

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA EDIÇÃO DE NORMA INCONSTITUCIONAL - Diego Gustavo Pereira

O Juiz Substituto da 39^a Seção Judiciária, com sede na Comarca de Colorado, **Dr. Diego Gustavo Pereira**, escreveu sobre a responsabilidade civil do Estado decorrente da edição de normas inconstitucionais.

Confira-se, então, o texto intitulado "**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA EDIÇÃO DE NORMA INCONSTITUCIONAL**", de autoria do citado Magistrado:

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado pelos atos do Poder Legislativo é assunto de grande debate doutrinário e jurisprudencial, estando tal discussão presente em praticamente todos os ordenamentos jurídicos.

No presente trabalho enfrentar-se-á o tema por meio de uma perspectiva diferente do que vem sendo proposto, pois será analisada tal responsabilidade do ponto de vista finalístico da norma e de sua compatibilidade com a Constituição Federal, considerada esta como o verdadeiro contrato social.

Para este estudo que se propõe será fundamental analisar a origem da sociedade como destinatária da norma jurídica, compreendendo, por meio dos motivos que levaram ao surgimento do Estado, que a ordem jurídica deve estar de acordo com os anseios da sociedade, a qual sempre será a destinatária da norma editada.

A norma jurídica em si mesma, por meio de uma análise teórica de sua estrutura nas suas diversas perspectivas, também é importante para notar as consequências que poderão ocasionar aos particulares e, nesta acepção, demonstrar que na hipótese de sua incompatibilidade



sistêmica, houve ato ilícito do legislador e, portanto, surge o dever de reparação dos danos causados.

Assim, ao final do trabalho concluir-se-á pela existência da responsabilidade civil do Estado pela edição de norma inconstitucional e que, no Brasil, o fundamento se encontra no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e no artigo 43 do Código Civil.

1 Norma jurídica: uma análise teórica

O homem é um ser social por natureza e para que atinja seus objetivos é condição fundamental que se associe com seus pares. Desde o nascimento, o homem pertence a grupos sociais, tais como família, comunidade, nação, etc. Ademais, cada uma dessas instituições tem objetivos específicos que visam alcançar e, para chegar a esse fim, cada um regula o seu comportamento, fixando condutas a serem seguidas, as quais implicam limitações às ações dos indivíduos que a compõem, estabelecendo direitos e deveres (VAN ACKER apud DINIZ, 2000, p. 328).

Observa-se, pois, que desde tempos imemoriais, quando o homem ainda vivia em pequenos grupos, já existiam normas de conduta e, embora essas normas não fossem jurídicas, eram obedecidas com o fim de harmonizar a vida em sociedade. Todavia, chegou um momento em que a sociedade passou a viver em auto temor, devido à briga pelo espaço e alimento, ocasião em que surgiu o Estado e cada indivíduo cedeu parte de sua liberdade com o fim de receber a proteção estatal.

Assim, o Estado, com vistas a cumprir os objetivos para os quais foi criado, passou a estabelecer normas de condutas para os indivíduos, limitando a liberdade individual, possibilitando a vida harmônica em sociedade.



Nota-se, que o fundamento das normas está na “exigência da natureza humana de viver em sociedade” (DINIZ, 2000, p. 328), o que leva a concluir que o Estado, consciente dessa necessidade, edita as normas jurídicas, que são produtos de sua declaração de Poder, com vistas a proteger a sociedade.

1.1 Validade da norma jurídica

A compreensão do que vem a ser a validade da norma jurídica é de fundamental importância para o estudo proposto. Isso porque a norma inconstitucional, até que seja declarada como tal, goza de presunção de validade e, após a sua publicação, em que pese ainda não esteja produzindo efeitos no mundo jurídico, ela já se incorporou ao sistema de normas vigentes, estando na iminência de impor seus preceitos.

Assim, mister se faz o estudo da validade da norma jurídica enquanto pertencente ao sistema normativo para podermos entender, de forma sistemática, a questão da inconstitucionalidade das normas.

