

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**RAFAEL HENRIQUE CASTILHO ZAITTER**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA  
INCONSTITUCIONAL: O CASO DO ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL**

**CURITIBA  
2014**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA  
INCONSTITUCIONAL: O CASO DO ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

**CURITIBA  
2014**

Dedico este trabalho à minha família,  
Wellington, Carmencita e Felipe, que sempre  
estiveram ao meu lado.

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Wellington e Carmencita, e ao meu irmão Felipe, pelo amor, pelo suporte, pela paciência, pelas críticas necessárias, e por sempre acreditarem em mim. Não tenho dúvidas em dizer: não seria nada sem vocês!

Ao Zeus e ao meu anjo da guarda Thor (*in memoriam*), por todos os momentos alegres e pelo carinho sincero.

A todos os demais familiares. Em especial, aos meus padrinhos, Menyr e Denise, e aos meus primos, Bruno, Gui (extensível à Paula e ao Caetano) e Mey (e, logicamente, André e Davi). À família Galleas Levandoski. À Tia Dione, minha segunda madrinha. À Tia Alice e ao Durval (*in memoriam*).

A todos os meus amigos. A todos aqueles irmãos por opção que a vida me proporcionou conhecer. Ao Juninho (*in memoriam*).

Aos amigos do “Evolução Eterno”, com os quais cresci e com os quais vivenciei uma das melhores épocas de minha vida. Jamais esquecerei o ano de 2005 e aquela, pequena, mas extremamente unida, turma da 8ª série. Ao “Evolução” devo, também, minha paixão pelo futsal. Agradeço, assim, a todos que, comandados pelo Professor Sinésio, fizeram parte daquela equipe 1991/1992 que, no fatídico ano de 2005, ganhou quase tudo o que disputou, colecionando vários troféus e medalhas.

Não poderia deixar de agradecer, também, àqueles que fizeram parte de um capítulo importantíssimo em minha vida: os amigos do CEFET. Agradeço, assim, a minha Turma, a T61, a primeira do Curso Técnico Integrado em Gestão de Pequenas e Médias Empresas. Agradeço, em especial, também, ao ACU (Associação dos Calouros Unidos), time que me proporcionou vários momentos inesquecíveis, a conquista de três campeonatos da Copa Ensino Médio/Ensino Técnico e amizades eternas. Agradeço, da mesma forma, aos amigos da “arquibancada cefetiana”.

Aos “Transtosnados” (extensível às várias outras alcunhas deste grupo), pelos vários momentos de (sadia) insanidade.

Às pessoas que a Universidade Federal do Paraná (UFPR), e, mais especificamente, o curso de Direito, me auxiliaram a conhecer. Em primeiro lugar, a todos da minha sala (e aos que também se agregaram a ela), a Turma do Noturno

de 2010-2014. Agradeço, ainda, aos Cachorros Voadores, única equipe Tricampeã da disputada “Taça da Raça”. Aos meus veteranos e calouros, com os quais muito aprendi. Ainda, logicamente, àqueles com os quais passei grande tempo da Faculdade, entre treinos, campeonatos e Jogos Jurídicos, o time de futsal, a Família *Resegna Ferroglio*. E claro, a “República Cantagalo”, pelas grandes amizades construídas.

Aos escritórios “Lee, Martins e Pavoni”, “Trindade & Arzeno”, ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, e ao Dr. Rafael Schier Guerra, pelas oportunidades de estágio, e por todo o aprendizado.

A todos os professores do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), pelas inúmeras lições, e pelo conhecimento transmitido durante todos estes anos. Em especial, ao Prof. Emerson Gabardo, pelas brilhantes aulas de Direito Administrativo e por toda a generosidade na orientação deste trabalho.

A todos aqueles que, por algum motivo, contribuíram durante toda esta trajetória.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	<b>7</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>8</b>
<b>PRÓLOGO</b> .....	<b>9</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I – A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL</b> .....	<b>14</b>
1.1 As lacunas técnicas: as normas de eficácia limitada.....	14
1.2 A definição de omissão legislativa inconstitucional .....	18
1.3 O tempo e a caracterização da omissão legislativa inconstitucional .....	22
1.4 A omissão legislativa total e a omissão legislativa parcial.....	25
<b>CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL</b> .....	<b>29</b>
2.1 Evolução da Responsabilidade Civil do Estado .....	29
2.2 Responsabilidade Civil do Estado no Direito pátrio: a questão relativa aos atos omissivos.....	35
2.3 Responsabilidade por omissão legislativa inconstitucional .....	43
<b>CAPÍTULO III – O CASO DO ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL</b> .....	<b>51</b>
3.1 A Emenda Constitucional n.º 19, de 1998 e a revisão geral anual da remuneração e subsídios dos servidores públicos.....	51
3.2 O dever concreto de legislar e a necessidade de indenização: a ausência de violação à separação dos poderes e a vinculação da “revisão” .....	59
3.3 O consequencialismo e a necessidade de efetividade das normas constitucionais.....	70
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>79</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>83</b>

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo principal evidenciar a possibilidade de responsabilização do Estado em decorrência de omissões legislativas inconstitucionais. Mais especificamente, tratar-se-á da necessidade de responsabilização estatal diante da ausência de regulamentação da norma insculpida no art. 37, X, da Constituição Federal. A partir de um processo de reflexão acerca do tema proposto, procura-se demonstrar que a inércia do Poder Público em regulamentar direitos constitucionalmente previstos, pode ensejar a necessidade de reparação pelos prejuízos ocasionados. A omissão legislativa inconstitucional deve ser entendida como a violação de norma, da Lei Fundamental, certa e determinada, que impunha ao Poder Público um dever de legislar. Em sendo descumprido este dever, os efeitos da norma violada não serão integralmente alcançados. Por isso, indispensável à imputação de responsabilidade, objetiva, ao Estado. Basta, assim, que este descumpra um dever concreto de legislar que lhe fora atribuído anteriormente. Nesta esteira, como exemplo de omissão legislativa inconstitucional indenizável, apresenta-se o art. 37, X, da Constituição Federal, que assegura a revisão geral anual da remuneração e subsídios dos servidores públicos. A omissão quanto à integração normativa do referido preceito traz evidentes prejuízos aos seus destinatários, que não possuem a recomposição do poder aquisitivo de suas retribuições, defasado pelas constantes perdas inflacionárias. Preenchidos os pressupostos da responsabilidade objetiva, evidente a necessidade de concessão de indenização.

**PALAVRAS-CHAVE:** Normas de eficácia limitada. Omissão Legislativa. Responsabilidade objetiva do Estado. Revisão geral anual. Agentes públicos.

## ABSTRACT

The main objective of the present study is to demonstrate the possibility of State's liability for unconstitutional legislative omissions. More specifically, this study deals with the necessity of the State's responsibility faced the absence of regulation of the rule described in the article 37, X, of the Federal Constitution. Based on a process of reflection about the proposed theme, this paper tries to show that the inertia of the Public Government to regulate provided constitutional rights may have as consequence the necessity of compensation for the eventually occasioned damaged to rights. The unconstitutional legislative omission of a determined constitutional rule must be understood as a violation that imposes the duty to legislate. Failed to comply with this duty, the effects of the violated rule are not going to be entirely fulfilled. Therefore, it is indispensable the imputation of responsibility, objectively, to the State. Thereby, it suffices that the State fails to comply with the concrete duty of actuation that was previously assigned to it. In this regard, as an example of a indemnifiable unconstitutional legislative omission, one presents the article 37, X, of the Federal Constitution, that predicts the annual general revision of remuneration and subsidies to public employees. The omission related to the regulatory integralization of the referred precepts, brings clearly prejudice to its receivers. Fulfilled these premises of objective liability, there is evident necessity of concession of indemnification.

**KEYWORDS:** Rules of limited effectiveness. Legislative omissions. State's objective liability. Annual general revision. Public agents.



## PRÓLOGO

Não são só as ações do Estado que podem implicar em um desrespeito ao texto constitucional. As omissões estatais, também, configuram-se como (potenciais) comportamentos lesivos. Neste sentido, esclarecedoras são as lições do Ministro Celso de Mello, quando da apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1458/DF (de sua relatoria, julgada em 23.05.1996, DJ 20.09.1996), ao afirmar que a omissão do Estado, que se abstém em cumprir, em maior ou menor grau, uma imposição emanada por norma constitucional, qualifica-se como um comportamento da maior gravidade político-jurídica.

E é por isso mesmo, por tratar-se de um comportamento da maior gravidade político-jurídica, que as omissões inconstitucionais devem ser combatidas. O tema, de crucial importância, suscitou inúmeras discussões já na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, que culminou com a promulgação da atual Constituição Federal, sobretudo dentro da Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas. Traz-se, aqui, um brevíssimo excerto da manifestação do relator, Nelson Friedrich, que sintetiza bem os debates acontecidos: “por isso, este é um ponto que – entendemos – pode ser polêmico, mas é de extraordinária importância: a possibilidade de o cidadão acionar o Poder Público, ou um dos Poderes, por não-cumprimento da Constituição”.<sup>1</sup> Não por outro motivo, é que o Constituinte previu mecanismos para enfrentar o problema, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção.

É indubitável, portanto, a relevância do tema. Há que se salientar, ainda, que dentro deste campo das omissões inconstitucionais, as que ganham maior relevo são as omissões legislativas. Isto porque, voltando-se para a Constituição Federal em voga, pode-se identificar uma série de normas que dependem, para a concreção integral dos seus efeitos, de uma posterior integração normativa por parte do Poder Legiferante. A efetividade destas normas constitucionais resta-se condicionada, portanto, a uma atuação positiva do legislador. Desta maneira, justifica-se a opção do presente trabalho pela análise, especificamente, das omissões inconstitucionais decorrentes da inércia legislativa.

---

<sup>1</sup> *Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988*. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente](http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente). Acesso em 08.10.2014, p. 7.

A fundamentalidade do tema reside, outrossim, na necessidade de se assimilar a concepção da inadmissibilidade de um Poder Legislativo violador de deveres que lhe são impostos pela Carta Constitucional. E, ainda, na imprescindibilidade de se reconhecer, uma vez constatada esta omissão, a responsabilização do Estado pelos danos que esta inércia vier a ocasionar aos destinatários da norma (não editada). Ora, não há como se admitir, na contemporaneidade, espaço para a irresponsabilidade estatal, principalmente num Estado que se pretende, como o Brasil, Democrático de Direito. A omissão legislativa inconstitucional pode, sim, gerar o dever de indenizar por parte do Poder Público. E, com isso, esclarece-se a eleição de outro ponto a ser abordado no presente estudo: a responsabilidade estatal pelas omissões legislativas.

Vários são os exemplos de omissões indenizáveis. Todavia, aqui, pretende-se abordar, com maior detalhamento, um caso especial: a ausência de regulamentação do art. 37, X, da Constituição Federal, que assegura a revisão geral anual aos servidores públicos. E o porquê desta escolha respalda-se na absoluta divergência existente, principalmente na seara jurisprudencial, sobre a possibilidade (ou não) de concessão de indenização aos servidores prejudicados. A seleção do citado caso concreto tem supedâneo, ainda, na repercussão geral do assunto reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), através do Recurso Extraordinário nº 565.089/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, relativo ao pedido de indenização formulado por servidores públicos civis do Estado de São Paulo. Ou seja, trata-se, objetivamente, de temática que está em pauta, atualmente, no Pretório Excelso.

Cumpra-se salientar, que para análise de tudo o que foi proposto, a metodologia a ser utilizada será, precipuamente, dogmático-jurídica e teórica, concernente em um processo de reflexão gradativo acerca do tema proposto, iniciando-se com as omissões legislativas inconstitucionais, perpassando pela necessidade de responsabilização do Estado em decorrência da sua constatação e finalizando-se com um estudo atento acerca da indenização em face da ausência da revisão geral anual dos servidores públicos.

Trata-se, em suma, da abrangência de temas atuais de inegável relevância jurídica, e que precisam ser enfrentados. Sobretudo, porque se crê em um constitucionalismo efetivo, em que o dever-ser normativo esteja próximo do ser social.

## INTRODUÇÃO

Há que se reconhecer a importância de se conceber o caráter normativo da Constituição. A Constituição, dentro de um Direito Constitucional contemporâneo, não pode ser entendida como um documento destituído de normatividade. As normas constitucionais devem ser encaradas como normas jurídicas, e não, simplesmente, como preceptivos indicativos ou orientadores de determinados posicionamentos. Isto porque, como bem destaca Eneida Desiree SALGADO, a Constituição é um produto puro da manifestação do poder político, da soberania popular e, por isso mesmo, suas cláusulas trazem expressões de decisões políticas que devem ser cumpridas de maneira obrigatória.<sup>2</sup> A Lei Fundamental é, portanto, fonte de direitos e obrigações.

Nesta esteira, valendo-se dos ensinamentos de Konrad HESSE, imprescindível identificar-se a força normativa da Carta Constitucional. O autor ressalta que esta força normativa, de ordenação sobre as estruturas políticas e sociais, apresenta maior grau de efetividade tanto quanto for mais intensa a crença na inviolabilidade da Lei Fundamental. Assim, a consolidação desta normatividade está atrelada ao prestígio da vontade da Constituição.<sup>3</sup> Ademais, como assevera Luís Roberto BARROSO, este caráter normativo é reforçado com o deslocamento da Constituição para o centro do sistema jurídico, dotando-a, como consequência, de uma supremacia hierárquica, formal e material.<sup>4</sup> Resultado deste reconhecimento da força normativa da Lei Fundamental, como bem alerta Flávia PIOVESAN, reside no entendimento da necessária redução da discricionariedade dos Poderes Públicos quando da aplicação das disposições constitucionais.<sup>5</sup>

Para além deste caráter normativo, é imperioso reconhecer a solidificação, na contemporaneidade, do Estado Democrático de Direito. Veja-se que, a própria Constituição Federal brasileira, já em seu art. 1º, sedimenta, de forma clara, esta

---

<sup>2</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 77.

<sup>3</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 86.

<sup>5</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.17.

concepção, ao dispor que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”. Dissociando-se esta construção (do Estado Democrático de Direito), exurgem-se dois eixos principais: o Estado de Direito e a democracia. Com relação à democracia, trata-se de conceito com grande carga axiológica, de maneira que, o seu exame detalhado extrapola os limites objetivos do presente estudo. Fique-se, somente, portanto, com uma definição perfunctória, caracterizando-a como uma forma de governo em que a soberania é exercida pelo povo. O interesse principal reside, então, na figura do Estado de Direito. Para isso, elucidativas são as lições de Luís Roberto BARROSO. Segundo o constitucionalista, em sentido formal, é possível caracterizar a vigência de um Estado de Direito quando a ordem legal é respeitada não só pelos seus destinatários, mas, também, pelos órgãos de poder.<sup>6</sup> Ou seja, a ideia central de um Estado de Direito é de que as suas normas sejam respeitadas, também, pelos detentores do poder. E, assim, não há como se conceber a sua existência sem se considerar a vinculação de todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) à ordem jurídica, como um todo (e, principalmente, à Lei Fundamental). E, neste sentido, essencial que, em havendo o descumprimento dos preceitos legais (e constitucionais), surja, como medida consequencial, a necessária responsabilização do Estado.

Em síntese, é primordial que se reconheça a Constituição como dotada de normatividade, de maneira que se reduzam as discricionariedades da vontade do poder. E, ademais, que, uma vez vinculados a um Estado de Direito, os Poderes Públicos sejam responsabilizados pelo desrespeito às normas constitucionais.

É dentro deste cenário que exurge a responsabilidade civil do Estado por omissões legislativas inconstitucionais. Fenômeno este intrinsecamente relacionado com a necessidade de se concretizar as disposições constitucionais (reconhecendo-se a sua força normativa) e, ainda, de se responsabilizar o Estado diante do descumprimento das normas previstas na Lei Fundamental (em respeito ao Estado de Direito). Este é o assunto que será tratado, fundamentalmente, no presente trabalho. E, ainda, ao final, de maneira mais específica, será analisado um exemplo de omissão indenizável, representado pela ausência de regulamentação do art. 37, X, da Constituição Federal.

---

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 41.

Desta forma, o presente estudo encontra-se subdividido em três capítulos. No primeiro, serão examinadas as omissões legislativas inconstitucionais, abordando-se a sua origem nas normas de eficácia limitada, o seu conceito, a importância do elemento temporal para a sua caracterização, e, ainda, as omissões legislativas parciais e totais. Sequencialmente, no segundo capítulo, será enfrentada, essencialmente, a questão da responsabilidade civil do Estado por omissões legislativas inconstitucionais. Para isso, será analisada, em um primeiro momento, a evolução do instituto; continuamente, o enfoque voltar-se-á para a responsabilidade por comportamentos omissivos; por fim, serão investigados os fundamentos da responsabilidade por omissão legislativa inconstitucional. Ao cabo, no terceiro capítulo, será apresentado um exemplo de inércia legislativa: o caso do art. 37, X, da Constituição Federal. Este capítulo foi subdividido em três partes. Na primeira, será realizada uma análise sobre o dispositivo supracitado; na segunda e na terceira, serão investigados os argumentos levantados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do RE 565.089/SP, caso paradigmático a respeito do tema.

O que se pretende, assim, em suma, é explicitar os caminhos para a responsabilização do Estado diante de omissões legislativas inconstitucionais, a fim de que haja um alinhamento com as premissas acima aventadas (força normativa da Constituição e Estado Democrático de Direito).

## CAPÍTULO I – A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

### 1.1 As lacunas técnicas: as normas de eficácia limitada

O ordenamento jurídico não é hermético. Isto porque a lei jamais conseguirá abarcar a totalidade das relações sociais. E assim, fechada, também não é a obra do Constituinte. Como pondera Jorge MIRANDA, inexistente plenitude da ordem constitucional, assim como não há plenitude na ordem jurídica, como um todo.<sup>7</sup> A Constituição, portanto, apresenta-se como um sistema aberto.

Esta abertura constitucional é lastreada, como identifica Luís Roberto BARROSO, nos conceitos de incompletude e indeterminação de sentido. O diploma constitucional não é completo, pois não tem o propósito de regulamentar, integralmente, todas as situações fáticas. E, além disso, detém certa indeterminação de sentido em suas normas, na medida em que estas podem sofrer integração por intermédio da atuação do legislador ordinário e do intérprete.<sup>8</sup> Com isso, partindo-se do pressuposto de que a Constituição é um sistema incompleto, admite-se, como consectário lógico, a existência de questões que não encontram respaldo normativo em suas disposições. Ou seja, aceita-se que esta apresenta, internamente, as denominadas lacunas.

