portugal acerca da responsabilidade civil do Estado por ação do poder legislativo, isto é, na aplicação de normas que sejam decretadas, posteriormente, inconstitucionais e que tragam algum dano a qualquer indivíduo quando estas ainda surtiam algum efeito.

Antes de adentrarmos no tema central da pesquisa é necessária uma breve análise a respeito da evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, no âmbito do direito brasileiro e no português, a qual se traduz, para Cavaleiri Filho (2012), quando houver algo

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Fiscal, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

que possa identificar um laço de implicação recíproca entre a atuação administrativa, isto é, atuação de algum agente público no exercício de sua função, e o dano causado a algum indivíduo.

Traçaremos um paralelo entre o ordenamento brasileiro e o ordenamento português no que diz respeito à evolução histórica das teorias administrativas da responsabilidade do Estado.

Inicialmente, o mote da pesquisa se concentrará na evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, pois historicamente se pode afirmar que a teoria da irresponsabilidade do Estado se manteve nos primórdios da vida em sociedade, quando no período absolutista prevalecia a ideia de que o Estado não gerava danos aos particulares e por isso não era responsável por repará-los.

Quando a teoria da irresponsabilidade fora totalmente ultrapassada pela figura da teoria da responsabilidade subjetiva, a qual estabelecia que o Estado somente poderia ser responsável se fosse demonstrada a culpa ou o dolo da conduta de seus agentes e a reparação dos danos seria suportado por todos da coletividade e, assim, trataremos da normatividade histórica dos dois Estados objeto do estudo.

Posteriormente, com a adoção da teoria da responsabilidade objetiva, a qual não permitia que se fosse comprovada culpa ou dolo do Estado e sim este responderia independentemente, apenas necessitando que o particular comprovasse que sofreu o dano.

Dessa forma, no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que a regra é a da responsabilidade do Estado, responsabilidade esta fundada na teoria do risco administrativo, também conhecida como responsabilidade objetiva, com moldes gerais definidos por regras de Direito Público, em especial pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988.

No que se refere à norma contida na Constituição portuguesa, expressa que o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte a violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízos para outrem.

No que tange à problemática central do trabalho, a qual será apresentada no capítulo seguinte, a questão da responsabilização do Estado por uma lei declarada inconstitucional, pois, antes de tal declaração, a lei é presumida constitucional e assim produz efeitos na seara dos particulares, os quais deverão, posteriormente, serem declarados ilícitos e assim podem acarretar responsabilidade estatal de reparar o particular por eventuais danos decorrentes.

Assim, partindo do princípio que o ato legislativo ilícito cause um dano a um particular e o Estado tenha de reparar tal dano, surge a figura do direito de regresso contra o agente que praticou o dano, caso este tenha atuado com culpa?

Por outro lado, pode haver casos em que suceda uma das excludentes de responsabilização do Estado, ou seja, ocorre o dano ao particular, porém, alguma circunstância numa situação em concreto o Estado se eximirá de arcar com tal dano quando ficar comprovada que houve caso fortuito, de força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Dessa forma, exemplificaremos em casos no âmbito jurídico dos dois países a questão da responsabilidade civil do Estado, no que diz respeito a atos legislativos declarados inconstitucionais.

## **1. Responsabilidade civil extracontratual do Estado**

A responsabilidade civil do Estado, que se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais a terceiros causados por agentes públicos no desempenho de suas funções administrativas, legislativas e jurisdicionais, surgiu como uma forma de resistência à força que o Estado utilizava e desrespeitava os direitos individuais dos administrados.

Segundo Maria Helena Diniz (2009), a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Ademais, é possível que o Estado não tenha qualquer responsabilidade para com o particular, apenas nos casos em que se fique verificada alguma das excludentes de responsabilidade do Estado, quais sejam caso fortuito, de força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Dessa forma, a responsabilidade civil extracontratual do Estado diz respeito aos danos causados por agentes, no exercício da função pública, que por dolo ou culpa, cause a outrem qualquer dano que não seja passível de excludente de responsabilidade.