O aspecto validade da norma jurídica tem a ver com a noção de valor, no sentido econômico e não filosófico (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 179.¹

De outro lado, Bobbio (2001, p. 46) assevera que:

“O problema da validade é o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor sobre ela ser justo ou não. Enquanto o problema da justiça se resolve com um juízo de valor, o problema da validade se resolve com um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é uma

1 Para Tercio o conceito de validade está relacionado com a noção de valor, de origem econômica e não filosófica. Isso porque, em sua origem econômica, os valores são relacionais, isto é, submetidos a padrões.



*regra jurídica*².

Ao dizermos que uma norma vale, estamos afirmando que ela possui pertinência em relação à alguma coisa, existindo várias teorias que explicam a validade da norma. Porém, todas elas, ao conceituarem a validade, relacionam a norma com determinada condição.

Alf Ross condiciona a validade da norma jurídica ao comportamento da autoridade aplicadora, isto é, para ele a norma válida é aquela aplicada pelos Tribunais com a consciência de sua obrigatoriedade (*apud* FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 180).

Kelsen, por sua vez, critica o posicionamento de Ross, afirmando que, de acordo com esta teoria, só se poderia saber se a norma é válida após sua aplicação, o que se tornaria um problema, pois não seria possível dizer se uma norma é válida no momento de sua promulgação, oportunidade esta em que ainda não se tem nenhuma experiência.

Nesse sentido, a teoria kelseniana diz que a norma vale em relação a outra norma que a antecede hierarquicamente. Isso significa que, para verificar a validade da norma, deve-se confrontá-la com a norma superior, verificando-se a sua relação de subordinação.

Todavia, apesar de ser mais objetiva, a posição kelseniana também é criticada por Ross, o qual diz que, se levado em conta que, para a verificação da validade da norma, é preciso recorrer à hierarquia de normas, isso levará a uma norma básica, que se encontrará acima da própria constituição, a qual terá a única função de validar a constituição (*apud* FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 180-5).

Por sua vez Kelsen afirma que para explicar a validade

2 Observa-se que Bobbio reduz a validade a sua existência, isto é, se a norma existir será válida.



da norma hipotética fundamental é preciso aceitar uma norma que não é posta, mas pressuposta pela razão. Isso implica que ela aparece como uma condição de pensar o direito, isto é, o jurista deve reconhecê-la como fundamento das demais normas, raciocinando a partir dela (*apud* FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 186)³.

Hart, citado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, defende que esta primeira norma da série da hierarquia não é válida e nem inválida: ela simplesmente existe. Afirma, também, que não é nenhum pressuposto da razão, pois a existência dela é usada apenas para justificar o ordenamento jurídico de uma sociedade (1994, p. 187).

Bobbio diz que Kelsen, ao afirmar que a norma fundamental é pressuposta, está buscando o impossível e, em razão disso, propõe que a norma que está no topo da cadeia normativa se identifique com um ato de poder, afirmando que "*a norma fundamental é a que é posta por um poder fundante da ordem jurídica e sua característica é a efetividade*" (*apud* FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 187)⁴.

Apesar de tudo, a posição kelseniana traz um interessante aspecto de validade, pois não é possível afirmar se uma norma é válida considerando-a em si mesma. Para tanto, como validade é um conceito relacional, ela só pode ser identificada como tal diante de sua análise com as demais normas hierarquicamente superiores do ordenamento (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 182).

Nesse contexto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior diz

3 A norma pressuposta pode ser aquela estabelecida por uma revolução ou pela tradição de um povo.

4 Neste contexto, Bobbio conclui que se existe uma norma posta, nem toda norma é válida. Assim pode haver a positivação da norma sem que ela seja válida. Porém, ressalta que, à medida em que vamos subindo na hierarquia normativa, a diferença entre positivação e validade vai diminuindo, até chegarmos no primeiro ato de poder que, via de regra, será o poder constituinte que, ao positivar a constituição, já a estabeleceu como válida.



que para escapar do formalismo de Kelsen, sem cair na posição de Ross, recorre a uma posição pragmática, entendendo-se, por isso, a relação “*validade da norma em relação a seu emissor - autoridade - e seu receptor - sujeito*” (1994, p. 182). Assim, afirma que a validade não é uma relação formal, mas pragmática, pois envolve os usuários, suas possíveis reações e contrarreações. Porém, também não é uma relação semântica, pois não exige uma probabilidade de aplicação.

Em suma, para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a norma válida é aquela que, para sua criação, foram observadas as formalidades legais (aspecto formal) e que seu conteúdo esteja de acordo com as demais normas hierarquicamente superiores (aspecto material).