Clèmerson Merlin CLÈVE argumenta que na Lei Fundamental podem-se enxergar lacunas indesejadas e lacunas desejadas. As lacunas indesejadas seriam aquelas ofensivas ao plano constitucional e que poderiam ser supridas por meio de mecanismos convencionais de colmatação. No caso do Brasil, estes seriam aqueles disciplinados no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (analogia, costumes e princípios gerais de direito). Do outro lado, as lacunas desejadas comportariam duas figuras distintas. A primeira seria o silêncio eloquente, substancializado por matérias deliberadamente excluídas do texto constitucional e que, desta forma, repeliriam qualquer tipo de integração. A segunda se expressaria através das chamadas lacunas técnicas.<sup>9</sup> São estas últimas, as lacunas técnicas,

---

<sup>7</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 270.

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 87.

<sup>9</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 53.

que interessam no presente momento. São, por definição, “lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional, desejadas pelo Constituinte (...) e que, sendo, em princípio, colmatáveis exclusivamente pelo Legislador, implicam um dever de legislar”.<sup>10</sup> Em outras palavras, as referidas obrigam o legislador a desencadear um processo de integração normativa. Estas lacunas exprimem-se, basicamente, através das chamadas normas de eficácia limitada.

Mas por que estas normas de eficácia limitada impõem um dever de legislar ao Poder Legiferante? A resposta a esta indagação requer uma análise mais detalhada do seu conceito. Passa-se, assim, a esclarecê-lo.

Importante ressaltar, preliminarmente, que muitos foram os autores que se dedicaram a temática da eficácia das normas constitucionais. Dentre estes autores, podem-se citar Jorge Miranda<sup>11</sup>, Meirelles Teixeira<sup>12</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>13</sup>, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito<sup>14</sup>, Maria Helena Diniz<sup>15</sup>, entre outros. Em suma, muitos são os posicionamentos a respeito do assunto. Desta forma, sem se olvidar dos notórios trabalhos dos autores acima citados (e de outros já realizados), a guisa de se melhor entender o conteúdo das normas de eficácia limitada, utiliza-se, aqui, como referencial teórico, a classificação proposta por José Afonso da SILVA.

O autor distinguiu as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em três grandes grupos: normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; e normas de eficácia limitada, sendo estas subdivididas em declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípio programático.<sup>16</sup>

As primeiras normas (de eficácia plena) seriam aquelas que independeriam de uma atuação normativa posterior, produzindo, ou podendo produzir, efeitos

<sup>10</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>11</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 443-445.

<sup>12</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 1991, p. 317 e ss.

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. 1. ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21 e ss.

<sup>14</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 35-37.

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 107 e ss.

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86.

imediatos, desde a vigência da Constituição. As segundas, de eficácia contida (ou contível), diriam respeito às normas que, mediante intervenção legislativa ulterior, poderiam ter a sua plenitude restringida. Já as normas de eficácia limitada (as quais, especificamente, importam ao presente trabalho) refeririam-se àquelas que demandariam regulamentação legislativa ulterior para que pudessem produzir, integralmente, todos os seus efeitos. Exigiriam, portanto, uma complementação por parte do legislador ordinário, a fim de que lhes fossem conferidas eficácia e aplicabilidade plena. Estas últimas se ramificariam, como demonstrado anteriormente, em declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípio programático.<sup>17</sup>

José Afonso da SILVA caracteriza as normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos como aquelas que possuem, em seu bojo, a indicação de uma legislação futura, destinada a completar-lhes a eficácia e, ainda, a dar-lhes efetiva aplicabilidade. Podem ser impositivas, quando condicionam o legislador, obrigatoriamente, a confeccionar a norma integradora. Ou, ainda, facultativas, quando conferem ao Poder Legiferante discricionariedade para instituir, ou não, a lei regulamentadora.<sup>18</sup>

Por fim, as declaratórias de princípio programático, segundo o constitucionalista, diriam respeito às normas através das quais o Poder Constituinte restringiu-se a descrever, tão somente, os princípios a serem cumpridos, como se fossem programas das respectivas atividades. Comportariam três subespécies: as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, as normas programáticas referidas aos Poderes Públicos, e as normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral.<sup>19</sup> A diferença entre elas residiria no fato de que, nas primeiras, ao contrário das outras duas, haveria indicação expressa da necessidade de complementação legal para a efetiva implementação do programa.

A importância sobre a compreensão destas subdivisões das normas de eficácia limitada será mais bem explicada adiante. Por ora, relevante frisar, mais uma vez, o seu conceito: normas que demandam, para que possam produzir plenamente os seus efeitos, integração normativa posterior por parte do legislador.

---

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 88-121.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 121-135.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 135-164.



Explicitada a definição, necessário esclarecer, ainda, mais um detalhe. Estas, enquanto não complementadas, não se encontram desprovidas, totalmente, de qualquer grau normativo. Como assevera Luís Roberto BARROSO, estas normas não são completamente privadas de normatividade.<sup>20</sup> Isto porque, todas as normas constitucionais possuem, ao menos, uma eficácia mínima. E isso não é diferente com as normas de eficácia limitada.

Clèmerson Merlin CLÈVE trata dos desdobramentos das duas dimensões desta eficácia mínima – negativa e positiva. Numa dimensão negativa, surgiriam como efeitos: a revogação dos atos normativos contrários, a impossibilidade de o legislador dispor de modo diverso, e, além disso, a atribuição de direitos subjetivos negativos (de se exigir uma abstenção estatal). Paralelamente, em uma dimensão positiva, a eficácia mínima operaria os seguintes resultados: balizamento da orientação constitucional, guiando o intérprete e o legislador ordinário, e, ademais, o condicionamento do Poder Legislativo, possibilitando, aos destinatários, a reclamação quanto à concretização das suas disposições. Afirma o jurista, por fim, que se, de um lado, pode-se assegurar que todas as normas, em princípio, produzem idêntica eficácia negativa, o mesmo não pode ser verificado no tocante à eficácia positiva, vez que, aqui, os graus se diferem.<sup>21</sup>

Portanto, as normas de eficácia limitada, como salientado, exigem uma integração ordinária *a posteriori*, mas não para que lhes seja atribuída normatividade (porque estas já a possuem, ainda que em menor grau), e sim para que lhes seja possibilitada a produção plena de sua eficácia positiva. Em outras palavras, estas só terão aptidão para produzir, integralmente, seus efeitos positivos, se o comando constitucional for complementado pelo legislador ordinário.

Em síntese, e respondendo-se ao questionamento anteriormente suscitado, as normas de eficácia limitada, expressões das chamadas lacunas técnicas, impõem ao legislador um dever constitucional de legislar, porque, sem a devida *interpositio legislatoris*, os seus efeitos não se operarão integralmente. Assim, caso o legislador não cumpra com o agir imposto pela Constituição, os efeitos positivos destas normas não serão plenamente alcançados.

---

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 215.

<sup>21</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 321.

Desta forma, está-se retirando a efetividade da obra do Constituinte. E é por isso que a violação deste dever de legislar, imposto pela Lei Fundamental, pode dar ensejo à inconstitucionalidade por omissão legislativa.

## 1.2 A definição de omissão legislativa inconstitucional

André PUCCINELLI JÚNIOR, buscando identificar um núcleo mínimo para o conceito de inconstitucionalidade, salienta que o vício designa uma desconformidade direta e imediata entre um comportamento violador, de um lado, e a Lei Fundamental, de outro. Com isso, a lesão que impactasse sobre norma interposta, refletindo indiretamente sobre a Constituição, não poderia ser alçada ao *status* de inconstitucionalidade, pois se constituiria, apenas, em mera ilegalidade. Inconstitucional seria, tão somente, a violação direta à norma da Constituição.<sup>22</sup>

Ademais, mister se faz ressaltar que os comportamentos violadores da obra do Constituinte podem materializar-se tanto em atos comissivos como em atos omissivos. A Constituição, portanto, pode ser transgredida tanto com fundamento em uma ação (natureza positiva), como com base em uma omissão (natureza negativa).

Das duas premissas acima assentadas, pode-se extrair o conceito das omissões inconstitucionais. Estas poderiam ser identificadas, assim, quando determinado ato que era exigido por norma da Lei Fundamental, injustificadamente, deixa de ser praticado.

Vale ressaltar que as omissões inconstitucionais estão presentes em todos os Poderes. Clèmerson Merlin CLÈVE destaca que há um cenário, na contemporaneidade, de heterovinculação: a Constituição vincula todos os Poderes, inclusive o Legislativo. Desta maneira, pode-se verificar inconstitucionalidade por omissão de medida político-administrativa, de medida judicial e de medida legislativa.<sup>23</sup>

Contudo, é no campo destas últimas, das omissões inconstitucionais legislativas, que o controle se torna mais tormentoso. Isto porque existe uma linha

---

<sup>22</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.125-126.

<sup>23</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 319 e p. 322.

tênue entre a discricionariedade do legislador e o estrito cumprimento do dever imposto pela Constituição. Sobre a questão, esclarece Luís Roberto BARROSO:

A inconstitucionalidade por omissão, como um fenômeno novo, que tem desafiado a criatividade da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores, é a que se refere à inércia na elaboração de *atos normativos* necessários à realização dos comandos constitucionais. Como regra, legislar é uma faculdade do legislador. A decisão de criar ou não lei acerca de determinada matéria insere-se no âmbito de sua discricionariedade ou, mais propriamente, de sua *liberdade de conformação*. De ordinário, sua inércia ou sua decisão política de não agir não caracterizarão comportamento inconstitucional. Todavia, nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma regulamentadora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão.<sup>24</sup>

Assim, a omissão legislativa inconstitucional pode ser definida, em um primeiro momento, como o descumprimento do dever de legislar imposto por norma constitucional certa e determinada. Nesse sentido, imprescindível frisar que “ela não é aferida em face do sistema constitucional em bloco, mas em face de uma norma constitucional específica, cuja exequibilidade é dependente de integração normativa”.<sup>25</sup>

Como demonstrado anteriormente, as normas constitucionais que dependem, para a concreção integral de seus efeitos, de integração ordinária superveniente, são as normas de eficácia limitada, expressões das denominadas lacunas técnicas. Desta forma, a referência à omissão legislativa inconstitucional só pode ser realizada quando se está diante destas normas, que impõem ao legislador um dever de agir.

Contudo, a fim de se eliminarem possíveis imprecisões terminológicas, faz-se necessária uma pequena ponderação. Como visto, dentro do campo das normas de eficácia limitada, partindo-se das categorizações propostas por José Afonso da SILVA, podem ser identificadas, dentre estas, duas subespécies: as normas declaratórias de princípios institutivos (subdivididas em impositivas e facultativas) e as normas declaratórias de princípio programático (decompostas em normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, normas programáticas referidas

---

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 224.

<sup>25</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Op. cit.*, p. 132.

aos Poderes Públicos e normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral).<sup>26</sup>

O que se pretende dizer, aqui, é que não são todas estas, apesar de se configurarem, genericamente, em normas de eficácia limitada, que impõem ao legislador o dever de legislar.

Este dever só é qualificado frente às normas declaratórias de princípios institutivos impositivas e, ainda, perante as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade. A afirmação fundamenta-se no fato de que, nestas duas, o comando constitucional, expressamente, evidencia a necessidade da edição de uma legislação ordinária superveniente, obrigando, por consequência, o Poder Legislativo. Nas demais, isto não é verificado. Nas normas declaratórias de princípios institutivos facultativas, por exemplo, a complementação legal é posta a critério do legislador, que, dentro de sua liberdade de conformação, poderá decidir, ou não, pela criação da lei. O mesmo ocorre com as normas programáticas referidas ao Poderes Públicos e as normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral, que, no mais das vezes, sequer fazem referência, explícita, à necessidade de regulamentação.

Delimitando-se o campo de incidência das omissões legislativas inconstitucionais, vê-se, portanto, que o dever de legislar é imposto, tão somente, nas normas declaratórias de princípios institutivos impositivas e nas normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade. Frise-se, mais uma vez, que a constatação leva em consideração o referencial teórico utilizado.<sup>27</sup> Assim, descumprindo-as, o legislador deixa de fazer algo que lhe era determinado, positivamente, pela obra do Constituinte, implicando, como consequência, em uma inércia legislativa inconstitucional.

Destaca-se, no presente momento, que para José Joaquim Gomes CANOTILHO, ao contrário do acima afirmado, a omissão legislativa inconstitucional não se vislumbra nos casos de normas programáticas (normas-fim ou normas-tarefa). Isto porque estas se configurariam, segundo o constitucionalista, antes de tudo, em imposições gerais e abstratas, que não se confundiriam com a violação de preceitos constitucionais concretamente impositivos. Estas normas programáticas,

---

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 121-164.

<sup>27</sup> Adota-se, como referencial, a classificação proposta por José Afonso da Silva na obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86.

que propõem a persecução de certos fins e objetivos, demandariam, para sua concreção, de luta política e de instrumentos democráticos (e não dos mecanismos de controle atinentes às omissões legislativas).<sup>28</sup>

Todavia, inobstante as argumentações trazidas pelo jurista português, Clèmerson Merlin CLÈVE pondera que, quando se está diante da realidade brasileira, a exclusão não se aplica, tendo em vista que, ao menos no Brasil, “qualquer imposição constitucional ou ordem de legislar, seja abstrata ou concreta, desde que definida em norma certa e determinada, pode fundamentar, havendo inércia, omissão inconstitucional”.<sup>29</sup> Portanto, as normas programáticas, estabelecedoras de deveres gerais, também poderiam originar a inconstitucionalidade por omissão.

A omissão legislativa inconstitucional se verifica, desta forma, quando o dever de legislar (geral ou especial) imposto ao Poder Legiferante, mediante norma constitucional individualizada, deixa de ser cumprido, de maneira injustificada. Assim, está-se impedindo que a norma constitucional produza, integralmente, todos os seus efeitos positivos. Entretanto, a definição, para tornar-se completa, carece de uma pequena complementação.

Nesta esteira, úteis as lições de Paulo MODESTO. O autor identifica os elementos primordiais da inconstitucionalidade por omissão legislativa. De acordo com ele, quatro aspectos materializariam esta inconstitucionalidade: i) inércia de atividade; ii) de certa norma constitucional, de eficácia limitada; iii) consistente na violação de uma norma que imponha um dever geral ou especial; iv) constatada a partir de um juízo concreto sobre o transcurso do tempo.<sup>30</sup>

Os três primeiros elementos já foram tratados. Evidente, portanto, que ausente a análise sobre o último elemento definidor: o tempo. Este será tratado, isoladamente, no tópico seguinte. A escolha deveu-se ao fato de este exprimir relevância ímpar no momento da caracterização da omissão legislativa inconstitucional, como se verá.

---

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 1021-1022.

<sup>29</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 325.

<sup>30</sup> MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. *Inconstitucionalidade por omissão, categoria jurídica e ação constitucional específica*. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 99, 1991, p. 121 *apud* CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 327.

### 1.3 O tempo e a caracterização da omissão legislativa inconstitucional

Como demonstrado anteriormente, as omissões legislativas inconstitucionais decorrem das chamadas lacunas técnicas. Estas seriam aquelas desejadas pelo Constituinte e inofensivas ao texto constitucional, e que exigiriam, para o seu suprimento, integração legislativa posterior. Por este motivo, exteriorizariam-se, basicamente, por meio das normas de eficácia limitada.

Contudo, instantaneamente, não se pode falar em inconstitucionalidade por omissão legislativa. Explica-se: as normas de eficácia limitada, por tratarem-se de expressões de lacunas desejadas e não ofensivas à Lei Fundamental, são, antes de tudo, opções feitas pelo Constituinte. Desta forma, não se pode concordar que o legislador seja cunhado de omisso imediatamente, tendo em vista que o processo de elaboração legislativa demanda o cumprimento de determinadas etapas. Em outras palavras, a atribuição da inconstitucionalidade não é automática. Nesta esteira, basilares são as lições de Clèmerson Merlin CLÈVE, para quem:

As lacunas técnicas ou de legislação podem consistir em “situações jurídicas imperfeitas” (omissões constitucionais e omissões constitucionais em trânsito para a inconstitucionalidade); todavia, no caso de inércia mantida por um período não razoável, ultrapassada a linha perimétrica-limite, deslocam-se para o território conceitual da “omissão inconstitucional”, com as consequências jurídicas que esse lugar é capaz de impulsionar. É preciso ver, então, que a omissão inconstitucional configura um *plus* em relação às “situações jurídicas imperfeitas”. A inconstitucionalidade por omissão conta com um elemento adicional para sua caracterização: o *tempo*.<sup>31</sup>

Desta feita, situações jurídicas imperfeitas podem, desde que ultrapassado lapso de tempo razoável, transformarem-se em omissões legislativas inconstitucionais.

O dever de legislar, imposto pela Lei Fundamental, não deve ficar ao alvedrio exclusivo do legislador, sob pena de, em assim se permanecendo, estar se retirando da Constituição a efetividade de suas normas. Inexistindo limitação temporal, como realça André PUCCINELLI JÚNIOR, os órgãos públicos seriam dotados de máxima liberdade na atuação legislativa, o que, em última análise,

---

<sup>31</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 326.

acabaria por acarretar, fundamentalmente, na própria ineficácia da Lei Fundamental.<sup>32</sup>

Em síntese, o que se pretende dizer é que “o não fazer em “tempo útil” pode levar à caracterização da inconstitucionalidade por omissão”.<sup>33</sup>

Todavia, quando nos referimos à apreciação do fator tempo para a demarcação da omissão, duas situações distintas se apresentam. Vale dizer, existem normas constitucionais que, em seu bojo, expressam, explicitamente, o prazo para a efetivação da integração normativa, enquanto, em outras, essa fixação é inexistente. A própria Constituição pode, ou não, delimitar o tempo em que as medidas legislativas necessárias à colmatação tenham de ser implementadas pelo legislador ordinário.

Na primeira hipótese, em que há a fixação do prazo, o exame da questão se torna menos sinuoso. A inconstitucionalidade só se restará delimitada quando transcorrido o prazo estipulado pelo Constituinte. Essa constatação não é difícil. Aqui, qualquer análise que pudesse recair sobre o tempo foi realizada pelo próprio Poder Constituinte originário, retirando-a dos destinatários da norma. Transcorrido o prazo e não providenciada a lei integradora, omissa será o Poder Legiferante. Como corolário lógico, saliente-se que, enquanto não escoado o prazo previamente definido, insubsistentes serão as alegações sobre a inconstitucionalidade da omissão. O legislador, nesta situação, ainda se encontrará escusado pelo comando constitucional. Entretanto, no instante imediatamente posterior ao transcurso do prazo, desde que não editada a lei, verificar-se-á a omissão legislativa inconstitucional, sendo esta, outrossim, passível de controle pelos mecanismos disponíveis.