### **1.1 Noções históricas**

Historicamente, pode-se afirmar que se abraçou a teoria da irresponsabilidade do Estado por danos causados pelo mesmo, teoria que se firmou na Inglaterra, onde o monarca não poderia ser responsabilizado por seus atos, ou seja, o Estado não responderia pelos danos que seus agentes viessem a causar ao patrimônio de terceiros *the king can do no wrong*, hoje tal teoria já está totalmente superada.

Ultrapassada a teoria da irresponsabilidade, foi adotada a teoria da responsabilidade subjetiva, ou seja, o Estado somente responderia se fosse demonstrado culpa ou dolo de seus agentes, assim a reparação dos danos causados pelo Estado seria suportado por toda a coletividade, independentemente de culpa dos agentes públicos, pois resulta sempre de atividade exercida em favor de toda a sociedade.

Posteriormente foi adotada a teoria da responsabilidade objetiva, nesse caso o Estado responderia por danos causados aos particulares independentemente de ter havido dolo ou culpa de seus agentes, bastando que o particular lesado comprove o nexo de causalidade, ou seja, que sofreu o dano e este dano foi originado de uma ação do Estado.

Di Pietro (2006) entende que, essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os beneficiários decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.

## **1.2 Responsabilidade civil extracontratual do Estado no Brasil**

O ordenamento jurídico brasileiro nunca chegou a admitir a teoria da irresponsabilidade do Estado, até mesmo quando não havia norma alguma regulamentando a responsabilidade civil do Estado.

Bandeira de Mello (2010) explica que, as Constituições de 1824 e 1891 não fizeram qualquer menção à responsabilidade do Estado, somente dos agentes públicos, transferindo a estes a obrigação de responder pelos abusos e omissões em que tivessem incorrido no exercício de seus cargos, bem como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente seus subalternos.

Assim, com a elaboração do Código Civil de 1916, em seu artigo 15, o qual expressava.

*As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.*

Passou a existir no ordenamento jurídico brasileiro norma que tratava da responsabilidade civil subjetiva do Estado, aplicando a teoria da culpa administrativa como base da responsabilidade civil do Estado.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1934, passou-se a acolher a ideia de responsabilidade civil solidária entre o Estado e o agente público causador do dano.

A responsabilidade civil objetiva do Estado só veio a ser consolidada com a promulgação da Constituição de 1946, a qual expressava no seu texto, no artigo 194, que *as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade causem a terceiros*.

Assim, inexistia a ideia de que o Estado só responderia se comprovasse a culpa do agente público na prestação dos serviços, levando a concluir que a responsabilidade do Estado se dava de forma objetiva.

Segundo o entendimento de Cavaleiri Filho (2012), passa-se então a adotar a teoria do risco administrativo, a qual expressa que a Administração Pública, em decorrência de suas atividades normais ou anormais, acaba por gerar risco de dano à comunidade, pois Considerando que as atividades são exercidas em favor de todos, não seria justo que apenas alguns arcassem com os ônus por elas gerados, motivo pelo qual deve o Estado, como representante do todo, suportar os ônus, independente de culpa de seus agentes.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 194 da Constituição de 1946<sup>2</sup>, viabilizou ao Estado ação regressiva contra os agentes públicos causadores do dano, tendo em vista culpa do agente.

A ação regressiva do Estado contra o agente público, no exercício da função, em caso de dolo deste só foi admitida na Constituição de 1967.

Na atual Constituição Federal brasileira a responsabilidade civil do Estado encontra-se disciplinada no parágrafo 6º do artigo 37, que dispõe, *as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*.

Com o citado dispositivo, a Carta Magna veio também a responsabilizar civilmente as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos que causem dano a algum particular.

Seguindo a linha constitucional, o Código Civil de 2002 também atribuiu, em seu artigo 43, a responsabilidade civil objetiva do Estado.