Miguel Reale, de forma simples, explica que para a norma ser válida são necessários três requisitos: a) legitimidade do órgão que a editou; b) competência do órgão para legislar sobre a matéria; e c) obediência do procedimento para elaboração da norma (2002, p. 110).

Observa-se, pois, que o posicionamento de Miguel Reale se distingue daquele de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, já que Miguel Reale separa a observância das formalidades legais em dois requisitos: a legitimidade do órgão e a observância do procedimento.

Ademais, podemos distinguir a validade por dois aspectos: validade formal e validade material. A validade formal diz respeito à observância da competência para sua edição, ao passo que a validade material diz respeito à observância da matéria albergada pela norma.

Desta sorte, a validade da norma jurídica, em última análise, está condicionada ao respeito, quando da sua elaboração, de seu conteúdo às demais normas hierarquicamente superiores, bem como à observância



do devido processo legal para sua edição e que seja editada por pessoa competente para legislar sobre aquela matéria.

Nesta linha de raciocínio, será constitucional a norma livre de vícios que, para sua elaboração, respeitou o processo de formação, seu conteúdo está em harmonia com a constituição e, ainda, que seja emanada de órgão competente. Assim, de forma simples, pode-se afirmar que é constitucional a norma que se subsume, tanto formal como materialmente, à Constituição.

1.2 Vigência da norma jurídica

Vigente é a norma jurídica que se encontra apta a impor seus efeitos dentro do ordenamento jurídico.

A norma portadora desta característica deve ser observada e cumprida por todos, independentemente do juízo de valor a ela atribuída. Mesmo padecendo a norma de vício de validade, enquanto não declarado tal defeito, a norma impera sobre o ordenamento, devendo ser observada.

Para chegar a um entendimento do que vem a ser vigência, necessita-se estudar os diversos conceitos trazidos pelos autores, que, na maioria das vezes, confundem - ou não conseguem distinguir - a vigência e a eficácia.

Miguel Reale conceitua a vigência com sendo *"a executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua feitura ou elaboração"* (REALE, 2002, p. 108).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, citando Arnaldo Vasconcelos, diz que a *"vigência é, pois, um termo com o qual se demarca o tempo de validade da norma"* (apud FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 196), e, ao final, conclui que:

"Vigência é uma qualidade da norma que diz respeito ao



tempo de validade, ao período que vai do momento em que ela entra em vigor (passa a ter força vinculante) até o momento em que é revogada ou em que se esgota o prazo prescrito para sua duração” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 202).

Nota-se que Tércio Sampaio Ferraz Júnior faz distinção entre o termo vigência e vigor, contrariando o conceito trazido por Miguel Reale, o qual toma vigência por vigor. Para Tércio, *“vigor é uma qualidade da norma que diz respeito a sua força vinculante, isto é, à impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se a seu império” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 197).*

Sobre esse prisma, vigência tem cunho temporal, ao passo que vigor se refere à possibilidade de se exigir o cumprimento da norma (eficácia).

Dentro do processo de formação da norma, a vigência, em regra, se dará após transcorridos quarenta e cinco dias da publicação. Isso porque o artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro assim estabelece. Porém, de forma contrária, a própria norma pode estabelecer quando iniciará a sua vigência.

Todavia, no período compreendido entre a publicação e o início da vigência, a norma já pode ser considerada válida ou não, pois já existe no ordenamento e este ínterim é denominado *vacatio legis*. Esse é o próprio entendimento do professor Tércio, o qual leciona que *“durante aqueles quarenta e cinco dias, a norma já é válida (já pertence ao ordenamento), mas não é vigente, ou seja, sua validade fica suspensa” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 197).*

Comunga do mesmo entendimento a professora Maria Helena Diniz, asseverando acerca da norma durante a *vacatio legis* que *“embora válida, a norma não produz efeito durante aqueles quarenta e cinco dias” (DINIZ, 2000, P. 388).*



Não obstante a sapiência do professor Tércio, não há falar em validade suspensa, pois a partir do momento que a norma, após seguir o trâmite estabelecido para sua edição, é publicada, ela tem presunção de validade, até que seja revogada ou declarada a sua invalidade por vício formal ou material. Tanto é assim que caso a norma contenha artigo que determine o termo da sua entrada em vigor, este dispositivo já é dotado de validade, eficácia e vigência desde a sua publicação, permanecendo o restante do texto legal apenas sem eficácia e vigência, pois, caso contrário, não se poderia conceber nem mesmo o termo inicial de sua exigibilidade.