Contudo, a temática encontra maiores desafios na segunda situação, quando a obra do Constituinte não fixa, de antemão, o prazo. Aqui, o exame da inconstitucionalidade fica adstrito a um juízo sobre a razoabilidade do tempo.

Flávia PIOVESAN, ao discorrer sobre o assunto, utiliza-se da doutrina de Recasen Siches, criador da lógica do razoável. Deste modo, a razoabilidade encontraria-se atrelada à realidade concreta, *locus* onde se opera o Direito. Seria influenciada, assim, pelo mundo social. Ademais, esta estaria imbuída por uma série de valorações, critérios, que devem levar em consideração não só todas as

---

<sup>32</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Op. cit.*, p. 135.

<sup>33</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p.82.

possibilidades, como, também, todas as restrições reais observáveis. Assenta a autora, com isso, que a inconstitucionalidade ficará caracterizada quando se concluir que o ato, ao longo do íterim transcorrido, poderia, ou, mais ainda, deveria ter sido emitido.<sup>34</sup> Isto é, o exame da razoabilidade do tempo, e da conseqüente identificação da omissão, perpassa por uma análise complexa sobre aspectos sociais, históricos e valorativos.

André PUCCINELLI JÚNIOR, por sua vez, salienta que a concepção do prazo razoável, por faltar-lhe uma definição *a priori*, ficará a cargo do intérprete. Este, para a identificação deste prazo, deverá examinar os valores fundamentais violados e, ainda, o campo de incidência da norma sem eficácia. À luz destes elementos, verificar-se-á, segundo o autor, uma relação de proporcionalidade: quanto maior a relevância da matéria constitucional violada, menor o prazo concedido ao legislador para produção da norma integradora. Para o jurista, ademais, inexistente óbice para a utilização analógica de outros dispositivos constitucionais, a fim de que se possa identificar o *termo a quo* da omissão. Nesse sentido, nada impediria, por exemplo, a utilização do tempo fixado para a conclusão de projetos urgentes de iniciativa do Presidente da República, insculpido no art. 64, § 2º, da Constituição Federal, como parâmetro para a definição do tempo razoável para a regulamentação de normas que dependam de iniciativa, privativa, do Chefe do Executivo Federal.<sup>35</sup>

A respeito desta temática, ainda, importante a ponderação de José Joaquim Gomes CANOTILHO, para quem “os momentos decisivos para a verificação da existência da inconstitucionalidade são mais a importância e a indispensabilidade da mediação legislativa (...) do que a fixação de eventuais limites *ad quem*”.<sup>36</sup>

Depreende-se, portanto, sinteticamente, que a análise do tempo razoável não admite a estipulação de fórmulas pré-determinadas. A sua definição variará de acordo com o caso concreto. Ressalvadas as situações em que o lapso temporal encontre-se previamente fixado na norma constitucional, este juízo de valor recairá sobre a responsabilidade do intérprete. Competirá a este, assim, a sua demarcação, sopesando-se todos os elementos envolvidos, com o intuito de se avaliar a caracterização, ou não, da omissão legislativa inconstitucional.

---

<sup>34</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 82-83.

<sup>35</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>36</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1025.



Por tudo isso, a importância de se analisar o fator tempo, em separado. As omissões podem ser constitucionais. Todavia, escoado lapso de tempo razoável, desde que inexistente o prazo na própria norma constitucional, delimitada estará a postura inerte do legislador frente ao dever que lhe fora imposto pelo Constituinte. Com isso, caracterizada estará a omissão legislativa inconstitucional.

Assim, em resumo, conceitualmente, a omissão legislativa inconstitucional pode ser definida como a violação, depois de transpassado lapso de tempo razoável, de norma constitucional certa e determinada, que impunha ao Poder Legiferante o dever de legislar. Referida inação impede, outrossim, que a norma constitucional produza, plenamente, todos os seus efeitos positivos.

#### **1.4 A omissão legislativa total e a omissão legislativa parcial**

Cumpre-se mencionar, aqui, que o dever de legislar imposto por norma constitucional certa e determinada pode ser descumprido de duas formas: integral ou parcialmente. Esta distinção, relacionada à completude do cumprimento da ordem imposta pela Constituição, permite distinguir as omissões legislativas inconstitucionais em totais ou parciais.

Assim, como salienta Clèmerson Merlin CLÈVE, a inconstitucionalidade poderá ser total, quando relacionada à não satisfação integral do dever de legislar, ou ainda, parcial, quando interligada com a não satisfação parcial da imposição.<sup>37</sup> Em outras palavras, o legislador pode, simplesmente, não editar a lei que o comando constitucional exigia, ou ainda, editá-la de maneira não satisfatória, frustrando o alcance almejado pelo Constituinte. No primeiro caso, estar-se-á diante de uma omissão total, enquanto, no segundo, restará caracterizada a omissão parcial.

Necessário evidenciar que esta classificação não é a única apresentada pelos autores. Clèmerson Merlin CLÈVE, ao discorrer sobre as modalidades de omissão, identifica outras duas categorizações propostas pela doutrina: omissões formais e materiais, e, ainda, omissões absolutas e relativas. As omissões formais

---

<sup>37</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 327.

diriam respeito à inexistência de processo legislativo destinado à confecção da norma integradora. Em contrapartida, a omissão material relacionaria-se com o processo desencadeado ofensivo à Constituição, e, mais especificamente, ao princípio da isonomia. No mais, as omissões absolutas refeririam-se à estrita violação do dever de legislar autônomo imposto pela Constituição, enquanto as omissões relativas correlacionariam-se com a não observação da cláusula constitucional da igualdade. O autor sintetiza as classificações destacando que as omissões totais e formais sempre corresponderão às omissões absolutas. Do outro lado, as omissões parciais e materiais poderão assumir o *status* de absolutas, quando se tratarem da não observação satisfatória de um dever de legislar autônomo e, ainda, de relativas, quando fizerem respeito ao descumprimento do princípio da isonomia.<sup>38</sup>

Com o intuito de simplificar a compreensão, permanece-se, tão somente, com a distinção entre omissões totais e omissões parciais. As omissões totais não apresentam maiores problemas.

As dificuldades emanam do estudo das omissões parciais. André PUCCINELLI JÚNIOR destaca tratar-se este de um fenômeno eivado de complexidades, tendo em vista que a sua ocorrência pode sinalizar, também, a ingerência na seara da denominada exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia, o que, não raramente, se confunde com a inconstitucionalidade por ação.<sup>39</sup> Esta exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia se apresentará sempre que indivíduos com situações jurídicas idênticas (ou, no mínimo, semelhantes) receberem tratamento legislativo diferenciado. A lei, nestes casos, acabará por favorecer determinadas pessoas, em detrimento de outras, sem nenhuma justificativa. Atribuem-se vantagens a um grupo, excluindo estas de outro, situado na mesma posição e que, por isso mesmo, deveria recebê-la de maneira igualitária.

Flávia PIOVESAN explicita que, verificado o presente cenário (da exclusão de benefício), um dilema se impõe aos tribunais. Estes poderiam, verificado o tratamento não isonômico, declarar a inconstitucionalidade das normas, fundamentando a decisão, assim, na ocorrência de uma ação inconstitucional por parte do legislador. Ou, de outra forma, como uma segunda hipótese, poderiam

---

<sup>38</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 328.

<sup>39</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Op. cit.*, p. 138.

estes reconhecer a omissão legislativa parcial, estendendo a vantagem conferida a todos os indivíduos que lhe fariam jus, por se encontrarem em situação idêntica.<sup>40</sup>

André PUCCINELLI JÚNIOR, analisando atentamente a questão, destaca algumas soluções alternativas àquelas anteriormente citadas. Tratariam-se, outrossim, de medidas intermediárias. Assim, poder-se-ia, nestes casos, haver o reconhecimento de uma “situação jurídica imperfeita”, ou seja, de uma omissão legislativa ainda constitucional, possibilitando, ao legislador, a edição, em tempo razoável, de lei que buscasse restabelecer o tratamento isonômico. Ou, para além disso, como outra hipótese, exsurgiria a possibilidade de haver a declaração de inconstitucionalidade da lei sem pronúncia de nulidade, evitando-se que as vantagens lícitamente concedidas a uma categoria lhes fossem retiradas (na medida em que o que se pretende é conferir máxima efetividade à norma).<sup>41</sup>

Sobre esta última alternativa, a declaração de inconstitucionalidade da lei sem pronúncia de nulidade, Gilmar Ferreira MENDES, analisando comparativamente o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, país em que a referida modalidade decisória já foi incorporada pelo Tribunal Constitucional desde 1970 (através da Lei do *Bundesverfassungsgericht*), destaca a relevância da mesma como técnica para a superação das omissões legislativas, asseverando que:

A implantação de uma sistemática especial para o controle da omissão legislativa e o reconhecimento de que, em caso de violação constitucional em virtude de omissão – independente do tipo de processo em que essa omissão se verifique –; a eliminação da omissão deva ser fundamentalmente realizada por intermédio do legislador, levam a admitir a necessidade do desenvolvimento da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade também no controle abstrato de normas.<sup>42</sup>

André PUCCINELLI JÚNIOR pondera, ainda, que, no Brasil, quando se está diante da omissão parcial, e, mais especificamente, diante da exclusão arbitrária de vantagens, a jurisprudência dos tribunais superiores, majoritariamente, adota uma postura bastante conservadora e rígida sobre o assunto. Pauta-se, basicamente, no disposto na Súmula 339<sup>43</sup> do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo a qual não

<sup>40</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 84.

<sup>41</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 327-328.

<sup>43</sup> Os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) aprovaram o Projeto de Súmula Vinculante nº 88, que converteu a Súmula 339 na Súmula Vinculante 37, mantendo-se outrossim, a mesma redação: “Não cabe ao poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”.

competiria “ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”. Impede-se, como consectário lógico, que os benefícios sejam estendidos às categorias não contempladas.<sup>44</sup>

Vê-se, portanto, que o conteúdo entorno das omissões parciais revela-se um tanto quanto tormentoso. Isto ocorre em função da proximidade existente, nestes casos, entre a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão. A aproximação suscita dúvidas e questionamentos acerca da identificação da inconstitucionalidade e do melhor posicionamento a ser empregado nestas situações.

Imperioso destacar, aqui, que para José Joaquim Gomes CANOTILHO a distinção entre a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão residiria na intenção deflagrada pelo Poder Legislativo quando da edição da lei (e do conseqüente favorecimento de certas pessoas). Assim, caso o legislador, deliberadamente, excluísse determinados grupos, concedendo vantagens, arbitrariamente, a determinados indivíduos, estar-se-ia diante de uma inconstitucionalidade por ação (hipótese que o autor denomina de exclusão expressa ou explícita). Por outro lado, caso o tratamento não uniforme resultasse de uma imprecisa avaliação das situações fáticas, inexistindo propósito de contemplação unilateral, caracterizada estaria a inconstitucionalidade por omissão (cenário denominado, pelo jurista, de incompletude regulativa).<sup>45</sup>

Todavia, a guisa de conclusão, necessário evidenciar que, independente de tudo isso, “o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, seja total, seja parcial, está relacionado à busca de conferir efetividade às normas constitucionais”.<sup>46</sup> Por isso, o seu exame não pode se afastar deste ponto. Imprescindível que a Constituição seja dotada de máxima efetividade, a fim de que os seus dispositivos possuam eficácia e aplicabilidade plena.

---

<sup>44</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>45</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1023.

<sup>46</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 85.

## CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

### 2.1 Evolução da Responsabilidade Civil do Estado

Primeiramente, há que se assentar o pressuposto de que não se trata de responsabilidade contratual do Estado. Esta se rege por princípios e fundamentos próprios. Tratar-se-á, tão somente, da responsabilidade extracontratual estatal. Ademais, importante ressaltar, desde já, que o raciocínio se desenvolverá em termos de responsabilidade do Estado relativa à sua função administrativa, para que, posteriormente, se possa compreender, com mais clareza, os contornos da responsabilidade do Estado Legislador.

Celso Antônio Bandeira de MELLO define a responsabilidade extracontratual do Estado como sendo aquela correspondente à obrigação, que lhe é incumbida, de reparar economicamente os danos lesivos à esfera jurídica de outrem, em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, que lhe sejam imputáveis.<sup>47</sup> Vários outros autores apresentarão conceitos semelhantes.

Todavia, cumpre-se registrar, aqui, que este entendimento não é uníssono, subsistindo, vozes destoantes. Nesta esteira, destaca-se o posicionamento de Marçal JUSTEN FILHO, para quem a responsabilização extracontratual estatal deve derivar de ações ou omissões antijurídicas, não compartilhando com a forte tendência doutrinária (acima exposta) em se reconhecer a responsabilidade civil do Estado, também, por atos lícitos.<sup>48</sup>

A par destas divergências quanto à responsabilização nos casos de comportamentos lícitos, pode-se admitir, que, contemporaneamente, aceita-se, sem maiores digressões, a responsabilização civil estatal por danos causados a terceiros. Contudo, importante mencionar que, nem sempre, isto aconteceu.

---

<sup>47</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 977.

<sup>48</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1300.

O Estado mudou de feições. Assim, a história do instituto da responsabilidade civil reflete uma contígua evolução e ajustamento deste às particularidades do Estado, progredindo continuamente, como se verá, para uma crescente extensão dos casos de sua responsabilização.<sup>49</sup> Por isso mesmo, “não se mostra dispensável uma análise sinóptica da evolução do instituto, nos limites do necessário à compreensão da responsabilidade civil do Estado em sua conformação atual”.<sup>50</sup>

Como destaca Luciano FERRAZ, esta construção da responsabilidade extracontratual estatal foi obra, principalmente, da jurisdição administrativa francesa, através da construção pretoriana de seu Conselho de Estado. Posteriormente, expandiu-se para os ordenamentos jurídicos romanistas e, bem mais tarde, para os Estados Unidos (por intermédio do *Federal Tort Claims*, de 1946) e para a Inglaterra (através do *Crown Proceeding Act*, em 1947).<sup>51</sup> Por tudo isso, inevitáveis as referências, neste ponto, como pondera Celso Antônio Bandeira de MELLO, aos marcos encontrados no Direito francês.<sup>52</sup>

Foram várias as fases (e conseqüentes teorizações) pelas quais perpassou o instituto. Sinteticamente, pode-se dividir as teorias que se debruçaram sobre o tema, ao longo da história, da seguinte maneira: teoria da irresponsabilidade; teorias civilistas: dentre elas, teoria dos atos de império e de gestão e teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva; e, por fim, as teorias publicistas: teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço e teoria do risco integral e administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva.<sup>53</sup> Necessário explicitar, ainda que perfunctoriamente, cada uma delas.

A fase da irresponsabilidade era cunhada “(...) pelas fórmulas: “Lei roi ne peut mal faire” e “The King can do no wrong”, ou, em nossa língua: “O rei não pode fazer mal” e “O rei não erra””.<sup>54</sup> Romeu Felipe BACELLAR FILHO discorre que, nesta fase, a ausência da responsabilização justificava-se pelo fato de que, nos Estados

<sup>49</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 982.

<sup>50</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p.16.

<sup>51</sup> FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão legislativa – o caso do art. 37, X, da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 210.

<sup>52</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 984.

<sup>53</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 643.

<sup>54</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 840.

absolutistas ou despóticos, o monarca era tido como um receptor das vontades divinas, sendo que, por este propósito, seus atos eram pretensamente irremissíveis. Ademais, aceitar a responsabilidade seria submeter os atos estatais à mesma qualidade dos súditos, o que, por obviedade, seria inadmissível.<sup>55</sup>

Ainda, conforme magistério de Celso Antônio Bandeira de MELLO, a assertiva do “*The King can do not wrong*” não representava, por si só, uma completa desproteção dos administrados. Na França, admitia-se esta quando a lei expressamente previsse, bem como por danos resultantes da gestão do domínio privado do Estado, e além disso, nos casos de danos originários das coletividades públicas locais. Ademais, a irresponsabilidade era temperada, também, pela admissão da possibilidade de responsabilização dos funcionários públicos (esta mitigada pela existência de uma garantia administrativa, através da qual as ações contra estes funcionários, para serem movidas, dependeriam de aprovação do Conselho de Estado francês).<sup>56</sup> Outros autores também se manifestam no sentido da inexistência de integral desproteção dos administrados, mesmo durante este íterim da teoria da irresponsabilidade.<sup>57</sup>

Contudo, sequencialmente, como alerta Odete MEDAUAR, com o crescente reconhecimento dos direitos individuais em face do Estado, e, mais ainda, com a ideia de submissão do Estado ao direito, essa teoria deixou de prosperar.<sup>58</sup>

Transpassado este momento, passou-se, gradativamente, a admitir-se a responsabilidade do Estado. No entanto, aqui, ainda, a responsabilização detinha como supedâneo os princípios inerentes ao Direito Civil. Diz-se, portanto, das denominadas teorias civilistas. São, como visto, duas: a teoria dos atos de império e de gestão e teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO esclarece que, num primeiro momento, passou-se a distinguir, com o intuito de se aventar a responsabilização do Estado, entre atos de império e atos de gestão. Os primeiros seriam aqueles praticados com todas as prerrogativas e privilégios pela Administração e, para além disso, seriam impostos imperativamente e coercitivamente aos particulares, independentemente

<sup>55</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 212.

<sup>56</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 985-986.

<sup>57</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 746; também BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 212; e, ainda, GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 840.

<sup>58</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 365.

de autorização judicial; reger-se-iam, outrossim, por um direito especial, alheio ao Direito comum. Já os segundos, em contrapartida, diriam respeito àqueles atos exercidos pela Administração em pé de igualdade com os particulares, contingenciais, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para gerenciamento dos serviços prestados; submetiam-se, assim, ao Direito comum. No tocante à responsabilidade civil do Estado, esta restaria admitida, tão somente, com relação aos atos de gestão.<sup>59</sup> A crítica a esta primeira teoria reside no fato de que, em que pese à tentativa de dissociação, como afirma Romeu Felipe BACELLAR FILHO, o Estado sempre age na qualidade de Estado, seja por meio de seus agentes administrativos, seja por intermédio de seus agentes políticos.<sup>60</sup> Daí a insustentabilidade da referida.