*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*

---

<sup>2</sup> *Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.*

*parte destes, culpa ou dolo.*

Nesse sentido, Helly Lopes Meirelles (2011, p. 699) leciona.

*A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço, na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração. Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria como o nome está a indicar, 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.*

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro obedece à regra que é a da responsabilidade do Estado, responsabilidade esta procedente da teoria do risco administrativo, também chamada de responsabilidade objetiva, com padrões definidos em especial pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988.

### **1.3. Responsabilidade civil extracontratual do Estado em Portugal**

No ordenamento jurídico português, diferente do regime brasileiro, houve menção à teoria da irresponsabilidade do Estado, quando na época do absolutismo, tendo influências da Constituição francesa de 1791, ressaltava com evidência do disposto no Código de Seabra, de 1867, em seu artigo 2399.

*Os empregados públicos, de qualquer ordem ou graduação que sejam, não são responsáveis pelas perdas e danos, que causem no desempenho das obrigações que lhes são impostas por lei, exceto se excederem ou não cumprirem, de algum modo, as disposições da mesma lei.*

Por sua vez, o artigo 2340 do mesmo Código Civil Português de 1867 expressava que, se os ditos empregados, excedendo as suas atribuições legais, praticarem atos, de que resultem para outrem perdas e danos, serão responsáveis do mesmo modo que os simples cidadãos.

Assim ficava claro que se os agentes públicos, no desempenho de suas atribuições causassem dano a algum particular não seriam responsabilizados, porém fora do desempenho de atividades estatais os mesmos seriam responsabilizados.

Os artigos 2339 e 2340 do Código Civil de Seabra sofreram alteração onde passou-se a admitir responsabilidade do Estado e das autarquias, solidariamente com os seus agentes, por atos ilegais por eles praticados dentro das respectivas competências.

*Artigo 2339: Os empregados públicos de qualquer ordem ou graduação que sejam não são responsáveis pelas perdas e danos que causem no desempenho das obrigações que lhes são impostas por lei, exceto se excederem ou não cumprirem, de algum modo, as disposições da mesma lei, sendo neste caso solidariamente com eles responsáveis as entidades de que foram serventuários.*

Seguindo a linha da alteração sofrida pelo Código Civil, o Código Administrativo também trouxe o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por atos de gestão pública, tratando também de uma responsabilidade por atos ilegais, podendo ser um desrespeito a formalidades ou de simples violação de lei.

Assim, a responsabilidade civil em Portugal nasce como uma forma de responsabilizar o Estado estritamente aos atos ilegais praticados pelos seus agentes, quando não o pratiquem com excesso de poder, pois assim existiria apenas culpa do funcionário, sendo ele exclusivo responsável, excluindo a responsabilidade do Estado.

Com o advento da Constituição Portuguesa de 1933, o cidadão teria direito a reparação total e efetiva dos danos causados a ele, porém esse direito estava adstrito a uma lei infraconstitucional que o regulamentasse, ou seja, o cidadão apenas teria direito a reparação do dano se uma lei lhe tiver reconhecido tal direito.

Influências de outras partes da Europa trouxeram fundamentos para implementação de um princípio de responsabilidade do Estado por atos lícitos ou pelo risco de atividades perigosas produzidas pelo Estado.

Primeiro seria o da injustiça de um particular sofrer sozinho um prejuízo de uma atividade estatal que beneficiasse ao restante da coletividade, outro pela necessidade de trazer a igualdade de repartição dos encargos públicos.

Mesmo com o advento do Novo Código Civil a nesse diploma legal, apenas sendo regulada a atividade de gestão privada e não a responsabilidade pela atividade de gestão pública do Estado, no seu artigo 501.

Foi apenas com o Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967, que foi regulada a responsabilidade extracontratual do Estado pela sua atuação de gestão pública.

Dessa forma, o Estado passaria a responder pelos seus atos de gestão privada de igual forma que responderia um particular, nos termos do Código Civil de 1966, já pelos atos de gestão pública geradores de danos, o Estado responderia perante os tribunais administrativos conforme o Decreto-Lei n.º 48.051.