1.3 Eficácia da norma jurídica

De maneira simples, podemos definir a eficácia da norma jurídica como a sua capacidade de produzir efeitos dentro do ordenamento jurídico.

Como observado acima, a diferenciação da eficácia da vigência é muito tênue, chegando a ser confundida, ou até mesmo defendida, como sinônimas.

Não obstante o respeitável entendimento doutrinário apresentado, é de melhor técnica, dogmaticamente analisando, afirmar que vigência não se confunde com eficácia, e para demonstrar a diferença, mister se faz o estudo dos conceitos trazidos pela doutrina.

Miguel Reale pontua que *"a eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana"* (REALE, 2002, p. 112). Embora a norma seja válida e vigente, não implica que ela seja eficaz. Eficaz, portanto, é aquela norma cuja sociedade reconhece e incorpora a sua maneira de ser e agir e o sistema propicia a sua aplicação.



Todavia, cumpre consignar que, não obstante existirem normas não reconhecidas pela sociedade em geral, essas normas podem ter eficácia compulsória. Mormente porque os Tribunais não podem recusar a aplicação da norma em vigor.

Diante da análise do conceito de eficácia trazido, num primeiro momento, pode-se vislumbrar uma confusão entre vigência e eficácia. Tanto é que existe parcela da doutrina, em especial as correntes realistas da jurisprudência americana, que reduzem a vigência à eficácia⁵. Porém, a melhor doutrina distingue essas duas qualidades da norma.

A norma é vigente pelo simples fato de, depois de transcorrido o período da *vacatio legis*, caso tenha ocorrido, poder ser exigido o seu cumprimento. Por outro lado, a eficácia é a capacidade de produzir seus efeitos no ordenamento jurídico e o acatamento da norma pela sociedade, que, por si só, incorpora o comportamento trazido pela nova norma à sua maneira de ser e agir. Inclusive, mister se faz impingir que a eficácia também não se reduz à obediência da norma. Isso porque existem normas que não são aplicadas, mas que socialmente são consideradas eficazes, haja vista estatuírem prescrições ideologicamente solicitadas pela sociedade. Exemplo clássico é o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, que prevê que o salário mínimo deve ser fixado em quantia suficiente para atender as necessidades do trabalhador e sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Não obstante a norma constitucional ser eficaz - socialmente considerada -, por representar o interesse

5 Essa corrente considera o termo validade no sentido técnico-formal, onde a validade é sinônimo de vigência.



social, hodiernamente a sua prescrição não é cumprida, pois caso fosse atendido o seu preceito, causaria um colapso nas relações econômicas. Observa-se, pois, que a norma é eficaz, pois corresponde a um interesse ideológico da sociedade, no entanto, não é obedecida, porque sua obediência causaria colapso econômico-financeiro.

Ainda, a norma se diz eficaz quando presentes certos requisitos técnicos. É a eficácia no sentido técnico. Neste caso, supõe-se o inter-relacionamento entre diversas normas, sem o qual elas não produziriam efeitos. Como exemplo, podemos citar o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição, que diz:

“XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

A norma constitucional determinou que outra norma fosse editada, definindo as infrações penais que serão consideradas como hediondas. Assim, enquanto não for editada norma que defina os crimes hediondos, a norma constitucional não terá eficácia.

No sentido técnico, José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais como de eficácia plena, contida e limitada. A norma de eficácia plena é aquela cuja aplicação não depende de outra norma, produzindo seus efeitos desde sua vigência. Norma de eficácia contida é aquela que produz efeitos desde sua vigência, porém pode ocorrer a edição de norma que restrinja seus efeitos. Já, a norma de eficácia limitada é aquela que só produzirá seus efeitos após a edição de norma que estabeleça as formas de sua realização.