Continuamente, superada esta fase, mas, reafirme-se, ainda dentro do âmbito das teorias civilistas, exurgiu a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva. Assim, conforme assevera Romeu Felipe BACELLAR FILHO, nesta concepção, que inspirou o artigo 15 do Código Civil Brasileiro de 1916, o Estado seria responsabilizado pelos atos de seus agentes, se, e somente se, fosse comprovada a culpa ou dolo dos mesmos.<sup>61</sup> Porém, a adoção deste entendimento acabava por representar um ônus excessivo para a vítima, que já se encontrava em posição de vulnerabilidade. Refletia, por este motivo, a dificuldade em se obter a reparação pelos danos outrora suportados.<sup>62</sup>

Mais uma vez, vê-se que as teorias até então elaboradas, não davam conta de suprir, de maneira adequada, as situações oriundas dos danos provocados a terceiros pela atuação dos agentes públicos. Orienta-se, desta feita, como consequência, no sentido de uma publicização da responsabilidade. Daí o advento das teorias publicistas. Estas, também, assim como as teorias civilistas, são duas: teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço e teoria do risco administrativo (ou integral) ou teoria da responsabilidade objetiva.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO infere que o primeiro grande passo dado no sentido de se perquirir a responsabilidade extracontratual do Estado, a partir de princípios do Direito público, deu-se com a jurisprudência francesa, através do

<sup>59</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 644-645.

<sup>60</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 213.

<sup>61</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 213.

<sup>62</sup> Neste sentido: MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 361; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 213; GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.* p. 841.



famoso *arrêt* Blanco, de 1873.<sup>63</sup> E não são poucas as referências da doutrina administrativista ao caso julgado pelo Tribunal de Conflitos Francês.<sup>64</sup> *Data vênia*, há que se ponderar, neste ponto, que, em *arrêt* anterior, conhecido como Rotchlid (1855), o referido Tribunal já havia se manifestado de maneira semelhante, como ponderam Luciano FERRAZ e, ainda, Emerson GABARDO e Daniel W. HACHEM.<sup>65</sup>

Emerson GABARDO e Daniel W. HACHEM, ademais, destacam as principais contribuições do famoso caso Blanco, de 1873: o reconhecimento da inaplicabilidade do Código Civil às situações de responsabilidade civil do Estado; a afirmação da especificidade da matéria na seara administrativa; a ajustabilidade do regime jurídico da responsabilização em virtude do objetivo do serviço público; e, por fim, a competência da jurisdição administrativa para a apreciação destes casos.<sup>66</sup>

Inegável, porém, que, como fruto destas orientações, desenvolve-se a teoria do *faute du service*, também designada como culpa do serviço, ou culpa administrativa. Conforme o magistério de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, aqui, o Estado seria responsabilizado nos casos de não-funcionamento, mau funcionamento ou funcionamento atrasado dos seus serviços. Com isso, a ideia do agir doloso ou culposos desvincula-se da figura do agente e passa a ser transportada para a própria estrutura do Estado.<sup>67</sup> Emerson GABARDO e Daniel W. HACHEM sintetizam, de forma bem clara, as duas ideias principais desta teoria: a distinção entre *faute du service* (falta não destacável das funções do agente público) e *faute personnelle* (falta que pode ser separada das funções exercidas pelo funcionário) e, adicionalmente, a imputação de responsabilidade, de maneira direta, ao serviço, sem perquirição de participação de qualquer agente.<sup>68</sup>

Ainda dentro do seio das teorias publicistas, vê-se que, sem olvidar-se da teoria da culpa do serviço (ou culpa administrativa), como bem assenta Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, o Conselho de Estado francês passou a utilizar, em determinadas situações, da teoria do risco, que serve como supedâneo para a

<sup>63</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 645.

<sup>64</sup> Cf., como exemplo, BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 214.

<sup>65</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 254. E, ainda: FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 210.

<sup>66</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, 2010, p. 254

<sup>67</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 214.

<sup>68</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 254.

responsabilidade objetiva do Estado.<sup>69</sup> Isto porque, “o Estado, no afã de desincumbir-se da missão que lhe afeta, corre sempre o risco de causar danos ao patrimônio de terceiros. Por esta razão, uma vez ocasionado o dano é dever do Estado recompô-lo (...)”.<sup>70</sup>

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO assevera que, nesta teoria, uma vez que a atividade estatal envolve um risco de dano, inerente à sua atuação, a culpa é substituída pela ideia atinente ao nexo de causalidade. Por isso, dentro desta concepção, é prescindível a análise do funcionamento do serviço público, se funcionou bem ou mal. Basta assim, que sejam identificados os seguintes elementos: prática de um ato lícito ou ilícito por um agente público; o acontecimento, em decorrência da conduta, de um dano específico e anormal; e, ainda, a verificação do nexo de causalidade entre o comportamento e o dano. Não há, portanto, averiguação do elemento subjetivo.<sup>71</sup>

Por isso mesmo, por esta ausência de necessidade de identificação de culpa ou dolo, é que se faz a referência a objetividade da responsabilidade. Segundo ODETE MEDAUAR, alguns princípios informam a ideia da responsabilidade objetiva. Primeiramente, o próprio sentido de justiça (equidade), em virtude do qual o causador do prejuízo fica obrigado a reparar o dano. Ademais, como outro princípio informador, ressalta o princípio da igualdade de todos ante os ônus e encargos públicos, de maneira que, se todos se beneficiam das atividades, todos (representados pelo Estado) devem compartilhar dos danos que estas causem a alguém.<sup>72</sup>

Há que se salientar, por fim, que, tradicionalmente, a teoria do risco é dividida em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral, consoante classificação apresentada, originalmente, pelo eminente administrativista Hely Lopes MEIRELLES.<sup>73</sup> Na primeira, seriam admitidas causas excludentes de responsabilidade (culpa da vítima, força maior e culpa de terceiros, que romperiam o

---

<sup>69</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 646.

<sup>70</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 215.

<sup>71</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 647.

<sup>72</sup> MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 367.

<sup>73</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 657-658.

nexo de causalidade), enquanto na segunda inexistiria essa possibilidade. Registre-se, aqui, contudo, que não há consenso sobre esta distinção.<sup>74</sup>

Importante se advertir, por fim, consoante bem explanado por Diógenes GASPARINI, que o fato de as teorias terem se apresentado sob esta ordem cronológica não significa, como consectário lógico, que vigore, na contemporaneidade, apenas a teoria da responsabilidade objetiva do Estado.<sup>75</sup>

Esta questão, quando colocada sobre a ótica do Direito brasileiro, pode ser muito bem visualizada no tocante à responsabilidade civil estatal por atos omissivos, em que se remanesce divergência sobre a teoria a ser aplicada. Isto será mais bem detalhado adiante.

## **2.2 Responsabilidade Civil do Estado no Direito pátrio: a questão relativa aos atos omissivos**

Viu-se que a evolução da responsabilidade civil convergiu para uma crescente responsabilização do Estado pelos danos causados a terceiros. Por isso, a importância de se entender o desenvolvimento histórico do tema. Ainda que estritamente relacionada à realização de sua função administrativa, a compreensão desta evolução é fundamental para o conhecimento das teorias, que, no mais das vezes, serão aplicadas da mesma maneira para os casos decorrentes do exercício das outras funções estatais (legislativa ou jurisdicional).

Importante, aqui, também, tratar, especificamente, dos aspectos relativos à responsabilidade do Estado por condutas omissivas. Saliente-se, desde já, que a análise aqui empreendida será relativa ao Direito pátrio. Mais especificamente, com relação à aplicação, ou não, do art. 37, § 6º, da Constituição Federal aos casos de omissão do Poder Público.

Contudo, necessária, aqui, à guisa do melhor entendimento da configuração atual, uma pequena inferência sobre o desenrolar da responsabilidade civil do Estado no direito positivo brasileiro. Esta evolução do instituto seguiu “(...) trilha

<sup>74</sup> Favoráveis, como exemplo, além de Hely Lopes Meirelles: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 647-648; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Op. cit.*, p. 747; Contrária: MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 368.

<sup>75</sup> GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 843.

semelhante e profundamente influenciada pela jurisprudência do Conselho de Estado francês”.<sup>76</sup>

Diógenes GASPARINI divide o exame da responsabilidade civil no Brasil em três períodos históricos: colonial, imperial e republicano.<sup>77</sup> Adota-se, aqui, a referida divisão, para fins de equacionamento do assunto.

Desta feita, pode-se salientar que, durante o período colonial, vigorou, no Brasil, a teoria da irresponsabilidade estatal, com esteio nas disposições do Direito lusitano.<sup>78</sup> Vê-se, contudo, que este não é um posicionamento pacífico na doutrina. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO e Celso Antônio Bandeira de MELLO, por exemplo, destacam, contrariamente, que, no Direito brasileiro, a teoria da irresponsabilidade não fora, em nenhum momento, acolhida.<sup>79</sup>

Na fase seguinte, imperial, segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO, a Constituição de 1824 permaneceu, ainda, filiada à tese da irresponsabilidade estatal, admitindo, tão somente, a responsabilização dos empregados públicos.<sup>80</sup> Veja-se, que, para alguns autores, o dispositivo do art. 179, XXIX, da referida Lei Fundamental, previa, para além da responsabilidade do agente, a possibilidade de responsabilização solidária do Estado.<sup>81</sup> Contudo, à margem da respectiva controvérsia, destaca-se, ademais, que, nesta época, existiam instrumentos normativos “(...) que marcaram a transição do regime até então vigente para aquele outro que, em futuro não muito distante, apregoaria a responsabilidade estatal”.<sup>82</sup> Luciano FERRAZ cita, com relação a estes instrumentos, a possibilidade de responsabilização estatal em decorrência da execução de serviços públicos.<sup>83</sup>

Já na fase republicana, a Constituição de 1891, em seu art. 82, tratou o tema nos mesmos moldes do supramencionado dispositivo da Constituição Imperial. Subsistem, portanto, aqui, as mesmas discussões acerca da extensão da responsabilidade.<sup>84</sup> Luciano FERRAZ acrescenta que, neste tempo, foram editadas diversas normas que admitiam a responsabilização extracontratual do Estado pela

<sup>76</sup> FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 212.

<sup>77</sup> GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 851.

<sup>78</sup> Neste sentido: GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 851; FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 212; PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Op. cit.*, p. 234.

<sup>79</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 1011 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 648.

<sup>80</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 215-216.

<sup>81</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p., e GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 852.

<sup>82</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Op. cit.*, p. 234.

<sup>83</sup> FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 212.

<sup>84</sup> Relativa à solidariedade, ou não, do Estado pelos danos causados pelos agentes.

prestação de serviços públicos. Ressalta, dentro deste período, a Lei 221, de 1894, que previa, implicitamente, a obrigatoriedade de reparação, por parte do Estado, dos danos causados pelos seus agentes.<sup>85</sup>

Sequencialmente, grande marco dentro do Direito positivo brasileiro é o art. 15 do Código Civil de 1916, que encampou a teoria civilista, mais especificamente, a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva. Desta feita, a responsabilidade do Estado perpassava, primeiramente, por uma análise da culpa, ou dolo, do funcionário. Todavia, destaca-se que, como salienta Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, a falta de precisão da redação do dispositivo permitiu que alguns autores sustentassem, durante a sua vigência, a teoria da responsabilidade objetiva.<sup>86</sup>

Porém, foi com a Constituição de 1946 que a matéria ganhou novos contornos. Isto porque, como assevera Romeu Felipe BACELLAR FILHO, foi com a referida Lei Fundamental, através do seu art. 194, que se estabeleceu a responsabilidade direta e objetiva do Estado.<sup>87</sup> Vale dizer que o preceito foi repetido no art. 105 da Constituição de 1967 e, ainda, no art. 107 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Alargando mais ainda a responsabilização, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 (vigente), além de manter a responsabilidade objetiva, estendeu esta às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Assim, consoante a referida norma, “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”.

Emerson GABARDO e Daniel W. HACHEM, examinando a norma retro, destacam que, de pronto, pode-se inferir que a Lei Fundamental de 1988 insculpe um regime de responsabilidade objetiva entre a vítima do dano e o ente público (ou privado prestador de serviço público), em que não se perquire a existência de dolo ou culpa; ainda, paralelamente, estabelece um sistema de responsabilização subjetiva, entre o Estado e os seus agentes, de maneira que estes só serão

---

<sup>85</sup> FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 212.

<sup>86</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 648.

<sup>87</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 216.

responsabilizados, por via regressiva, quando demonstrada a presença do elemento subjetivo em seu comportamento.<sup>88</sup>

Portanto, necessária esta breve inserção histórica, para se entender a configuração atual da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico pátrio.

Todavia, ainda que, doutrina e jurisprudência acordem, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (acima transcrito), sobre a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado nos casos de condutas comissivas dos agentes públicos, o mesmo não se pode dizer quando o assunto são as omissões estatais.

Isto porque, diverge-se, com relação às condutas omissivas, entre aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, exatamente como nos casos de atos comissivos, ou, de outro lado, entre a observação da teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da culpa do serviço público. A compreensão desta divergência, como se vê, perpassa, necessariamente, pelo conhecimento das teorias utilizadas para sustentar os distintos posicionamentos. Por isso, mais uma vez, revela-se a imprescindibilidade da análise histórica do instituto (realizada anteriormente).

Passa-se, assim, a analisar as questões relativas às condutas omissivas do Estado. Destaca-se, em um primeiro, o posicionamento majoritário, que se encurva para aplicação da teoria do *faute du service* no caso das omissões. Em seguida, apresentam-se os argumentos favoráveis à adoção da teoria da responsabilidade objetiva (assim como no caso das condutas ativas). Por fim, apresenta-se o posicionamento que será adotado no presente trabalho (para fins de responsabilização, mais adiante, do Estado legislador por condutas omissivas).

Grande expoente da corrente favorável a aplicação da teoria do *faute du service* é Celso Antônio Bandeira de MELLO, destacando que, nos casos em que o dano for decorrente de uma omissão do Estado, necessária é a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva. Segundo o ilustre doutrinador, nestes casos, como o Estado não agiu, não pode, conseqüentemente, ser cunhado como autor do dano. E, assim, não sendo o autor, só caberia responsabilizá-lo caso este estivesse obrigado a impedi-lo. Em outras palavras, este só poderia ser obrigado à reparação, se fosse constatado o descumprimento de um dever legal que lhe impusesse obstar o evento

---

<sup>88</sup>GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 253.

lesivo. Ainda, cabe-se ressaltar que, para Celso Antônio Bandeira de MELLO, tratando-se de responsabilidade por omissão, esta será sempre subjetiva, porque decorrente de comportamento ilícito. Assim, consoante o administrativista, sinteticamente, incumbindo ao Estado o dever de agir, por imposição legal, e este não o fazendo, ou fazendo-o de maneira deficiente, comporta-se abaixo dos padrões legais, respondendo, desta forma, por este comportamento, que traduz um ilícito ensejador do dano não evitado. Garante ainda, que, o entendimento contrário, seria alavancar o Estado à figura de um segurador universal.<sup>89</sup>

No mesmo sentido, posiciona-se Silvio Luis Ferreira da ROCHA, para quem, nos comportamentos omissivos, verifica-se a hipótese da falta do serviço, em que o serviço não funcionou, funcionou tardiamente, ou, ainda, funcionou de maneira ineficiente. *In casu*, a omissão do Estado não é causadora do dano, mas se reflete em condição para que outro evento o concretize. Assim, deve-se aplicar, como consequência, a teoria da responsabilidade subjetiva. Isto porque, nestas hipóteses, segundo o autor, o Estado só poderia ser responsabilizado se este estivesse obrigado a impedir o dano, e, ademais, se tivesse atuado com culpa ou dolo.<sup>90</sup>

Ainda, corroborando com este entendimento, Lucia Valle FIGUEIREDO assevera que ainda que se infira do texto constitucional a consagração da responsabilidade objetiva, inexistente a possibilidade de aplicar a referida teoria para os casos de omissão. Nestes casos, há que se ser observada a teoria da responsabilidade subjetiva, com a necessidade de comprovação do *faute du service*.<sup>91</sup>

Ademais, Carolina Zancaner ZOCKUN assinala que, no tocante aos comportamentos omissivos, não se resta suficiente, para a responsabilização do Estado, a existência do nexos causal entre a ausência do serviço e o dano. Indispensável, nestas situações, a identificação da culpa do serviço.<sup>92</sup>

Não é outra a orientação adotada por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, filiando-se à teoria acima mencionada. Conforme o magistério da doutrinadora, a omissão caracterizadora do dano deve ser, necessariamente, ilícita. Portanto, a ideia

---

<sup>89</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 997-999

<sup>90</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Op. cit.*, p. 749.

<sup>91</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 264.

<sup>92</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da Responsabilidade do Estado na Omissão da Fiscalização Ambiental. *In*: FREITAS, Juarez. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 80.

de culpa é inerente à omissão. Admite, entretanto, haver uma presunção de culpa do Poder Público, cabendo, assim, ao Estado provar que atuou diligentemente, ou que, não agindo, sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir-se.<sup>93</sup>

Em sentido contrário, Emerson GABARDO e Daniel W. HACHEM manifestam-se apontando quatro motivos que afastariam a adoção da responsabilidade subjetiva (na modalidade da culpa do serviço), para os casos de omissão, no Direito brasileiro. Primeiramente, inferem que a teoria do *faute du service* não remonta, necessariamente, à responsabilidade subjetiva. Em seguida, salientam que, no Direito francês, o critério utilizado para efetuar a distinção entre a responsabilidade por falta (*por faute*) e a responsabilidade sem falta (*sans faute*) não reside na natureza omissiva da conduta. Realçam, ainda, que na própria França, admitem-se casos de responsabilidade objetiva por omissão. E, por fim, argumentam que, a responsabilidade civil estatal deve ser pensada de acordo com o regime jurídico administrativo de cada ordenamento e, no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 impõe um sistema de responsabilização objetiva do Estado.<sup>94</sup>

Do mesmo modo, inclinando-se para a aceitação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado em face de condutas omissivas (a luz do princípio da proporcionalidade), Juarez FREITAS traz, como fundamentação de seu posicionamento, sete argumentos. Primeiramente, infere que, do texto constitucional, não se verifica nenhuma distinção dicotômica entre ações ou omissões dos agentes públicos. Ademais, realça que não se trata de presunção de culpa, mas sim de inversão do ônus da prova, cabendo, por consectário lógico, ao Poder Público, diante da flagrante vulnerabilidade da vítima, trazer as excludentes capazes de romper com o liame do nexo causal. Em terceiro lugar, traz à baila a norma inscrita no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, segundo a qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Com isso, argumenta que a teoria da responsabilidade objetiva se amolda mais perfeitamente à ampliação da eficácia do texto constitucional. Ademais, a omissão injustificável violaria, de plano, o princípio da proporcionalidade, não se cogitando indagar sobre elementos subjetivos. Ainda, destaca que não se deve vislumbrar distinção entre omissão e falha de vigilância, de maneira que, como solução, deve-se adotar a

<sup>93</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 655-656.