Com o advento da Constituição portuguesa de 1976 dá-se mais amplitude a questão da responsabilidade civil do Estado, o que se verifica no artigo 22:

*Artigo 22: O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte a violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízos para outrem.*

Portanto, a Constituição da República portuguesa, atribuiu a responsabilidade solidária dos agentes públicos causadores de danos a particulares e o Estado, ou seja, no exercício da função, os servidores são civilmente responsáveis tanto quanto o Estado.

## **2. Responsabilidade civil por ação legislativa do Estado**

A responsabilidade civil por ação legislativa do Estado, ou seja, do Estado Legislador, relaciona-se com a obrigação do Estado de reparar um dano causado ao patrimônio de um particular pela atividade legislativa.

Analisando a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos, tradicionalmente, a atividade legislativa, mesmo após a fase de irresponsabilidade do Estado, qualificava-se entre as hipóteses que não admitiam a possibilidade de o Estado ser obrigado a indenizar.

Assim, em épocas passadas, a irresponsabilidade do Estado por atos legislativos não era absoluta, pois em situações nas quais o legislador, na própria lei, reconhecesse a necessidade de indenização quanto ao prejuízo suportado, tendo em vista sua edição legislativa, ou em casos de leis inconstitucionais, se assim fossem declaradas, pelo poder competente e que produziram danos a partir de sua mera aplicação.

Atualmente, a doutrina que entende que deve haver responsabilização do Estado nos casos de dano decorrente da ação legislativa aumentou expressivamente se valendo basicamente dos princípios do Estado Democrático de Direito, da unidade do poder do Estado e da evolução do conceito de soberania estatal.

De toda forma, há quem ainda sustente a teoria da irresponsabilidade do Estado nos casos de danos decorrentes de atos legislativos, a maioria da doutrina que entende dessa maneira se vale de alguns argumentos que trataremos a seguir.

O principal argumento é o de que a lei é um ato de soberania, e como qualquer ato de soberania é imposto a todos, sem que haja alguma compensação, porém, quando da edição de uma norma, o Poder Legislativo atua “sozinho”, ou seja, não está legislando pela unidade Estatal como um todo e, com base na separação dos Poderes, não pode ser considerado ato soberano.



Outro argumento importante a ser frisado é o de que o ato legislativo cria uma situação jurídica geral e abstrata, não podendo atingir situação jurídica individual e concreta, pois se aplica a toda a coletividade e por isso está ao abrigo da responsabilidade, salvo se o legislador, expressamente, reconhecer a responsabilidade extracontratual do Estado. De toda forma, tal argumento não merece respaldo, uma vez que a generalidade e abstração da norma não garante a irresponsabilidade do Estado.

É importante enfatizar que parte da doutrina entende que se for considerar que a atividade legislativa acarrete responsabilidade civil para o Estado, passaria a ocorrer uma paralisação da atividade legiferante, obstando, assim, o progresso social, todavia, não paralisaria, uma vez que não seria o Poder Legislativo que figuraria no pólo passivo da demanda indenizatória, bem como ações de indenização contra o Poder Executivo não obsta este de executar suas funções.

Dessa forma, visto a evolução do entendimento doutrinário a respeito do tema, entende-se que a regra é a da responsabilização do Estado quando se trata de ato legislativo gerador de dano a um particular.

## **2.1. Responsabilidade civil por ação legislativa do Estado no ordenamento brasileiro e português**

Em Portugal, com a elaboração da lei 67/2007 de 31 de dezembro, a qual encetou a questão da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais entidades públicas, estabelecendo, em seu artigo 1º nº 1, que a citada lei abrange a responsabilidade por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa.

No que tange a função legislativa do Estado, o artigo 15º da lei define os termos em que o mesmo responde pelos atos emanados dos agentes dotados de competência para legislar, tanto no que se refere à ação legislativa quanto à omissão, quando esta se apresentar ilícita.