Em suma, podemos dizer que a eficácia pode ser entendida por aquele fenômeno no qual a sociedade, diante de uma nova norma jurídica, a incorpora no seu comportamento, obedecendo seus preceitos de forma espontânea - eficácia social - e o ordenamento apresenta condições técnicas para produção de seus efeitos, ao passo que a vigência se refere à capacidade de produzir efeitos da norma e impor sanções ao seu descumprimento.

2. A responsabilidade civil do Estado e o dever de reparação do Estado Democrático de Direito aos lesados pela edição da norma jurídica inconstitucional

O regime jurídico da responsabilidade civil do Estado tem recebido diversos tratamentos, seja no aspecto temporal ou espacial, e, entre as principais teorias já adotadas⁶, estão: (a) a da irresponsabilidade; (b) as civilistas, as quais eram compreendidas pela teoria dos atos de império e de gestão e teoria da culpa ou da responsabilidade subjetiva; e (c) as teorias publicistas, que também compreendiam a teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público e a teoria do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva.

Por meio da análise histórica destas teorias, concluiu-se que elas foram evoluindo de acordo com a própria evolução do paradigma de Estado, e, atualmente, há o predomínio da teoria da responsabilidade objetiva, a qual melhor se coaduna com o modelo de Estado Republicano intitulado como Democrático de Direito.

Aliás, não é demais afirmar que qualquer outra teoria adotada estaria em confronto com a finalidade do Estado

⁶ Importante deixar consignado, neste ponto, que as teorias apontadas neste trabalho se referem àquelas adotadas no sistema europeu-continental, pois é a orientação que influenciou o direito brasileiro (DI PIETRO, 2004, p. 548).



Democrático de Direito, pois, como se sabe, ele não é caracterizado apenas pela supremacia da Constituição, obrigatoriedade da observância do princípio da legalidade e universalidade da jurisdição, mas pressupõe, principalmente, o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Neste sentido, Konrad Hesse afirma *“que determinados direitos ou princípios, como os direitos fundamentais, o princípio do submetimento da administração à lei ou aquele da divisão de poderes são elementos essenciais da ordem estatal-jurídica da Lei Fundamental”* (HESSE, 1998, p. 157).

A Constituição brasileira de 1988 adotou a teoria da responsabilidade objetiva, a qual está consagrada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, *in verbis*:

“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”.

Por sua vez, o Código Civil de 2002 também trouxe dispositivo correspondente, prescrevendo o artigo 43 que *“as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.*

Todavia, não obstante a adoção pelo Brasil de um modelo de Estado Democrático de Direito e a positivação da responsabilidade objetiva do Estado, no que toca a responsabilidade civil por ato legislativo⁷

⁷ Esta expressão será utilizada no presente trabalho para o ato propriamente legislativo, isto é, aquele que editou determinada norma jurídica, não se confundindo com os atos administrativos de gestão do próprio legislativo, em



, ainda predomina o entendimento de que não há responsabilidade estatal pelos danos causados pela atividade legislativa. Fundamentam esta tese o fato de que as normas são atos que se confundem com a própria soberania do Estado⁸ e que os legisladores são representantes da sociedade e, assim, os lesados se confundiriam com os lesadores⁹.

Não obstante os argumentos que fundamentam a tese da irresponsabilidade, somente pelo fato de o Brasil constituir-se um Estado Democrático de Direito, já não podem ser admitidos.

2.1 O dever de responsabilização do Estado pelo ato ilícito do legislador

O principal fundamento de sustentação da tese da responsabilidade civil do Estado pelos atos legislativos encontra-se no próprio paradigma do Estado Democrático de Direito, o qual deve primar pelo respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais¹⁰.

De outro lado, partindo-se para argumentos de maior concretude, a própria Constituição de 1988 foi expressa, como já foi dito, em estabelecer a responsabilidade do Estado no artigo 37, §6º, sem, contudo, excluir a

relação aos quais não há discussão acerca da responsabilidade objetiva.

8 Segundo Júlio César dos Santos Esteves (2003, p. 161), o qual fez profunda análise doutrinária acerca do assunto, pode-se destacar como filiado a este entendimento Hely Lopes Meireles, o qual defende a irresponsabilidade estatal neste caso, por entender que os legisladores são agentes políticos.