<sup>94</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 257.



responsabilidade objetiva (moderada) para ambos os casos. Ainda, salienta que a técnica de responsabilização objetiva amolda-se com o dever estatal de tomar as efetivas medidas de prevenção e precaução. Ao final, cita julgados que evidenciam o acatamento pela jurisprudência, ainda que incipiente, da responsabilidade objetiva do Estado.<sup>95</sup>

Gustavo TEPEDINO também defende a adoção da responsabilidade objetiva do Estado nos casos de atos omissivos. Segundo o autor, a admissão da teoria não levaria a uma panresponsabilização do Estado. Isto porque, mesmo com este entendimento, permite-se o reconhecimento de causas excludentes da responsabilidade, que atuam diante do nexo causal entre a conduta estatal e o dano, de modo a mitigar a responsabilidade do Estado.<sup>96</sup> No mesmo sentido, é o posicionamento de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, manifestando-se favoravelmente à responsabilidade objetiva do Estado por omissão, em função do comando emanado pelo texto constitucional.<sup>97</sup>

Interessante, aqui, mencionar a postura intermediária de Marçal JUSTEN FILHO. O autor distingue as omissões em próprias e impróprias. Assim, quando o próprio ordenamento expressar que a conduta omissiva do Estado é, em si mesma, ilícita, exsurgiria a figura da omissão própria, e desta forma, o tratamento dispensado para a responsabilização do Estado seria o mesmo conferido aos casos de atos comissivos (responsabilidade objetiva). Em contrapartida, nas hipóteses em que se verificasse um comando genérico autorizando o Estado a atuar, tratar-se-ia de omissão imprópria, e, assim, a responsabilidade somente surgiria se houvesse omissão juridicamente reprovável, esta consistente em uma violação a um dever especial de diligência.<sup>98</sup>

Necessário, também, o registro do entendimento de Yussef Said CAHALI, que examina a temática sobre outro enfoque. Para ele, o cerne da discussão reside na questão da exigibilidade (ou não) da conduta estatal. Assim, desde que exigível da Administração o comportamento, a sua inércia configura-se como suficiente para delimitar a responsabilidade objetiva do Estado. Ainda, salienta o doutrinador que

---

<sup>95</sup> FREITAS, Juarez. Proporcionalidade e vedação de excesso e inoperância. In: FREITAS, Juarez. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 182-184.

<sup>96</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 191-192.

<sup>97</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 324.

<sup>98</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 1317.

esta exigibilidade está relacionada com o descumprimento de um dever jurídico que, no mais das vezes, deve ser analisado de maneira circunstancial e contingencial, de acordo com o caso concreto.<sup>99</sup>

Expostas todas estas perspectivas a respeito da responsabilidade do Estado por condutas omissivas, imprescindível se faz, no momento, perfilhar uma posição sobre o assunto (controverso, como se viu). Sem embargo, a responsabilização objetiva do Estado, tanto para atos comissivos como para atos omissivos, parece se amoldar mais (frise-se, no Direito brasileiro) à realidade constitucional. Isto porque, “o Estado não deve ser segurador universal, tampouco omissor e descumpridor dos deveres defensivos e prestacionais positivos”.<sup>100</sup>

O que se pretende dizer, portanto, é que, para que se configure a responsabilidade do Estado, basta que este descumpra, objetivamente, com um dever que lhe fora imposto pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, ademais, valiosos os ensinamentos de Luciano FERRAZ. Há que se entender, portanto, como destaca o autor, que não se trata de responsabilizar o Estado por um dever abstrato, mas sim, por sua inação em face de um dever concreto de atuação. Tudo isso em função do princípio da repartição dos ônus e encargos públicos. O evento lesivo, por consequência, não deve ser fruto de uma situação normalmente compartilhada por todos da sociedade. Outrossim, este dever concreto de atuação, como explicita o doutrinador, pode derivar de diversas situações. Primeiramente, pode estar fundamentado em uma norma legal, que contemplatesse e fixasse termo para a realização da conduta, ou, ainda, que exigisse uma ação imediata, situações estas em que a simples mora revelaria-se como ensejadora da responsabilidade. Para além disso, o dever concreto de atuação poderia ser originado, também, da ciência inequívoca, por parte do Estado, acerca da necessidade de adoção de alguma medida (quando o estabelecimento do nexos causal dependeria desta ciência). Ou, ademais, apresentar-se-ia o dever concreto quando o dano derivasse de circunstâncias propiciadas pelo próprio Estado.<sup>101</sup>

Em síntese, como conclusão, pode-se admitir que o Estado seja responsabilizado, por suas condutas comissivas ou omissivas, de maneira objetiva. Não se perquirirá, portanto, em ambos os casos, nenhum elemento subjetivo.

---

<sup>99</sup> CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 286-287.

<sup>100</sup> FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 185.

<sup>101</sup> FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 217.

Obviamente, esta responsabilidade não é absoluta, podendo ser elidida caso seja demonstrada a ocorrência de alguma excludente (culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro ou força maior). Ainda, necessário que esta responsabilização, especificamente nos casos de omissão, decorra do descumprimento, objetivo, de um dever concreto de atuação. A concretude deste dever, no mais das vezes, pode ser investigada a luz do princípio da repartição dos ônus e dos encargos públicos. Daí a admitir-se, como salientam Emerson GABARDO e Daniel W. HACHEM que este princípio (identificado pelos autores, com base no Direito francês, como teoria), possa revelar-se como uma opção, mais adequada, no Direito brasileiro, para averiguar-se a responsabilidade do Estado na generalidade dos casos.<sup>102</sup>

### 2.3 Responsabilidade por omissão legislativa inconstitucional

Luciano FERRAZ destaca que a responsabilidade do Estado pelo exercício da função legislativa trilhou caminhos semelhantes à evolução do instituto na seara administrativa. Isto porque, por muito tempo, neste campo, prevaleceu-se, também, a ideia da irresponsabilidade estatal, fundada no dogma da soberania.<sup>103</sup>

Porém, uma ressalva faz-se prudente. Como salienta Júlio César dos Santos ESTEVES, a maior potencialidade e recorrência de condutas lesivas, por parte do Estado, ocorrem no desempenho de sua função administrativa, originária não só da natureza, primordialmente, material e tangível desta atividade, como, também, em decorrência, nos termos do contexto político em que se encontra inserido, de sua (maior ou menor) gama de atribuições.<sup>104</sup> Talvez por este motivo, no campo administrativo, a evolução do instituto da responsabilidade civil tenha caminhado, mais rapidamente, como se viu, no sentido do alargamento da responsabilização estatal. Todavia, no campo legislativo, este trilhar revelou-se mais sinuoso. Isto porque, apresentaram-se, e, no mais das vezes, ainda se apresentam, empecilhos à admissão da responsabilização estatal pelo exercício de sua função legiferante.

---

<sup>102</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 262.

<sup>103</sup> FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 218.

<sup>104</sup> ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Responsabilidade civil do estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 77.

Daí a observação de Octávio de BARROS de que “a responsabilidade do Estado por dano resultante da aplicação da lei é a que no direito público surge cronologicamente em último lugar (...)”.<sup>105</sup> Tudo isso em função da resistência que lhe fora externada.

Portanto, para se entender esta responsabilidade do Estado Legislador, imperioso se ater, ainda que sinteticamente, aos principais aspectos caracterizadores da função legiferante. Neste sentido, Pedro Estevan Alves Pinto SERRANO identifica algumas características que distinguem esta da função administrativa. Seriam distinções de ordem funcional, hierárquica e teleológica. Estas corresponderiam, respectivamente, ao poder de inovação primária na ordem jurídica, a superioridade hierárquica normativa e a possibilidade de criação autônoma de fins.<sup>106</sup> Estes elementos diferenciadores estão intimamente relacionados com os argumentos que, comumente, são levantados com o intuito de afastar a responsabilização estatal. Inevitável, assim, a partir de então, demonstrá-los.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO enumera estas barreiras aventadas para embasar a tese da irresponsabilidade do Estado Legislador. Destaca a administrativista que, em primeiro lugar, aponta-se para a questão de que o Poder Legislativo atua no exercício da soberania, não estando sujeito a qualquer restrição que não decorra do texto constitucional. Acrescido a isso, assevera que, como pressuposto contrário à responsabilidade, também, deflagra-se a ideia de que a função legiferante, por produzir normas gerais e abstratas, não viola o princípio da igualdade, tendo em vista que os ônus e encargos públicos derivados seriam suportados, igualmente, pela coletividade. No mais, aponta, também, a ideia de impossibilidade de responsabilização dos parlamentares, vez que estes seriam eleitos, para o exercício do mandato, pelos próprios cidadãos.<sup>107</sup>

Sobre os obstáculos, Yussef Said CAHALI acrescenta que muitos autores defensores da irresponsabilidade estatal assinalam que a lei não poderia, em nenhuma hipótese, ensejar o ressarcimento pelos prejuízos causados aos

<sup>105</sup> BARROS, Octávio de. *Responsabilidade Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 70 *apud* CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 651.

<sup>106</sup> SERRANO, Pedro Estevan Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997, p. 15.

<sup>107</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 658.

particulares, porque esta concessão seria de exclusividade do próprio legislador. Assim, o seu silêncio deveria ser interpretado como negativa da indenização.<sup>108</sup>

Júlio César dos Santos ESTEVES elenca, também, algumas justificativas utilizadas para fundamentar a inexistência de responsabilidade do Estado Legislador. Em primeiro lugar, ressalta a questão da identificação entre lei e soberania. Desta forma, segundo o autor, remanesce, em que pesem às alterações dos sistemas políticos, a ideia de que a lei exteriorizaria a soberania do Estado, consequência pela tal, não poderia ensejar a sua responsabilidade extracontratual. Identifica, ademais, a recorrente compreensão da lei, produto típico da função legislativa, como ato abstrato, geral e impessoal, de maneira que, como tal, em princípio, não poderia causar danos. Outro argumento utilizado, segundo o jurista, é força de inovação da ordem jurídica. Segundo esta concepção, a aceitação da responsabilização acabaria por mitigar a função legiferante, criando empecilhos à liberdade de conformação do legislador e, ainda, subsidiariamente, ao progresso social. Por fim, como último apontamento contrário à responsabilidade do Estado Legislador, realça a matéria concernente à própria natureza da relação entre Poder Legiferante e representados e, além disso, o papel das imunidades parlamentares.<sup>109</sup>

Como se vê, os argumentos trazidos para capitanear a irresponsabilidade, são, em geral, os mesmos. Sinteticamente: o exercício da soberania, a abstração e a generalidade da lei e, no mais, a representatividade dos parlamentares.

Necessário, neste ponto, desconstruí-los. Para isso, valem-se, mais uma vez, das lições de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. Assim, no tocante a ideia da soberania do Legislativo, há que se aventar que este, como os demais Poderes, está submetido a um Estado de Direito, subordinando-se, portanto, à Constituição e devendo ser responsabilizado pelos danos que vier a ocasionar. Ainda, no que se refere à generalidade e abstração das leis, pondera-se que, nem sempre, estes caracteres estão presentes; assim, o Estado deve ser responsabilizado, sim, pelos danos que provocar a pessoas determinadas, mesmo em se tratando de normas constitucionais. Ademais, salienta-se que a eleição dos parlamentares implica na necessidade de que estes editem leis constitucionais, não o tornando irresponsáveis

---

<sup>108</sup>CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 664.<sup>109</sup>ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Op. cit.*, p. 88-99.

pelos seus atos.<sup>110</sup> Sobre a ideia de soberania estatal como óbice à responsabilização, Maurício ZOCKUN, ainda, acrescenta que o fato de o poder estatal ser soberano não lhe confere, necessariamente, um cheque em branco, para que os exercentes da função legislativa possam editar atos de maneira irrestrita e ilimitada. A soberania, assim, não significaria arbítrio ou incondicional liberdade, mas sim um sinônimo de republicana responsabilidade.<sup>111</sup>

O que se pode inferir, de tudo isso, é que, quando se está diante de um Estado de Direito, inexistente espaço para irresponsabilidade estatal, em qualquer esfera do Poder. Por isso, o Estado Legislador também deve ser responsabilizado pelos prejuízos que vier a ocasionar aos particulares.

Luciano FERRAZ destaca que o Conselho de Estado francês, em 1938, julgou o caso *La Fleurette*, reconhecendo o dever do Estado de indenizar por danos de natureza legislativa. Igualmente, adotou a mesma postura em julgamentos posteriores, como os casos *Bovero* (1963) e *Sociedade Claude Publicité* (1984).<sup>112</sup> A constatação é importante porque, como se aventou anteriormente, a jurisdição administrativa francesa exerceu papel de grande influência na construção da responsabilidade extracontratual estatal (em decorrência do exercício de suas funções administrativas). E, portanto, o registro merece o devido destaque.

Restringindo-se a análise ao Direito pátrio, infere-se que, como salienta Luciano FERRAZ, no Brasil, a doutrina é praticamente uníssona em admitir a responsabilização do Estado por atos legislativos.<sup>113</sup>

Em sentido contrário, anote-se o posicionamento de Celso Ribeiro BASTOS. Para o autor, analisando-se a responsabilidade civil na atual configuração constitucional (art. 37, § 6º, da Constituição Federal), em que pese a adoção do termo “agente” pela Lei Fundamental, “(...) no que diz respeito aos atos jurisdicionais quanto aos legislativos, há neles particularidades que os excluem da incidência direta deste parágrafo”.<sup>114</sup>

Contudo, não é esta a melhor interpretação. Inexistem particularidades. Quando a norma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, se refere aos “agentes”,

<sup>110</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 658.

<sup>111</sup> ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade Patrimonial do Estado: Matriz Constitucional, a Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos, a Obrigatoriedade da Prévia Indenização e a Responsabilidade Pessoal do Parlamentar*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 120.

<sup>112</sup> FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 218.

<sup>113</sup> FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 212.

<sup>114</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 191.

está englobando todas as categorias de agentes públicos, inclusive, os agentes políticos. E, portanto, recai, também, sobre aqueles que exercem a função legislativa.

Há que se perquirir, no entanto, neste ponto, quais são as hipóteses que ensejam a responsabilidade do Estado por atos legislativos.

Diógenes GASPARINI assevera que, quando se está voltado para os atos legislativos ou judiciais, a regra é a irresponsabilidade estatal. Pondera, apenas, no tocante aos primeiros, que a edição de lei inconstitucional pode obrigar o Estado a reparar os prejuízos dela decorrentes, não se admitindo qualquer outra hipótese de responsabilização (reconhecendo, contudo, o acatamento da jurisprudência com relação à responsabilidade em casos distintos).<sup>115</sup>

Júlio César dos Santos ESTEVES, ao contrário, sintetizando toda a evolução da concepção de responsabilização do Estado por atos legislativos, assevera que se fixou, pelo menos no Brasil, doutrinária e jurisprudencialmente, a possibilidade de responsabilidade estatal pela edição de leis inconstitucionais (desde que haja prévia declaração de inconstitucionalidade) e, ademais, pela reparação por danos ocasionados por leis conformadas ao ordenamento, desde que representem o sacrifício de direitos individuais de modo especial e particularizado.<sup>116</sup>

Porém, faz-se necessário admitir, também, a possibilidade de responsabilização em casos de omissões legislativas. Isto porque não só a conduta ativa do legislador (à semelhança do que ocorre na responsabilidade extracontratual pelo exercício da função administrativa) pode ocasionar prejuízos aos particulares. Suas omissões também podem ensejar o dever de reparação.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO reconhece que, atualmente, a responsabilidade do Estado Legislador é aceita nos casos de leis inconstitucionais, leis de efeitos concretos (constitucionais ou inconstitucionais) e, ainda, em face da omissão do poder de legislar.<sup>117</sup> De maneira semelhante, é o posicionamento de Silvio Luis Ferreira da ROCHA, para quem, são aceitas, atualmente, como hipóteses de responsabilidade estatal os casos de leis inconstitucionais; regulamentos inconstitucionais ou ilegais; leis de efeitos concretos, inconstitucionais; e, ainda,

---

<sup>115</sup> GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 845-846.

<sup>116</sup> ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Op. cit.*, p. 202-203.

<sup>117</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 658.

omissão no poder de legislar e regulamentar.<sup>118</sup> Forçoso, também, trazer o entendimento de Marçal JUSTEN FILHO, segundo o qual, a responsabilidade civil do Estado está evidenciada em três situações: edição de lei inconstitucional, elaboração de lei materialmente defeituosa e, além disso, no âmbito das omissões legislativas.<sup>119</sup> Ademais, corroborando com o acima exposto, Renan Miguel SAAD afirma que a omissão poderá gerar a responsabilidade do Estado legislador, destacando que “(...) contra a omissão do Estado na sua função legislativa, além do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, cabe ação de responsabilidade civil em face do Poder Público”.<sup>120</sup> Não é o outro o entendimento de Maurício ZOCKUN, segundo o qual, se o Estado tinha o dever de agir e manteve-se inerte, praticou, sob o manto de uma omissão lícita, uma comissão ilícita, desautorizada pelo direito positivo, e que se configura como um elemento propulsor do estabelecimento de uma relação jurídica de índole sancionatória.<sup>121</sup>

Depreende-se, portanto, que se reconhece, indubitavelmente, a possibilidade de responsabilização do estado por omissão legislativa. Contudo, como se dará esta responsabilização?

Primeiramente, há que se rememorar o conceito de omissão legislativa inconstitucional (explicitado no capítulo anterior). Assim, sinteticamente, a omissão legislativa inconstitucional pode ser definida como a violação, depois de transpassado tempo razoável, de norma constitucional certa e determinada, que impunha ao Poder Legiferante o dever de legislar. Referida inação impede, outrossim, que as normas constitucionais (de eficácia limitada, ou mais especificamente, as normas de eficácia limitada declaratórias de princípios institutivos impositivas e as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade) produzam, plenamente, todos os seus efeitos.