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, no que versa sobre a responsabilidade legislativa do Estado, por ação e por omissão, está disposta no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Dessa forma, no tocante à pesquisa aqui apresentada, focaremos o estudo apenas nos danos causados aos particulares pela ação do legislador, quando da edição de um ato legislativo que, posteriormente, venha a ser declarado inconstitucional e quando este gerava efeitos, causara algum dano a um indivíduo.

### **2.1.1. Por lei declarada inconstitucional em Portugal**

Baseado no princípio da legalidade, o Estado é responsável civilmente quando o Poder legislativo cria uma lei que causa algum dano a particulares e, posteriormente, esta lei é considerada inconstitucional.

Jorge Pereira da Silva (2013) entende que, no que tange ao ordenamento jurídico português, a jurisprudência considera que o artigo 22º da Constituição expressa de forma objetiva tanto a responsabilidade civil do Estado na seara dos Poderes legislativo, executivo e judicial, tanto no que se refere a dicotomia responsabilidade do Estado versus responsabilidade dos titulares dos órgãos, funcionários, como na dicotomia responsabilidade por ação versus responsabilidade por omissão.

Portanto, a responsabilidade mencionada no artigo 22º engloba todos os prejuízos oriundos da violação ilícita de qualquer direito ou interesse de um particular. O dano moral deve ser reparado quando se tratar de ofensa aos direitos, garantias e liberdades, bem como, compreenderá os danos decorrentes de uma lei considerada, posteriormente, inconstitucional, devidamente comprovada a existência do nexo de causalidade entre o fato ilícito e o dano

Para que um indivíduo seja reparado por um dano que sofreu decorrente de uma atividade legislativa do Estado é necessário que tenha havido um ato legislativo<sup>3</sup> e esse ato seja violador de algum critério que o torne inválido.

O principal pressuposto para que haja a responsabilidade do Estado decorrente de danos causados se sua atividade legislativa é o da lei declarada inconstitucional e que esta lei tenha produzido efeitos na esfera dos particulares, caso contrário não haveria dano indenizável, esta denominada de ilicitude objetiva.

Carlos Cadilha (2011) explica que, além da ilicitude objetiva, o nº 1 do artigo 15º da Lei 67/2007 de 31 de dezembro, faz referência à ilicitude subjetiva, bem como, faz exigência de que seja demonstrada a existência de uma ofensa contra *direitos ou interesses legalmente*

---

<sup>3</sup> A Constituição Portuguesa expressa que: *Artigo 112.º Actos normativos; 1. São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais; 2. As leis e os decretos-leis têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos; 3. Têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas; 4. Os decretos legislativos têm âmbito regional e versam sobre matérias enunciadas no estatuto político-administrativo da respectiva região autónoma que não estejam reservadas aos órgãos de soberania, sem prejuízo do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 227.º; 5. Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos; 6. Os regulamentos do Governo revestem a forma de decreto regulamentar quando tal seja determinado pela lei que regulamentam, bem como no caso de regulamentos independentes; 7. Os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão; 8. A transposição de actos jurídicos da União Europeia para a ordem jurídica interna assume a forma de lei, decreto-lei ou, nos termos do disposto no n.º 4, decreto legislativo regional.*

*protegidos dos cidadãos.*

Ademais, Pereira da Silva (2013) expressa que o artigo 22º da Constituição portuguesa faz referência apenas à violação de direitos, liberdades e garantias e não a todos os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, não porque esses direitos não sejam importantes para que haja uma responsabilização por parte do Estado, mas que os ditos no artigo citado são *um mínimo denominador comum* da responsabilidade do Estado na seara legislativa, executiva e jurisdicional.

Contudo, o autor ainda concorda que a doutrina majoritária portuguesa entende que apenas deve haver indenização por danos causados por lei declarada inconstitucional se esta lei gerar um dano especial e anormal, ou seja, um dano que ultrapasse os custos normais da vida em sociedade e que também seja específico, como está estabelecido no artigo 2º da lei 67/2007:

*Art. 2º: Danos ou encargos especiais e anormais: para efeitos do disposto na presente lei, consideram-se especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afetarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito.*

Pereira da Silva (2013) ainda explica que o dano anormal constitui um pressuposto da própria responsabilidade do Estado por danos decorrentes da ilicitude do ato normativo e não um elemento a ter em conta no cálculo ou fixação da indenização.