9 Esta é a posição defendida por Maria Emília Mendes Alcântara (apud Esteves, 2003, p. 96-7), a qual pondera que: “A lesão causada por ato legislativo tem por autor o próprio lesado, enquanto membro da sociedade, que elege seus representantes para o Parlamento, não ensejando, por conseguinte, a responsabilidade do Estado pelos danos dele derivados”.

10 Konrad Hesse (1998, p. 157) é enfático ao afirmar que “há concórdia sobre isto, que determinados direitos ou princípios, como os direitos fundamentais, o princípio do submetimento da administração à lei ou aquele da divisão de poderes são elementos essenciais da ordem estatal-jurídica da Lei Fundamental”.



responsabilidade pelos atos legislativos.

Ademais, mesmo que a atividade legislativa seja ato próprio de governo e, portanto, de soberania, não pode ele ultrapassar os limites impostos pela Constituição Federal, a qual estabelece tanto os limites formais¹¹ quanto os materiais¹² para edição de normas.

Da mesma forma, cai por terra o argumento de que os lesadores se confundiriam com os lesados, pois, ainda que os legisladores representem o interesse da sociedade, não possuem eles legitimidade para ultrapassar o que está estabelecido na Carta Política.

O fato de os legisladores representarem o interesse popular (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal) não afasta a obrigação do Estado de indenizar os eventuais danos causados pela edição de normas inconstitucionais durante a atividade legislativa, pois não é de interesse do povo a edição de normas contrárias à Constituição, a qual tem a função precípua, dentro de um Estado Democrático de Direito, de proteger a população contra as arbitrariedades do Estado.

Neste contexto, observa-se claramente que os argumentos utilizados para sustentar a irresponsabilidade estatal são demasiadamente ultrapassados e foram os mesmos utilizados na época dos Estados absolutistas para justificar a teoria da irresponsabilidade estatal, os quais são incompatíveis com o novo modelo de Estado adotado.

De outro lado, Maurício Jorge Pereira da Mota (apud Esteves, 2003, p. 187-8), advogando a tese da

11 Diz respeito à forma de edição dos atos normativos, estabelecendo regras de procedimento.

12 Levando-se em conta o princípio da hierarquia e supremacia das normas constitucionais, qualquer outra norma inferior deve respeitar o seu conteúdo, não podendo conter disposição contrária a ela.



responsabilidade do Estado legislador, pondera que:

“A aceitação de responsabilidade abrange de todo e qualquer modo de atuação do Estado decorreria, ademais, de visão sistêmica do texto constitucional que, como registra o autor, prevê, paralelamente ao princípio geral, outras formas de responsabilidade, como a do Chefe do Executivo (art. 86, § 4º) e do Estado, por erro judiciário (art. 5º, LXXV)”.

Seguindo essa linha de raciocínio, a doutrina mais moderna entende que há pelo menos três hipóteses em que caberá a responsabilização do Estado por ato legislativo, as quais são: a) edição de norma inconstitucional; b) edição de lei materialmente defeituosa; c) omissão legislativa (JUSTEN FILHO, 2006, p. 819).

No entanto, apenas será objeto de estudo do presente trabalho a primeira hipótese, qual seja, a responsabilidade do Estado pela edição de norma inconstitucional.

2.2 Norma jurídica inconstitucional: direito do jurisdicionado na reparação dos danos por ela causados

A norma jurídica inconstitucional, como já visto quando se estudou a teoria da norma jurídica, é aquela que desrespeita a Constituição Federal, seja porque não foi observado o procedimento estabelecido para sua edição (inconstitucionalidade formal), seja porque seu conteúdo está em desacordo com os princípios e regras constitucionais (inconstitucionalidade material).

Com efeito, também como visto alhures, a norma inconstitucional padece de vício de validade, pois não se coaduna com o sistema jurídico existente.

É nesse contexto que se pode afirmar que o legislador,



ao apresentar projeto de lei inconstitucional, discutí-lo, votá-lo e aprová-lo, constituindo-se, assim, a norma jurídica inconstitucional, comete ato ilícito, pois o próprio princípio constitucional e da hierarquia veda tal hipótese. Isso se dá porque a atividade legislativa tem caráter vinculado em relação à forma e ao conteúdo das normas, conforme já reconhecido por Yussef Said Cahali (apud ESTEVES, 2003, p. 171).