A solução aqui apresentada apenas retomará conceitos já expostos. Imprescindíveis, aqui, para tanto, as lições de Luciano FERRAZ. Isto porque, o raciocínio, para efeitos de responsabilização do Estado por omissões legislativas, será idêntico ao adotado para os casos relativos às omissões de condutas

<sup>118</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Op. cit.*, p. 758.

<sup>119</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 1323.

<sup>120</sup> SAAD, Renan Miguel. *O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.82.

<sup>121</sup> ZOCKUN, Maurício. *Op. cit.*, p.123.



administrativas.<sup>122</sup> Argumentou-se, naquela oportunidade, que a responsabilidade do Estado seria objetiva, e estaria configurada caso houvesse o descumprimento de um dever concreto de atuação.

No tocante às omissões legislativas, este dever concreto de atuação está expresso nas normas constitucionais (certas e determinadas, de eficácia limitada, declaratórias de princípios institutivos impositivas e programáticas vinculadas ao princípio da legalidade). Contudo, a caracterização da violação a este dever, ensejadora da devida reparação, apresentar-se-á de duas formas diferentes. Mais uma vez, imperioso utilizar-se de conceitos já explanados em outras situações.

Ora, o lapso temporal para a caracterização da omissão, como visto, pode encontrar-se, ou não, previamente fixado na norma. Encontrando-se pré-determinado, o simples transcurso do tempo ali previsto, sem que haja a atuação por parte do Poder Legiferante, é suficiente para ensejar o dever de reparação. Todavia, quando não expresso o prazo, a responsabilidade ficará condicionada ao transcurso de tempo razoável. Transpassado este, a omissão já estaria, em tese, configurada e, portanto, apta a ensejar a responsabilização estatal. Contudo, importante frisar que, neste último caso, tem-se entendido pela necessidade de constituir o Estado em mora. Assim, “(...) inexistindo o prazo fixado, torna-se necessário constituir o Estado em mora, mediante instrumento próprios (ADI por omissão, mandado de injunção), para que o nexa causal, afinal, se configure”.<sup>123</sup> No mesmo sentido, é o magistério de Aparecida VENDRAMEL. Para ela, a caracterização da omissão dá-se sempre que o Poder Legiferante deixar de cumprir as ordens constitucionais de legislar e, embora a declaração de inconstitucionalidade por omissão não obrigue o referido poder, certificará a responsabilidade por omissão.<sup>124</sup>

Ressalta-se, ainda, também como já mencionado, que como as omissões podem ser totais ou parciais, a indenização devida em função da responsabilidade, pode, também, da mesma forma, ser concedida de maneira parcial, em casos de incompletude regulativa.

Inconteste, portanto, que a omissão na elaboração da norma pode acarretar na responsabilidade civil. Esta responsabilidade é, similarmente às omissões no âmbito administrativo, objetiva. Com isso, descumprido, objetivamente, o dever de

---

<sup>122</sup> FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 220.

<sup>123</sup> FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 220.

<sup>124</sup> VENDRAMEL, Aparecida. *Responsabilidade Extracontratual do Estado*. São Paulo: Themis, 2000, p. 109.

legislar concreto, previsto em norma constitucional certa e determinada, desde que transpassado determinado lapso de tempo (evidenciando-se ainda, em situações em que o prazo não é fixado, a necessidade de constituição do Estado em mora), configurada estará a omissão legislativa inconstitucional, ensejadora da responsabilidade civil do Estado Legislador.

Marçal JUSTEN FILHO destaca, ainda, que o tema da omissão legislativa, internacionalmente, vem sendo alvo de intensa elaboração no âmbito da União Européia. Ressalta que a inação por parte de algum membro, quando determinada a produção de certa norma por parte do organismo, tem conduzido à responsabilização. Como exemplo, utiliza-se dos casos C-6/90 e C-9/90, conhecidos como *Francovich*, em que a Corte das Comunidades Européias sedimentou o entendimento de que a responsabilização dos Estados é indispensável quando a eficácia integral das regras comunitárias depender da atuação legislativa do membro, e a sua inação causar danos aos particulares.<sup>125</sup>

O tema é, sem dúvidas, dos mais importantes. Com isso, assentados os pressupostos da responsabilização do Estado por omissões legislativas inconstitucionais, cumpre-se examinar, detidamente, no ordenamento pátrio, um caso de omissão indenizável.

---

<sup>125</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 1325-1326.

## CAPÍTULO III – O CASO DO ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

### 3.1 A Emenda Constitucional n.º 19, de 1998 e a revisão geral anual da remuneração e subsídios dos servidores públicos

Tomando-se como campo de análise a Constituição Federal brasileira, cumpre-se, no presente momento, tratar, especificamente, a respeito de um exemplo de omissão legislativa inconstitucional indenizável. Para tanto, elege-se o art. 37, X, da Lei Fundamental, que dispõe, sinteticamente, a respeito da revisão geral anual da remuneração e do subsídio dos servidores públicos.

Desde já, importa-se ressaltar que o exame do tema, diferentemente do enfoque até então dispensado (adstrito aos aspectos doutrinários), reportar-se-á, corriqueiramente, aos entendimentos exsurgidos da seara jurisprudencial (em especial, do Supremo Tribunal Federal (STF)), justamente para evidenciar, pragmaticamente, as controvérsias relativas à matéria em questão.

Feita esta ponderação, há que se ressaltar, primeiramente, que o texto do referido dispositivo fora modificado pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998. Assim, faz-se necessário demonstrar, antes de tudo, as diferenças existentes entre o comando original e o preceito em sua conformação atual.

Neste sentido, o art. 37, X, originalmente, trazia o seguinte preceptivo: “a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data”. Luciano FERRAZ assevera que a mesma, com esta redação, assegurava a paridade entre servidores públicos civis e militares. Não por outro motivo é que a Suprema Corte, através da Súmula 672, reconheceu a extensão, aos servidores civis, do reajuste de 28,86% dado aos militares através das Leis 8.622/1993 e 8.627/1993.<sup>126</sup> Ademais, Paulo Rogério da Silva SANTOS, examinando, também, o preceito retro, realça que apesar deste ter erigido a proteção da remuneração dos servidores ao *status* constitucional, este não continha nenhuma exigibilidade. Isto porque o dispositivo não estabelecia a periodicidade do reajuste, não determinava a sua data-base, não

---

<sup>126</sup>

FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 220.

expressava, de maneira específica, quem seriam os seus destinatários e, ainda, não fixava a competência para a iniciativa da lei que visasse estabelecer a revisão.<sup>127</sup>

Sobre esta ausência de exigibilidade do comando, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal (STF) em diversas ocasiões. Segundo a Corte, em sua versão original, a norma do art. 37, X, da Constituição não assegurava a revisão geral anual aos servidores públicos. Neste sentido, confirmam-se: RE 412.383/DF, relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, DJU em 04.06.2004; MS 22439/DF, relatoria do Ministro Maurício Corrêa, DJU 11.04.2003; e MS 22689/CE, relatoria do Ministro Octávio Gallotti, DJU 13.06.1997.

Em síntese, como se vê, o art. 37, X, da Lei Fundamental, em seus contornos originais, carecia de maior carga normativa. Nesta esteira, apesar de garantir, no aspecto concernente às revisões remuneratórias, a paridade entre os servidores públicos civis e militares, este não salvaguardava, a estes servidores, a periodicidade da revisão e a data-base para a concessão dos reajustes.

Contudo, o cenário alterou-se com o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 1998. A partir desta, o mencionado dispositivo passou a vigorar com a seguinte redação: “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”. Luciano FERRAZ afirma que, da leitura da respectiva regra, podem-se inferir dois comandos diferentes: o primeiro está relacionado ao fato de que, para a alteração ou fixação da remuneração (ou subsídio) dos servidores públicos, há a expressa exigência de lei específica, observada, em cada caso, a iniciativa privativa para a sua elaboração; ainda, de outro lado, observa-se, também, que se garantiu aos servidores, sempre na mesma data e sem a distinção de índices, a revisão geral anual das suas respectivas remunerações e subsídios.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> SANTOS, Paulo Rogério da Silva. Revisão Geral anual. *Revista da Procuradoria- Geral do Estado*, Porto Alegre: RPGE, v. 30, n. 63, jan./jun. 2006, p. 41. Cf., no mesmo sentido: CASTRO, Maria Cecília de Almeida. *Responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa: a regra da indexação e o direito dos servidores públicos brasileiros à revisão geral anual de sua remuneração e dos subsídios*. Dissertação (mestrado em Direito Público). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009, p. 168.

<sup>128</sup> FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 221.

É neste segundo comando, correlacionado à revisão geral anual, que se restringirá a análise. Todavia, para isso, imprescindível detalharem-se alguns aspectos (principais) da norma.

Como um primeiro passo, torna-se flagrante a necessidade de estabelecer-se o conteúdo do termo “revisão”. O que a norma prevê quando garante a revisão geral anual? O conceito será mais detidamente examinado, adiante, em outra oportunidade. Contudo, aqui, essencial realçar que a revisão está diretamente ligada à ideia de recomposição do poder aquisitivo das remunerações e subsídios, em face das desvalorizações monetárias, oriundas dos processos inflacionários. Revisar significa, portanto, restabelecer o valor real dos estipêndios dos servidores.

Além do mais, imperioso esclarecer, também, ainda que de maneira perfunctória, quais são os destinatários da revisão. Esta é uma análise que, no mais das vezes, é deixada de lado quando se trata do assunto. Paulo Rogério da Silva SANTOS, valendo-se da classificação de agentes públicos elaborada por Celso Antônio Bandeira de MELLO,<sup>129</sup> salienta que restar-se-iam afastados do alcance da norma, de plano, os a) particulares em colaboração com o Estado, uma vez que estes são, tão somente, pessoas que exercem alguma atividade estatal, sendo remunerados pelos usuários dos serviços ou, ainda, ressarcidos pelos serviços prestados de acordo com as regras existentes em torno dos contratos; b) os agentes políticos, tendo em vista que estes, exercentes dos cargos fundamentais do Estado, possuem regras especiais para a fixação dos seus subsídios; c) os servidores de pessoas governamentais de direito privado, porquanto submetidos a uma lógica diferente da estatal e d) os contratados por tempo determinado, por estarem adstritos a situações específicas, incompatíveis com regras permanentes de proteção. Por exclusão, os servidores públicos titulares de cargos públicos e os servidores empregados das pessoas jurídicas de Direito Público (exercentes de funções subalternas ou estabilizados pelo art. 19 do ADCT) estariam, indistintamente, abrangidos pela garantia da revisão geral anual estabelecida pelo

---

<sup>129</sup> O administrativista paulista classifica os agentes públicos em: a) agentes políticos; b) servidores estatais, sendo estes: b1) servidores públicos: b11) titulares de cargos públicos e b12) empregados públicos (exercentes de funções subalternas, os contratados por tempo determinado e os estabilizados pelo art. 19 do ADCT), e b2) servidores de pessoas governamentais de Direito Privado; e c) particulares em atuação colaboradora com o poder público (requisitados, gestores de negócios públicos, contratados por locação civil de serviços, concessionários e permissionários de serviços públicos e, ainda, delegados de função ou ofício público). Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 245 e ss.

texto constitucional. O autor, ademais, estende a garantia do reajuste geral remuneratório, também, aos militares.<sup>130</sup>

Adota-se, aqui, o posicionamento supra, com relação à exclusão, do campo de incidência da revisão, dos particulares em colaboração, dos agentes políticos, dos servidores das pessoas governamentais de Direito Privado e dos contratados por tempo determinado (pelas mesmas justificativas apresentadas). Contudo, sem a pretensão de se esgotar o tema, impõe-se restringir, ainda mais, o rol dos beneficiários abarcados pela revisão geral anual. À margem desta, encontrar-se-iam, também, os militares. Isto porque o art. 142, § 3º, da Carta Constitucional, em seu inciso VII, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 77 de 2014, estabeleceu que “aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV, bem como, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, inciso XVI, alínea “c””. Ou seja, não se elencou, dentre os dispositivos citados, o art. 37, X, da Lei Fundamental (que assegura a revisão). Para além disso, o art. 142, § 3º, X, incluído pela Emenda Constitucional nº 19/1998, determina que “a lei disporá sobre (...) a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra”. Portanto, a remuneração dos militares se sujeita a regramento próprio.<sup>131</sup> Necessário advertir, portanto, que inexistente, desta feita, na atual conformação, a paridade entre servidores públicos civis e militares (diferentemente do que ocorria, como visto, no texto original).

Por todos estes motivos, somente os servidores públicos titulares de cargos públicos e os servidores empregados das pessoas jurídicas de Direito Público (exercentes de funções subalternas ou estabilizados pelo art. 19 do ADCT) configurar-se-iam como os destinatários da revisão geral anual.<sup>132</sup>

Há que se ressaltar, ainda, no que se refere aos destinatários, que a revisão não está restrita a apenas um dos Poderes, ou a somente uma esfera federativa. Pelo contrário, fazem jus a revisão todos servidores de todas as esferas de governo,

<sup>130</sup> SANTOS, Paulo Rogério da Silva. *Op. cit.* p. 49-50.

<sup>131</sup> Tramita, no Congresso Nacional, a PEC- 404/2014, apresentada em 20/05/2014 pelo Deputado Federal Victor Paulo (PRB/RJ), que visa acrescentar ao art. 142, § 3º, da CF/88, o inciso XI, com a seguinte redação: “fica assegurada a revisão geral anual da remuneração dos militares sempre na mesma data”. A PEC aguarda parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

<sup>132</sup> Cf. no mesmo sentido: CASTRO, Maria Cecília de Almeida. *Op. cit.*, p. 173.

e, ainda, aqueles vinculados a qualquer órgão ou entidade, independentemente do Poder. O que se pretende dizer é que a revisão geral anual inclui os servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que exerçam as suas atividades na União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Além disso, o mencionado preceptivo exige, para o reajuste remuneratório, a edição de lei específica. Assim, a recomposição do valor real não pode ser concebida, por exemplo, por intermédio de ato administrativo. Todavia, de quem será a competência para a iniciativa da edição da referida lei? O Supremo Tribunal Federal (STF) já se pronunciou a respeito do assunto. Na ADO 2061/DF, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, DJU 29.06/2001, definiu-se que a competência, em âmbito federal, seria de exclusividade do Presidente da República, por força do comando expresso do art. 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal. Referido dispositivo prevê ser de iniciativa privativa do Chefe do Executivo Federal a elaboração de leis que disponham sobre “criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração”. Utilizando-se de raciocínio similar, o Pretório Excelso, quando do julgamento da ADO 2481/RS, também de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, DJU 22.03.2002, explicitou fazer jus à competência do Governador do Estado o dever de desencadear o processo de elaboração da lei de revisão geral dos servidores públicos estaduais. Por isso, neste mesmo sentido, pode-se inferir, analogicamente, a competência do Prefeito Municipal para provocar a confecção da lei de revisão no tocante aos servidores municipais. Em síntese, a edição da lei cabe, sempre, ao Chefe do Poder Executivo de todas as esferas da federação, sendo que, uma vez editada, esta abarcará todos os servidores públicos de todos os órgãos e entidades da respectiva esfera.

No que tange aos servidores públicos da União, por exemplo, Luciano FERRAZ destaca que, em 18.12.2001, foi promulgada a Lei 10.331, por iniciativa do Presidente da República, que previu, para o exercício referente ao ano de 2002, o índice de revisão no percentual de 3,5%; ainda, assevera que, através da Lei 10.697, de 02.07.2003, fora garantido o percentual de reajuste remuneratório, para o exercício de 2003, no importe de 1%.<sup>133</sup>

Ademais, como outras características insculpidas pela norma do art. 37, X, da Constituição Federal, na vigente conformação, exsurtem-se a periodicidade da

---

133

FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 223.

concessão e a isonomia de tratamento. Vê-se que, em confronto com o texto original, a redação atual do mencionado dispositivo estabeleceu uma periodicidade anual para a concessão do reajuste. No entanto, como pondera Maria Cecília de Almeida CASTRO, tal periodicidade trata-se de um íterim máximo, nada obstando que os reajustes sejam concedidos em intervalos menores.<sup>134</sup> Ademais, com relação à data-base do reajuste, a fixação ficará a cargo da lei ordinária que regulamentar o dispositivo. No âmbito federal, por exemplo, de acordo com o art. 1º da Lei 10.331/2002 (já citada), a revisão dar-se-á no mês de janeiro. A periodicidade do reajuste é talvez a mais importante característica do texto atual, pois confere exigibilidade à norma. Ainda, há que se destacar que o reajuste deve observar o tratamento isonômico em sua concessão, característica intrínseca à generalidade da revisão. Isto porque o preceito normativo ressalta a observância à indistinção de índices. Paulo Rogério da Silva SANTOS elucida que a adoção do princípio da isonomia, pela norma, implica na uniformidade do estabelecimento dos índices para a necessária reposição inflacionária. E, assim, não haveria de ser diferente, tendo em vista que a corrosão da moeda, pelas perdas inflacionárias, atinge a todos os servidores, de maneira indistinta.<sup>135</sup>

A partir de todo o exposto, e do paralelo traçado com o texto original, puderam-se observar as principais características atinentes ao comando do art. 37, X, da Constituição Federal, em sua atual redação. Em apertada síntese, estas podem ser assim resumidas: o termo “revisão” refere-se à recomposição do poder aquisitivo da moeda; os destinatários da norma são os servidores públicos titulares de cargos públicos e os servidores empregados das pessoas jurídicas de Direito Público (exercentes de funções subalternas ou estabilizados pelo art. 19 do ADCT); os servidores abarcados pela incidência da revisão são aqueles vinculados a entes e órgãos de todos os Poderes e esferas; a lei específica para o disciplinamento da revisão é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo; a revisão deve ser estipulada, anualmente e, ainda, de maneira isonômica, sem distinção de índices entre os servidores.

O que se pretende enfrentar, agora, é a possibilidade de atribuição de responsabilidade ao Estado em face da omissão na regulamentação, em todas as esferas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) do comando insculpido no

---

<sup>134</sup> CASTRO, Maria Cecília de Almeida. *Op. cit.*, p. 176-178.

<sup>135</sup> SANTOS, Paulo Rogério da Silva. *Op. cit.*, p. 53.



art. 37, X, da Constituição Federal. Em outras palavras, pretende-se investigar a responsabilização estatal diante da não concessão da revisão geral anual aos servidores públicos, nos termos previstos pela Lei Fundamental.