O autor ainda trás que o conceito de anormalidade do dano se dá por um conjunto de três conceitos utilizado pelo legislador, os quais se entrelaçam entre eles, dando uma ampla margem de apreciação ao julgador, isto é, só há indenização se os danos *ultrapassarem os custos próprios da vida em sociedade; sejam graves; e que mereçam, por conta disso, a tutela do direito.*

### **2.1.2. Por lei declarada inconstitucional no Brasil**

No que se refere ao direito brasileiro, é necessário, além de ter comprovado dano e nexos de causalidade com a norma, que o ato legislativo<sup>4</sup> seja declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) com efeito *erga omnes*, pois, segundo decisão do próprio tribunal, o Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> A Constituição brasileira de 1988 especifica que: *Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções; Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.*

<sup>5</sup> Julgado RE nº 8.889-SP.

Portanto, lei inconstitucional é aquela que, no todo ou em parte, ofende a Constituição Federal brasileira, podendo ser (a lei) federal, estadual ou municipal. A vicissitude pode ocorrer através de seu conteúdo normativo, isto é, quanto a norma propriamente dita, ou por algum erro formal que acarrete a sua nulidade, desde a sua iniciativa até a promulgação ou sanção presidencial.

Assim, para José de Aguiar Dias (1960), há responsabilidade do Estado pelos danos oriundos da *lei considerada nula, inconstitucional ou inválida, porque existe um regime que permite impugná-la*, isto se dá pelo fato de que o ato do legislador não deve infringir os preceitos constitucionais. Se isto ocorre e faz com que haja danos ou lesão, o Estado é obrigado a reparar tal dano.

No Brasil há a questão do controle de constitucionalidade, o qual se discute a compatibilidade ou incompatibilidade das normas com a Constituição Federal, o qual pode ser realizado tanto pelo Supremo Tribunal Federal, controle concentrado, quanto por qualquer juiz singular, controle difuso, isto é, qualquer um desses juízos tem o poder de afastar a incidência da norma por entender que fere algum preceito constitucional.

Contudo, não é impeditivo que se discuta, em sede processual adequada (e perante o juízo competente) o tema alusivo à reparação civil dos danos eventualmente causados aos particulares por ato legislativo declarado inconstitucional.

O particular lesado pela ação danosa de um ato legislativo declarado inconstitucional tem reconhecido seu direito a pleitear ação própria para questionar a reparação patrimonial do dano que sofreu.

Nesse sentido, entende-se que o Estado é responsável integralmente pelo dano que causar a um particular, no exercício de função legislativa, se uma lei ou um ato normativo que surtir efeitos na esfera dos particulares e a eles gerar algum dano e esta lei ou este ato, posteriormente, for declarado inconstitucional.

Assim, para Maria Helena Diniz (2005), a responsabilidade do Estado legislador há de ser sempre objetiva, uma vez que, além de ter de comprovar que a norma causadora do dano foi declarada inconstitucional, deveria também comprovar a culpa do legislador, ou seja, *não será necessário apurar a constitucionalidade ou não do ato, apenas se faz necessário comprovar o dano e o nexo causal*.

## **2.2. Direito de regresso do Estado**

O instituto do direito de regresso do Estado significa dizer que pode haver a cobrança dos valores pagos a um particular, a título de indenização, ao causador do dano, ou seja, aquele que deu ensejo ao ato legislativo causador do dano.

Só poderá haver ação regressiva do Estado quando este é condenado anteriormente a ressarcir a vítima por algum dano causado por dolo ou culpa de funcionário público devidamente identificado. Assim, é admitida que a responsabilização do servidor e, conseqüentemente, a ação regressiva, tenham caráter subjetivo, diferente do que o ocorre com a responsabilização do Estado que é sempre objetiva.