Aliás, Aguiar Dias (1979, p. 318-9) já ensinava que:

"Assim, podemos reconhecer a responsabilidade do Estado pelos danos causados pela lei nula, inconstitucional ou inválida, porque temos um regime que nos permite impugná-la. (...) Isso, conforme explica ainda o douto publicista, porque o ato da autoridade não pode contrair aos mandamentos constitucionais. Se o fez e do seu ato resulta dano ou lesão, o Estado é obrigado a repará-lo".

Esteves (2003, p. 171), reproduzindo os ensinamentos de Cahali, ressalta:

"Ressaltando o caráter vinculado da atividade legiferante, sustenta o autor a possibilidade de configuração de ilícito legislativo, consubstanciado em contrariedade formal ou material do ato legislativo, em face da Constituição, o que suscita, pelas mesmas razões aplicáveis dos demais campos de atuação estatal, a sistemática jurídica própria da responsabilidade patrimonial do Estado, legitimando a pretensão ressarcitória do lesado".

Vale ainda dizer que a edição de qualquer tipo de norma inconstitucional gera ao lesado o direito de reparação pelos danos sofridos, pois a atividade de editar norma contrária à Constituição caracteriza ato ilícito, porquanto o próprio objeto também é ilícito,



conforme aponta a teoria dos atos jurídicos.

Em suma, o Estado Democrático de Direito albergado pela Constituição Federal, por meio de suas regras, princípios e valores, possibilita, inexoravelmente, que qualquer pessoa que sofra danos em decorrência da edição de norma inconstitucional receba a respectiva indenização.

De outro lado, também é certo que a Constituição Federal constitui-se na matriz do sistema jurídico do Estado e que as normas que a contrariam não pertencem a este sistema. Logo, quando o legislador edita norma inconstitucional, até que seja declarada tal condição, ela goza de presunção de constitucionalidade e, portanto, pode ocasionar danos aos seus destinatários, os quais, pelo princípio do Estado Democrático de Direito e, também, pelo fato de a Constituição ser o “contrato social”, têm o direito de ser restringida a sua liberdade e patrimônio somente nos moldes estabelecidos pela Carta Política.

Neste contexto, não há como não vislumbrar que a edição de norma inconstitucional é ato ilícito e, portanto, passível de reparação, nos moldes do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e do artigo 43 do Código Civil.

O Supremo Tribunal Federal, em casos isolados, já havia reconhecido o direito à indenização pelos danos causados pela edição de norma inconstitucional, não sendo demais transcrever a ementa do voto do Ministro Celso de Mello, relator do Recurso Extraordinário n. 153.464, de 2 de setembro de 1992:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - LEI INCONSTITUCIONAL - INDENIZAÇÃO. O Estado responde civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional da função de legislar” (RDP 189/305).



Observa-se, assim, que todo aquele que sofrer dano decorrente da edição de norma inconstitucional poderá, uma vez demonstrado o dano e o nexo de causalidade com a edição da referida lei, pleitear a reparação.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que, de acordo com a teoria da norma jurídica, toda norma inconstitucional padece de vício de validade e, por consequência, não pode pertencer ao sistema jurídico, o qual tem como fundamento a própria Constituição.

Ademais, a violação da Constituição nada mais é do que a violação do pacto social firmado entre os indivíduos e o Estado, o que leva à conclusão de que qualquer violação a ele constitui ato ilícito.

Nesta linha de raciocínio, não há como admitir a tese de que o Estado não responderia pela edição de normas inconstitucionais, pois tal ato também é considerado ilícito legislativo e, portanto, passível de reparação, nos moldes do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e do artigo 43 do Código Civil.

Desta forma, fica evidente que a melhor interpretação dos dispositivos acima citados induz à existência da responsabilidade civil do Estado pela edição de norma inconstitucional, pois, caso contrário, estar-se-ia violando o direito fundamental do indivíduo de ver respeitada a Constituição Federal.



REFERÊNCIAS

BASTOS, C. R. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

CAHALI, Y. S. **Responsabilidade civil do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAVALCANTI, A. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. V. II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1994.

GUERRA FILHO, W. S. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HESSE, K. **Elementos de Direito Constitucional da**



República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

REALE, Miguel. **Noções preliminares de direito.** 26^a ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

SCAFF, F. F. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista.** 2^a ed. São Paulo: Renovar, 2001.