Cristiana FORTINI e Tatiana Santos de SOUZA destacam que o dever de reparar os danos oriundos da falta de lei a que alude o art. 37, X, da Constituição Federal não possui uma interpretação uniforme na jurisprudência pátria. A controvérsia remanesce, inclusive, no próprio Supremo Tribunal Federal (STF).<sup>136</sup>

Há que se salientar que o Pretório Excelso reconheceu a repercussão geral do tema em 13 de dezembro de 2007 (DJU 01.02.2008), no RE 565.089/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. O acórdão restou-se assim ementado, *in verbis*: “ante a vala comum da inobservância da cláusula constitucional da reposição do poder aquisitivo dos vencimentos, surge com repercussão maior definir o direito dos servidores a indenização”.

O RE 565.089/SP foi interposto por servidores públicos civis do Estado de São Paulo, em face do respectivo ente. Isto porque o acórdão proferido pela 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado, que confirmou a sentença proferida pelo juízo de primeira instância, negou a indenização aos servidores em decorrência da omissão do Governador em editar a lei de revisão geral anual. O fundamento utilizado pelo acórdão guerreado residiu no fato de não competir ao Poder Judiciário, por via reflexa, legislar para aumentar vencimentos dos servidores públicos, sob o fundamento de isonomia ou constitucionalidade.<sup>137</sup>

Vale dizer que o julgamento do RE 565.089/SP ainda não foi finalizado. O exame iniciou-se 09.06.2011, oportunidade em que o Ministro Marco Aurélio, relator do caso, proferiu voto favorável ao provimento do recurso (e, conseqüentemente, à necessidade de indenização dos servidores). Todavia, a análise fora suspensa em virtude de pedido de vista formulado pela Ministra Cármen Lúcia. Após quase três anos de suspensão, em 03.04.2014, o julgamento fora, mais uma vez, trazido ao Plenário, ocasião em que a eminente Ministra posicionou-se, também, pela possibilidade de indenização, acompanhando o voto proferido, anteriormente, pelo

---

<sup>136</sup> FORTINI, Cristiana; SOUZA, Tatiana Santos de. A responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 6, n° 26, p. 221-234, out/dez.2006, p. 230-231.

<sup>137</sup> E este é, no mais das vezes, o principal argumento utilizado pelos Tribunais pátrios para afastar a responsabilidade civil do Estado em decorrência da omissão na regulamentação do art. 37, X, da Constituição Federal.

relator. Sequencialmente, iniciando a divergência, manifestou-se, contrariamente, o Ministro Luís Roberto Barroso. Novamente, a apreciação ficou suspensa, desta vez em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro Teori Zavascki. Meses depois, em 02.10.2014, a discussão retomou-se na Corte Suprema. Em sessão plenária, posicionaram, acompanhando a divergência, os Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber e Gilmar Mendes. Em contrapartida, seguiu-se o voto do Ministro Luiz Fux, favorável ao provimento do recurso e à concessão da indenização. Pela terceira vez, houve suspensão do julgamento. Esta se deveu, desta vez, ao pedido de vista requerido pelo Ministro Dias Toffoli. Deste então, o exame do recurso em tesilha encontra-se suspenso, aguardando ulterior deliberação.

Vê-se que a possibilidade (ou não) de concessão de indenização aos servidores públicos, em face da ausência de regulamentação da norma constitucional que assegura a revisão geral anual de suas remunerações e subsídios, dividiu o Pretório Excelso. Até então, são quatro votos desfavoráveis (dos Ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Gilmar Mendes), contra três votos favoráveis (dos Ministros Marco Aurélio, Carmen Lúcia e Luiz Fux).

Já se adiantou, no início do presente capítulo, ao caracterizar-se o caso do art. 37, X, da Constituição Federal, como um exemplo de omissão legislativa inconstitucional indenizável, que se reconhece, sim, aqui, a necessidade de responsabilização do Estado. Portanto, a partir de agora, faz-se necessário analisar os argumentos aduzidos pelos eminentes Ministros, na apreciação do RE 565.089/SP, para sustentar a inexistência do dever de reparação. Primeiramente porque se trata do julgamento de um recurso paradigmático (várias ações foram sobrestadas pelos demais Tribunais para aguardar o julgamento definitivo do citado caso pela Suprema Corte). E, ainda, porque os argumentos utilizados pelos Ministros, até aqui, para negar a indenização aos servidores, sintetizam os fundamentos que, historicamente, são suscitados (doutrinária e jurisprudencialmente) para afastar a responsabilização estatal nestes casos. Objetiva-se, com o presente exame, assim, desconstruir os sustentáculos da irresponsabilidade e afirmar a necessidade de indenização aos servidores.

### **3.2 O dever concreto de legislar e a necessidade de indenização: a ausência de violação à separação dos poderes e a vinculação da “revisão”**

Argumento recorrente utilizado pela jurisprudência pátria para subsidiar a inexistência da necessidade de indenização respalda-se na máxima da separação dos poderes. Mais especificamente, no enunciado consubstanciado pela Súmula 339<sup>138</sup> do Supremo Tribunal Federal (STF), *ipsis litteris*: “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. Demonstra-se, nos tribunais, um excessivo apego ao referido conteúdo sumulado. Veja-se que este foi, como já mencionado, o pressuposto utilizado pela 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no acórdão que deu origem ao RE 565.089/SP, para negar a reparação pleiteada pelos servidores públicos civis estaduais. É o que se pode inferir do seguinte excerto, extraído daquele acórdão estadual: “em síntese, e como sabido e ressabido, não se altera remuneração de servidor público sem a lei específica. Repete-se: o reajuste salarial dos servidores públicos só pode decorrer de lei, não de medidas outras” (TJSP- Apelação Cível nº 391.413-5/1-00, rel. Des. Borelli Thomaz, julgamento em 25.04.2007). Ressalte-se que o referido argumento foi rememorado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando da apreciação do RE 565.089/SP, na sessão Plenária de 02.10.2014. E, por isso, será aqui analisado.

Contudo, primeiramente, faz-se necessária uma ressalva. Como já destacado, o julgamento do supramencionado recurso ainda não foi finalizado pela Suprema Corte (encontra-se suspenso desde 02.10.2014). Por este motivo, tão somente, o voto do relator Ministro Marco Aurélio encontra-se disponibilizado publicamente. No entanto, podem-se inferir as argumentações deduzidas pelos demais Ministros através das notícias oficiais divulgadas pelo Pretório Excelso, através do seu sítio eletrônico.

---

<sup>138</sup> Os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) aprovaram o Projeto de Súmula Vinculante nº 88, que converteu a Súmula 339 na Súmula Vinculante 37, mantendo-se outrossim, a mesma redação: “Não cabe ao poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”.

Feitas estas considerações, vê-se que o argumento fora lembrado através do voto-vista do Ministro Teori Zavascki. Segundo o Ministro inexistiu, no texto constitucional, disposição que assegure a reposição dos índices inflacionários aos servidores, de maneira que, o suprimento desta omissão por intermédio de decisão judicial seria equivalente ao exercício da função legislativa, o que se apresentaria obstaculizado pela jurisprudência da Suprema Corte.<sup>139</sup>

No entanto, o entendimento da questão implica, preliminarmente, na compreensão do alcance da expressão “revisão”, prevista pelo art. 37, X, da Constituição Federal. Isto porque o dispositivo assegura aos servidores públicos a revisão geral anual. Anteriormente, definiu-se a revisão como sendo intrinsecamente relacionada à ideia de recomposição do poder aquisitivo das remunerações e subsídios, em face das constantes desvalorizações monetárias oriundas dos processos inflacionários. Importa-se, agora, diferenciá-la de outras categorias, sobretudo do aumento real.

José Afonso da SILVA esclarece que o texto do art. 37, X, da Constituição Federal garante aos servidores, apenas, a revisão geral anual da remuneração e subsídio, na mesma data e sem distinção de índice. Trata-se, portanto, de um direito destes. A função, no entanto, não se materializa na concessão de reajustes remuneratórios, mas sim na garantia da estabilidade dos valores em face da instabilidade da moeda. Assim, as alterações dos valores são demandadas para avalizar a correção do valor monetário.<sup>140</sup>

Sobre o assunto, ainda, importantes as lições de José dos Santos CARVALHO FILHO. O autor destaca as diferenças entre a revisão geral anual e a revisão específica. A revisão geral anual apresentaria, assim, alguns pressupostos básicos: a necessidade de lei específica (requisito formal); o alcance da universalidade dos servidores (requisito da generalidade); a periodicidade anual (requisito da anualidade) e, ainda, a identidade dos índices concedidos (requisito isonômico). Distinguir-se-ia, assim, da revisão específica, que, não fundamentada na recomposição da perda do poder aquisitivo, dirigiria-se a apenas determinados

---

<sup>139</sup> *Julgamento sobre revisão anual em vencimentos é suspenso por pedido de vista.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=276612>. Acesso em 08.10.2014.

<sup>140</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 345

cargos e carreiras, para o fim de evitar a defasagem entre as retribuições do funcionalismo público e da iniciativa privada.<sup>141</sup>

No mesmo sentido, são os ensinamentos do clássico administrativista Hely Lopes MEIRELLES. Segundo ele, subsistiriam, conjuntamente, duas espécies de aumento de vencimentos. Uma genérica, designada pelo autor de “aumento impróprio”, substancializada pela revisão geral anual, destinada, apenas, a manter a situação financeira dos servidores públicos. E, paralelamente, outra, o “aumento próprio”, que, atribuído a determinados cargos ou classes de servidores, representaria, efetivamente, uma elevação de vencimentos e subsídios dos mesmos.<sup>142</sup>

É, nesta perspectiva, ainda, o magistério de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. Para ela, a revisão geral anual tem o objetivo precípua de atualizar as remunerações dos servidores para acompanhar a evolução do poder aquisitivo da moeda. É um direito destes. Esta, contudo, não impede que sejam concedidas outras revisões, determinadas, para conceder melhorias a certas carreiras, por motivos outros que não os fundamentados na revisão geral.<sup>143</sup>

Cumpra-se, ainda, transcrever excerto do voto do Ministro Marco Aurélio, relator do RE 565.089/SP, que, de certa maneira, sintetiza tudo o que foi até agora exposto, *in verbis*:

Atendem para a distinção entre aumento e reajuste. O Direito, tanto o substancial quanto o instrumental, é orgânico e dinâmico, descabendo confundir institutos que têm sentido próprio. Na espécie, não se trata de fixação ou aumento de remuneração – estes, sim, a depender de lei, na dicção do inciso X do artigo 37 da Carta da República. Versa-se o reajuste voltado a afastar os nefastos efeitos da inflação. Objetiva-se a necessária manutenção do poder aquisitivo da remuneração, expungindo-se o desequilíbrio do ajuste no que deságua em vantagem indevida para o Poder Público, a aproximar-se, presente a força que lhe é própria, do fascismo. Não se pode adotar entendimento que implique supremacia absoluta do Estado, em conflito com o regime democrático e republicano.

Em síntese, o que se pretende dizer é não se reputa como incorreta a interpretação, pautada no princípio da separação dos poderes e no enunciado da Súmula 339 (transformada na Súmula Vinculante 37) do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo a qual descabe ao Poder Judiciário, que não possui função

<sup>141</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 563.

<sup>142</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 490.

<sup>143</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 540-541.

legislativa típica, aumentar os vencimentos dos servidores públicos sob a justificativa do princípio da isonomia. Todavia, não se trata, no caso do art. 37, X, da Constituição Federal, de aumento, e sim, de recomposição salarial em virtude da perda do poder aquisitivo. São, como se depreende, figuras estruturalmente distintas. A revisão, ao contrário do aumento, foi assegurada pelo texto constitucional, com critérios e parâmetros objetivos. É um direito subjetivo dos servidores públicos.<sup>144</sup>

Ainda, vê-se que, em outras situações, o próprio Pretório Excelso acabou por mitigar este apego extremado ao enunciado da Súmula 339 (convertida na Súmula Vinculante 37). Um dos exemplos já fora outrora mencionado, quando se tratou a respeito do art. 37, X, da Constituição Federal, em sua redação original. Refere-se à extensão, aos servidores civis, do percentual de 28,86% (dado aos militares), garantida pela Súmula 672 da Suprema Corte brasileira, *ipsis litteris*: “o reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas Leis 8.622/93 e 8.627/93, estende-se aos servidores civis do Poder Executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais”. Outro exemplo, bem mais recente, refere-se ao pagamento do auxílio-moradia aos magistrados. A extensão deu-se, ainda que se alegue a fundamentação no art. 65, II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, sim, com base no princípio da isonomia (vez que o benefício não se encontrava regulamentado em todos os Estados e para todas as carreiras). Assim, o Ministro Luiz Fux deferiu liminar na Ação Cível Originária (ACO) 1773, assegurando o direito ao auxílio-moradia a todos os magistrados federais. Ainda, deferiu, liminarmente, outras duas antecipações de tutela, na Ação Originária (AO) 1946, ajuizada pela Associação Nacional dos Magistrados do Brasil (AMB), e na Ação Cível Originária (ACO) 2511, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), estendendo, por consequência, o benefício do auxílio-moradia, indistintamente, todos os magistrados do país, desde que estes não possuíssem residência oficial a sua disposição.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 490.

<sup>145</sup> *Decisões liminares estendem auxílio-moradia a todos os juízes do país*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=276116&caixaBusca=N>. Acesso em 08.10.2014.

Por estas razões, defende-se que a vedação imposta pela Súmula 339 (convertida na Súmula Vinculante 37) do Supremo Tribunal Federal (STF) não pode ser encarada de maneira absoluta, indiscriminadamente, devendo ser avaliada a luz dos princípios insculpidos pelo atual ordenamento constitucional.

Evidente, em suma, que, no tocante à responsabilidade do Estado por omissão legislativa inconstitucional, por ausência de regulamentação do dispositivo do art. 37, X, da Constituição Federal, o pleito indenizatório não esbarra na vedação de concessão de aumento, aos servidores, pelo Poder Judiciário. Primeiramente porque de aumento, como visto, não se trata e, ainda, porque, nestes casos, o que se requer, efetivamente, é uma reparação em função do descumprimento, por parte do Estado, de um dever jurídico que lhe fora imposto por norma constitucional. Nesta perspectiva, válidas as lições do Ministro Gilmar Mendes, que quando da apreciação do RE 424.884/MG (julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) em 17.11.2009, relator Ministro Carlos Velloso, relator para acórdão Ministro Joaquim Barbosa, DJU 07.05.2010), advertiu, em voto-vista, *ipsis litteris*:

(...) a pretensão de responsabilidade civil não implica em substituição do legislador pelo magistrado. O valor decorrente de uma indenização não significa aumento de remuneração, ou seja, valor certo a ser pago em razão do reconhecimento de dano não significará que, no mês seguinte, a remuneração dos recorrentes seja alterada. Isso porque a natureza de cada figura – valor indenizável e percentual remuneratório – é distinta.

Repita-se: o Judiciário não está, por via reflexa, legislando para aumentar as remunerações e subsídios dos servidores públicos. Está, tão somente, reconhecendo o direito à indenização destes em função da inobservância de um dever constitucionalmente imposto, de regulamentar, anualmente, a revisão geral anual de suas retribuições.

Aqui reside outro ponto crucial. O comando constitucional do art. 37, X, da Constituição Federal, impõe, de fato, um dever concreto de atuação. Veja-se que a negação deste dever é, também, muitas vezes, suscitada como alicerce para capitanear a insubsistência da necessidade de indenização. Na apreciação do RE 565.089/SP, o Ministro Teori Zavascki, como já mencionado, manifestou-se no sentido de que o texto constitucional não expressa nenhum comando normativo que permitisse, sob o prisma da responsabilidade civil, transformar a omissão em indenização. Da mesma forma, o Ministro Luís Roberto Barroso, que iniciou a

divergência, aduziu que o dispositivo em comento não deve ser verificado como um dever específico de que a remuneração seja reajustada anualmente, muito menos com base nos percentuais que correspondam à inflação apurada no período. Discorreu, ademais, que a revisão não implica, necessariamente, em modificação, sendo que, nestes termos, caberia ao Chefe do Executivo, anualmente, pronunciarse, de maneira motivada, sobre a conveniência e possibilidade de conceder a revisão, ou não, para o funcionalismo.<sup>146</sup>

Todavia, cumpre-se destacar que a revisão geral anual a que alude o art. 37, X, da Constituição Federal, não é discricionária, muito pelo contrário, é, fundamentalmente, vinculada. Trata-se, antes de tudo, de um direito dos servidores públicos.<sup>147</sup> Esta liberdade de conformação poderia ser argumentada ante ao texto original do dispositivo, que, como já afirmado anteriormente, carecia de maior grau de exigibilidade. Contudo, não em face da norma vigente. Esta fixa a periodicidade. Em outros termos: a periodicidade caracteriza a vinculação. A norma é clarividente neste sentido: “(...) assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”. Inconteste a obrigatoriedade. Entender de outra forma significaria negar o conteúdo normativo do respectivo comando. Assim, a revisão geral deve ser deflagrada anualmente. A Constituição assegura a revisão, e a omissão em sua regulamentação enseja o descumprimento de um dever, não geral, mas concreto.

Nos termos já apresentados no capítulo anterior, a concretude do dever, nos casos das omissões legislativas inconstitucionais, vem expressa em norma constitucional certa e determinada. É o caso da revisão geral anual. Além do mais, como também já mencionado, a caracterização da violação deste dever pode se verificar de duas maneiras distintas, a depender da predeterminação, ou não, do lapso temporal para a tomada das medidas necessárias a sua regulamentação. *In casu*, o art. 37, X, da Constituição Federal, expressamente, asseverou a anualidade da revisão. Com isso, tomando-se como base a data da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, que alterou o dispositivo supra, ou seja, 04.06.1998, o transcurso temporal encerrou-se em 04.06.1999. Desta feita, consoante assevera Luciano FERRAZ, a partir de 05.06.1999 e daí por diante, todos os anos, os

<sup>146</sup> *Julgamento sobre revisão anual em vencimentos é suspenso por pedido de vista*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=276612>. Acesso em 08.10.2014.

<sup>147</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 490



servidores públicos, de todos os entes da Federação, deveriam ter sido beneficiados pela revisão das suas remunerações, em percentual que garantisse o valor real da retribuição.<sup>148</sup> E, sabidamente, não foi o que aconteceu. Na esfera federal, por exemplo, a Lei 10.331/2001, que regulamentou o preceito constitucional retro, só foi editada depois transcorridos mais de 3 (três) anos de inércia legislativa.