No ordenamento de Portugal o Direito de regresso do Estado está positivado no artigo 3º, nº 4 da Lei 67/2007 de 31 de dezembro, a qual expressa:

*Artigo 3.º: Pagamento de indemnizações; nº 4: Quando ocorra a satisfação do crédito indemnizatório por via do Orçamento do Estado, nos termos do n.º 1, o Estado goza de direito de regresso, incluindo juros de mora, sobre a entidade responsável, a exercer mediante uma das seguintes formas: a) Desconto nas transferências a efectuar para a entidade em causa no Orçamento do Estado do ano seguinte; b) Tratando-se de entidade pertencente à Administração indirecta do Estado, inscrição oficiosa no respectivo orçamento privativo pelo órgão tutelar ao qual caiba a aprovação do orçamento; ou c) Acção de regresso a intentar no tribunal competente.*

Assim, o direito de regresso será exercido pelo Estado quando este reparar o dano ao particular e, posteriormente, atribuir a culpa do agente causador do dano, cobrar deste o valor pago.

Ademais, a lei também enfatiza a questão do prazo prescricional do particular exigir a reparação do dano por parte do Estado e deste exigir do causador do dano, por meio do direito de regresso, ambos estarão sujeitos à norma do artigo 498º do Código Civil, a qual expressa:

*Art. 498º: Prescrição: 1. O direito de indemnização prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do facto danoso; 2. Prescreve igualmente no prazo de três anos, a contar do cumprimento, o direito de regresso entre os responsáveis.*

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, o direito de regresso do Estado está positivado no § 6º artigo 37 da Constituição Federal, caracteriza-se pelo poder-dever do Estado de exigir e recuperar do agente, que tenha atuado com dolo ou culpa e assim acarretado dano a outrem, a quantia desembolsada para a indenização do particular.

A questão aqui é saber, além de se averiguar a culpa do causador do dano, que pode ser o legislador, é de saber quem foi este agente que realmente deu ensejo à lei inconstitucional, ou seja, aqui estamos perante a dificuldade de identificar se houve ou não culpa do legislador, bem como, quem foi o legislador, já que a elaboração de um projeto de lei, geralmente, é muito complexa e exige-se mais de um agente na composição.

A responsabilização do agente que deu ensejo ao dano, a partir de ação regressiva, é questão pacífica na doutrina e jurisprudência do Brasil e de Portugal, contudo a problemática se baseia na possibilidade ou não da ação regressiva no caso de atos legislativos lesivos, pois além da dificuldade em identificar o culpado, na grande maioria dos casos, há ainda a questão da imunidade parlamentar, enfatizada pela disposição contida no artigo 53<sup>6</sup> da Constituição Federal brasileira, bem como, o artigo 157<sup>7</sup> da Constituição da República portuguesa.

Dessa forma, a doutrina não admite a questão do direito de regresso contra o parlamentar que deu origem ao projeto de lei, uma vez que ele está protegido por uma norma constitucional que o libera da obrigação de ser responsabilizado por voto proferido ou projeto de lei elaborado.

Além disso, o projeto de lei pode não ser elaborado por um legislador e sim pelo presidente da República, nesse caso, estaríamos diante da dificuldade de saber se haveria direito de regresso contra o chefe do executivo, tanto no Brasil, como em Portugal.

O fato é que, excluindo o caso do legislador por conta da imunidade parlamentar, todos os outros que compõem um projeto de lei e este é posteriormente declarado inconstitucional estão sujeitos à ação de regresso do Estado, a doutrina não impede que esta ação seja instaurada.

## **Conclusão**

Com a adoção da teoria da responsabilidade objetiva, que se traduz na ideia de que o Estado responde, na seara civil, por danos causados aos particulares independentemente de ter havido dolo ou culpa de seus agentes, ou seja, basta a comprovação do nexo de causalidade entre o dano causado e uma ação do Estado.

Assim, tanto o ordenamento jurídico brasileiro como o português obedecem a regra da responsabilidade objetiva, sendo expressa no artigo 37, § 6º e no artigo 22º das respectivas

---

<sup>6</sup> Art. 53 da Constituição brasileira de 1988: *Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos;*

<sup>7</sup> Artigo 157.º da Constituição portuguesa de 1976: *Imunidades: 1. Os Deputados não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções.*

constituições, ou seja, o Estado reparará o dano causado pelos seus agentes, no exercício da função, independente de dolo ou culpa, e que não seja verificada qualquer das excludentes de responsabilidade.

No que tange à responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos legislativos, ou seja, quando ocorre um dano a um particular causado pela ação do Poder Legislativo na elaboração de uma norma que, posteriormente, venha a ser declarada inconstitucional e que cause, no momento em que surtia efeitos, danos anormais e especiais a alguém.

No Brasil a regra está disposta no mesmo artigo 37º, § 6º da Constituição Federal, bem como, em Portugal, está expressa no artigo 15º da lei 67/2007 de 31 de dezembro.

Nesse sentido, o Estado pode, assim como na responsabilidade civil extracontratual na seara administrativa ou judicial, ingressar com ação de regresso contra servidor causador do dano, porém a dificuldade se posta, uma vez que se torna difícil atribuir a responsabilidade quando se trata de responsabilidade advinda de um ato legislativo.

Ademais, tem-se a figura da imunidade parlamentar, a qual escusa o legisladores de qualquer responsabilidade, uma vez que este é imune a qualquer palavras ou votos proferidos em sessão legislativa.

Dessa forma, tanto a doutrina como a jurisprudência dos dois países objeto do estudo comparado admitem a responsabilidade extracontratual do Estado por danos causados por atos legislativos inconstitucionais, tendo em vista que este dano deve ser anormal e especial.

### **Referências bibliográficas**

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A Justiça Administrativa: Lições**. 13ª edição, Coimbra: Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. **A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D : Estado de direito, Estado fiscal, Estado social**. In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra. Ano 140, n.º 3969 (2011), pp. 345-363.

\_\_\_\_\_. **Lições de Direito Administrativo**. 3ª edição, Coimbra: Ed. Imprensa da Universidade de, 2013.

CADILHA, Carlos. **Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais entidades públicas anotado**, 2º edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CASADO, Eduardo Gamero. **Manual básico de derecho administrativo**. 5ª edição, Madrid: Ed. Tecnos, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CRETELLA JUNIOR, José. **Responsabilidade do Estado por ato legislativo**. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 153, jul/set, 1983, pp. 15-34.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. Edição 17ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 19ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 23ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil. Tomo II**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1960.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. Vol.7**, 19ª edição, rev.atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 7, 23ª edição, reformulada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

FALLA, Fernando Garrido, **La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 noviembre de 1992**. In *Civitas: Revista Española de Derecho Administrativo*, 1993, pp. 125-132.

GAROFOLI, Roberto. **Manuale di diritto amministrativo**. 5ª edição, Roma: Nel Diritto Editore, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6ª edição. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

MATEO, Ramón Martín. **Manual de derecho administrativo**. 23ª edição, Aranzadi: Ed. Pamplona, 2004.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª edição, São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª edição, rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

MELO, Martinho Nobre. **Teoria geral da responsabilidade do Estado**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1914.

SILVA, Jorge Pereira da. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da função político-legislativa**. In *Comentário ao Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

### **Legislação consultada**

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Antonio Luiz de Toledo Pinto, et al, 5ª Ed., São Paulo – SP: Saraiva, 2011.

PORTUGAL, Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**: promulgada em 10 de abril de 1976, com alterações introduzidas pela Lei Constitucional nº 1 de 2005. Organização do texto: BDJUR, 4º Reimpressão, Coimbra, 2009.



PORTUGAL (2007). **Lei de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas**, nº 67/2007: publicada em 31 de dezembro