Como se vê, a violação do dever jurídico de proceder à revisão caracterizou-se já em 05.06.1999 (12 (doze) meses após a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998). Isto porque o prazo determinado pelo comando constitucional era anual. Desde então, poderia falar-se em reparação, ante a inércia verificada. Contudo, ainda, assim, pondera-se que foram ajuizadas várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a fim de caracterizar-se a mora do Estado Legislador em estabelecer a revisão geral anual. Ações estas desnecessárias, pois o prazo já se encontrava previamente fixado na norma constitucional, mas que, no entanto, reforçam o descumprimento do dever jurídico imposto. Maria Cecília de Almeida CASTRO destaca, no âmbito federal, a ADO 2.061-7/DF, em, 2001, e, no campo dos Estados e do Distrito Federal, no ano de 2002, as ADO nºs 2.525-2/DF, 2.486-8/RJ, 2.490-6/PE, 2.491-4/GO, 2.492/SP, 2.493-1/PR, 2.496-5/MS, 2.497-3/RN, 2.498-1/ES, 2.503-1/MA, 2.504-0/MG, 2.506-6/CE, 2.507-4/AL, 2.508-2/PA, 2.509-1/AM, 2.510-4/AP, 2.511-2/PB, 2.512-1/MT, 2.516-3/AC, 2.517-1/SE, 2.518-0/RO, 2.519-8/RR, 2.520-1/PI e 2.524-4/TO.<sup>149</sup>

Sinteticamente, resta-se cristalino, no comando do art. 37, X, da Lei Fundamental, a existência de um dever jurídico, descumprido pelo Estado depois de transpassado o prazo anual previsto para o seu exercício. A revisão é vinculada, e não discricionária. A norma em cotejo impõe ao Estado a obrigação de realizar, anualmente, a revisão, e não lhe confere mera faculdade. A periodicidade é o fundamento da exigibilidade do dever. Caso contrário, em se tratando de mera liberdade de conformação, porque o prazo estaria assinalado na norma constitucional? E, desta forma, havendo o descumprimento de um dever constitucionalmente imposto, notória a necessidade de reparação, com base na responsabilidade civil.

Ademais, de qualquer sorte, após a constituição em mora dos Chefes do Poder Executivo (por intermédio das citadas ADO's), fortaleceu-se, mais ainda, a

---

<sup>148</sup> FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 221-222.

<sup>149</sup> CASTRO, Maria Cecília de Almeida. *Op. cit.*, p. 174-175.

possibilidade de reparação. E, aqui, cumpre-se traçar um paralelo, a título argumentativo, com o Direito Civil. Isto porque, torna-se imprescindível esclarecer alguns efeitos da mora (instituto clássico do Direito das Obrigações). Para tanto, valiosos são os ensinamentos de Orlando GOMES. De acordo com o civilista, quando o devedor retarda injustamente o adimplemento de uma obrigação, resta-se responsável pelos prejuízos que vier a ocasionar ao credor. E, assim, esta responsabilidade pelas perdas e danos, seria o principal efeito atribuído a mora. Com isso, quando a prestação ainda for útil ao credor, a indenização incluirá os lucros cessantes (o que este deixou de ganhar em decorrência do atraso) e, também, as despesas efetuadas em consequência da mora.<sup>150</sup>

Vê-se, portanto, que a constituição em mora do devedor traz como consequência, tendo em vista o inadimplemento relativo, a faculdade de o credor exigir as perdas e danos. É o que se vê da estreita dicção do art. 389 do Código Civil, *in verbis*: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos (...)”. Com isso, uma vez constituídos os Chefes dos Poderes Executivos (Federal e Estadual) em mora, ante a ausência de regulamentação do art. 37, X, da Constituição Federal, esta, por si só, ensejaria a possibilidade dos servidores requererem a indenização pelos prejuízos suportados, com fundamento na responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º, da Lei Fundamental).

Mais ainda, como se sabe, nos termos do art. 103, § 2º, da Constituição Federal, “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”. Ou seja, como se vê, o Poder Judiciário, reconhecendo a mora, não possui a prerrogativa de se imiscuir na competência do Poder Legiferante, exercendo a função legislativa que lhe competia (e nem tão pouco fixar-lhe prazo). Limita-se, tão somente (e infelizmente) a cientificá-lo da imprescindibilidade da edição da lei. Não pode, portanto, forçar, através de quaisquer mecanismos, a deflagração do processo de elaboração normativa. E, desta forma, em se permanecendo a omissão, resta-se, apenas, como alternativa à inércia (uma vez que a lei é de iniciativa privativa), a reparação pelas perdas e danos ocasionadas. É o que se depreende, mais uma vez, recorrendo-se, paralelamente, ao Direito Civil,

---

<sup>150</sup>GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 206.

da leitura do art. 247 do Código, *ipsis litteris*: “incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível”.

O raciocínio até aqui desenvolvido, emprestando-se conceitos do Direito Civil, pode ser assim esquematizado: a mora em desencadear o processo de elaboração da lei da revisão geral anual foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), através de ADO; o seu reconhecimento, por si só, já poderia ensejar o direito à indenização; ademais, inexistente mecanismo jurídico apto a realizar o ato, ou mesmo, capaz de forçar a sua execução; como trata-se de omissão de um dever constitucionalmente posto, só é exequível pelo titular da competência legislativa disciplinada na Lei Fundamental (Chefe do Poder Executivo, com base no art. 61, § 1º, II, “a”); exsurge-se, assim, como alternativa, tão somente, a indenização pelos prejuízos causados ante a ausência da regulamentação.

Viu-se, portanto, a partir de todo o exposto, a insubsistência dos argumentos, contrários à responsabilização, até aqui suscitados (e levantados no bojo do RE 565.089/SP). Em suma: inexistente afronta à Súmula 339 (convertida na Súmula Vinculante 37) do Pretório Excelso e, ademais, resta-se inegável o caráter vinculado da revisão, que impõe um dever concreto de atuação ao Estado. Posto isso, notória a necessidade de responsabilização do Estado em face da ausência de regulamentação do art. 37, X, da Constituição Federal.

Ademais, como já debatido em situação anterior, a responsabilidade por omissões legislativas inconstitucionais, uma vez que descumprido, precipuamente, dever imposto por norma certa e determinada, é objetiva. A ausência de regulamentação da revisão imputa ao Estado, portanto, a responsabilidade objetiva pelos danos causados aos servidores, na forma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.<sup>151</sup>

Ainda, mais uma vez, recorrendo-se a aspectos já analisados, no âmbito da responsabilidade civil objetiva do Estado, desnecessária se torna a perquirição sobre o elemento subjetivo. Ou seja, se a conduta, ensejadora do dano, foi realizada com culpa ou dolo. O eixo de averiguação desloca-se para o campo do nexos de causalidade. Nestes casos, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO elenca, como requisitos necessários à responsabilização, os seguintes elementos: a prática de um ato lícito

---

<sup>151</sup>

Cf. no mesmo sentido: FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 222-223.

ou ilícito por um agente público; o acontecimento, em decorrência desta conduta, de um dano específico e anormal, e no mais, a verificação do nexo de causalidade entre a conduta e o evento o danoso”.<sup>152</sup> Importante analisar, cada um deles, em face do art. 37, X, da Constituição Federal.

Luciano FERRAZ argumenta que a conduta ensejadora da responsabilidade reside na omissão legislativa inconstitucional perpetrada pelo Chefe do Poder Executivo no exercício de sua função atípica de legislar.<sup>153</sup> Trata-se, portanto, de uma conduta omissiva de um agente público (mais especificamente, um agente político). Assim, cumprido encontra-se o primeiro requisito.

Além do mais, importa-se que o dano seja específico e anormal. Quando do julgamento do RE 424.884/MG (julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) em 17.11.2009, relator Ministro Carlos Velloso, relator para acórdão Ministro Joaquim Barbosa, DJU 07.05.2010), pela Segunda Turma do Pretório Excelso, o Ministro Joaquim Barbosa posicionou-se no sentido de que o dano, nos casos da postulação de indenização em decorrência da ausência de revisão geral anual, era genérico, e que, por isso, não ensejava a responsabilidade estatal. Todavia, nestes casos, reconhece-se a especialidade do dano; trata-se de dano certo e determinado (determinável). Transpassa-se, *in casu*, o dever geral de suportar. É certo, pois, como bem asseverou o Ministro Carlos Velloso, também na apreciação do referido recurso (RE 424.884/MG), “este é claramente representado pela ausência da norma implementadora do direito assegurado”. Além do mais, é determinado, ou, ainda determinável, pois decorrente da omissão na concessão da revisão a um grupo pré-determinado de servidores, plenamente identificáveis. E, ainda, importante ressaltar, também, que o dano indenizável refere-se à recomposição da perda do poder aquisitivo da moeda em face dos processos inflacionários. Maria Cecília de Almeida CASTRO pondera que este dano indenizável está relacionado com a proteção, positivada pela Constituição, da irredutibilidade dos vencimentos, garantida pelo art. 37, XV, c/c art. 39, § 3º e art. 7º, IV, todos da Constituição Federal. Ressalta que a análise sistemática dos supramencionados dispositivos (concomitantemente com o art. 37, X, da Lei Fundamental), permite concluir que o Poder Constituinte objetivou que a remuneração e os subsídios dos servidores públicos fossem reajustados

---

<sup>152</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 647.

<sup>153</sup> FERRAZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 223.

periodicamente, preservando-se o seu poder aquisitivo e, permitindo-se, outrossim, o suprimento de todas as necessidades básicas, recompondo-se, através da revisão geral anual, as desvalorizações decorrentes da inflação.<sup>154</sup> Apesar das discussões relativas à irredutibilidade de vencimentos,<sup>155</sup> vê-se, perfeitamente, que o dano é específico e anormal, cumprindo-se, também, com o segundo requisito exigido para a responsabilização.

Por fim, há que se analisar o nexo de causalidade. Ele é indiscutível, não carecendo de maiores divagações. Notório que a omissão legislativa inconstitucional, por parte do Chefe do Poder Executivo, que descumpriu com o dever concreto estabelecido pela norma, que o impunha a obrigação, anual, de editar a lei que garantisse a revisão geral das remunerações e subsídios dos servidores públicos, deu ensejo à defasagem salarial dos mesmos. Em outras palavras, a ausência do reajuste (cuja lei era de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo) implicou, necessariamente, na corrosão do poder aquisitivo dos servidores públicos, em face das constantes desvalorizações (oriundas dos processos inflacionários) e que lhe causaram prejuízos financeiros. Preenchido encontra-se, também, o terceiro requisito.

Desta feita, como se vê, intrinsecamente, e, juridicamente, inexiste espaço para se afastar a responsabilidade civil do Estado, ante a ausência de regulamentação do art. 37, X, da Constituição Federal. Todo o esforço argumentativo converge para a responsabilização, seja pela inaplicabilidade da Súmula 339 (transformada na Súmula Vinculante 37) do Pretório Excelso, seja pelo caráter vinculativo da revisão. E, em assim sendo, o descumprimento de um dever, constitucionalmente previsto, enseja a necessidade de concessão de indenização, com base na responsabilidade civil por omissão legislativa inconstitucional. Responsabilidade esta objetiva e que, *in casu*, possui todos os seus requisitos autorizadores preenchidos. Todavia, não só são estes os fundamentos utilizados para sustentar a negativa da reparação. Existem outros. No entanto, estes outros estão correlacionados com uma perspectiva externa, pragmática, do impacto financeiro. Por este motivo, serão analisados, detidamente, em separado.

---

<sup>154</sup> CASTRO, Maria Cecília de Almeida. *Op. cit.*, p. 186; Cf., no mesmo sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 490

<sup>155</sup> Os tribunais entendem, em sua maioria, que a irredutibilidade é adstrita ao valor nominal, e não à preservação do valor real.

### 3.3 O consequencialismo e a necessidade de efetividade das normas constitucionais

Vale lembrar, mais uma vez, que os argumentos, aqui analisados, referem-se àqueles suscitados pelo Pretório Excelso na apreciação do RE 565.089/SP. Rememora-se, ainda, que o julgamento do referido recurso, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), ainda não fora finalizado (está suspenso, em decorrência de pedido de vista formulado pelo Ministro Dias Toffoli, desde 02.10.2014) e, que, por este motivo, apenas o voto do relator, o Ministro Marco Aurélio, encontra-se disponibilizado publicamente. Assim, os argumentos apresentados pelos demais Ministros, e aqui utilizados, lastreiam-se em notícias veiculadas pelo próprio sítio da Suprema Corte Federal. Necessária, assim, novamente, a respectiva ponderação.

Posto isso, é de ressaltar que, quando do julgamento do supramencionado recurso, em sessão plenária do dia 02.10.2014, o Ministro Gilmar Mendes posicionou-se, acompanhando a divergência iniciada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, pela impossibilidade da indenização. Um dos fundamentos da negativa, utilizado pelo eminente Ministro, reside no fato de que, ao se admitir a reparação, estar-se-ia criando “(...) uma intervenção das mais radicais, uma revolução, porque o Judiciário estaria mandado essa conta, com valor em aberto, para que seja incorporada talvez já no próximo orçamento”.<sup>156</sup> Trata-se, essencialmente, de um argumento de ordem pragmática. Isto porque, para além do RE 565.089/SP, inúmeros são os outros casos, similares, em que se pugna pela reparação do dano, com base na responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa inconstitucional (ante a ausência de regulamentação do preceito insculpido no art. 37, X, da Lei Fundamental). E, indubitavelmente, o impacto econômico será considerável. Veja-se que, já em outra oportunidade, o mesmo Ministro Gilmar Mendes, quando da apreciação do RE 424.884/MG (julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) em 17.11.2009, relator Ministro Carlos Velloso, relator para acórdão Ministro Joaquim Barbosa, DJU 07.05.2010), que versava sobre

---

<sup>156</sup> *Julgamento sobre revisão anual em vencimentos é suspenso por pedido de vista.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=276612>. Acesso em 08.10.2014.

a mesma temática, já havia demonstrado preocupação com a repercussão financeira da concessão das indenizações. Naquela época, levantou, ainda que sem maiores divagações, a possibilidade de alegação, por parte do Estado, da cláusula da reserva do possível, como uma (pretensa) razão plausível a justificar a inércia legislativa. E a reserva do possível, como destaca André PUCCINELI JÚNIOR, nada mais é do que uma construção, oriunda do Direito germânico, em que o exercício de direitos torna-se condicionado à prévia existência de recursos públicos para o seu custeio.<sup>157</sup>

Note-se que a preocupação com impacto financeiro da decisão, e com a reserva do possível, não é um aspecto exclusivo da revisão geral anual. Em outras situações, também, são enfrentados os mesmos dilemas. Exemplo paradigmático, nesta seara, é o caso da judicialização dos direitos sociais. Aqui, em muitas ocasiões, o Poder Judiciário encontra-se no epicentro das discussões entre a concretização das normas definidoras destes direitos, de um lado, e as limitações impostas pelo orçamento público, de outro.

De uma maneira geral, o que se verifica, em todos estes casos que envolvem o impacto financeiro da decisão (no orçamento público dos entes federativos), é uma preocupação exacerbada com os custos do direito. Não se trata, substancialmente, de negá-la. Todavia, há que se ponderar sobre a sua utilização como fundamento para negar a realização de direitos, sobretudo os constitucionalmente consagrados. O que se verifica, aqui, é o prestígio de uma racionalidade instrumental, voltada para a observação dos resultados práticos do *decisum*. Esta nada mais é do que a expressão objetiva de um pragmatismo jurídico. O Ministro Marco Aurélio, em seu voto no RE 565.089/SP, pondera que o pragmatismo “(...) retira o juiz do hábitat natural e o põe na função de legislador, para que tome a decisão com fundamento na antecipação hipotética de resultados”. Entretanto, como bem esclarece o Ministro, “não incumbe ao Poder Judiciário analisar a conveniência dessa ou daquela norma, mas apenas assentar se determinada pretensão é ou não é compatível com o ordenamento jurídico”. Ou seja, é a racionalidade jurídica que deve prevalecer. E no caso do art. 37, X, da Constituição Federal, notório é o direito à indenização, pela estreita avaliação da dicção do comando constitucional, que previa a anualidade de um reajuste geral

---

<sup>157</sup>PUCCINELI JÚNIOR, André. *Op. cit.*, p. 96.

remuneratório, não concedido e que, por este motivo, acarretou evidentes prejuízos aos servidores públicos (em face da perda do poder aquisitivo de suas remunerações e subsídios).

Ademais, especificamente no caso da revisão geral anual, a preocupação com o impacto financeiro da decisão e a cláusula da reserva do possível possuem outros empecilhos (que impedem a sua aceitação indiscriminada). Isto porque, para fins de responsabilidade civil, o Estado é, naturalmente, solvente, e, por este motivo, possui patrimônio suficiente para realizar a composição do dano. Não há que se imaginar que o Estado, sob a justificativa de ausência de recursos públicos, furte-se a cumprir com uma obrigação originária de sua responsabilidade. Ademais, some-se a isto o fato de que se a revisão houvesse sido realizada tempestivamente (em períodos anuais, como prevê a Lei Fundamental) não se incorreriam em maiores problemas (de ordem financeira). Neste sentido, a própria Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), excetua, expressamente, a revisão geral anual dos seus limites. Ao tratar das despesas obrigatórias de caráter continuado (art. 17), esta, em seu § 1º, determina que as mesmas sejam precedidas de estimativa do impacto orçamentário-financeiro (art. 16, I) e, também, de demonstrativo de origem de recursos para o seu custeio. Inobstante, em seu § 6º, excetua a revisão geral anual destas restrições, *in verbis*: “O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição”. Acresça-se a isto o fato de que, consoante art. 22, parágrafo único, inciso I, do referido diploma<sup>158</sup>, mesmo depois de a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite definido, ainda assim, remanesce a possibilidade de concessão do reajuste geral remuneratório aos servidores.

Em síntese, viu-se que o argumento pragmático do impacto financeiro da decisão (e conseqüentemente, da cláusula da reserva do possível) não deve prevalecer. Isto porque, a racionalidade que deve orientar os julgadores é a jurídica, e não a preocupação com os resultados práticos das medidas tomadas

---

<sup>158</sup> Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre. Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso: I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição.



(racionalidade instrumental). De outro lado, a própria subsistência da argumentação encontra-se obstaculizada pela característica de solvência do Estado, sobretudo para fins de responsabilidade civil, e, ademais, pela própria exceção feita pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 17, §<sup>os</sup> 1<sup>o</sup> e 6<sup>o</sup> e art. 22, parágrafo único, I), não subordinando a revisão geral anual aos seus limites.

Contudo, há que se argumentar, ainda, mais um fator. E este é bem sintetizado pelo Ministro Luiz Fux (no julgamento do RE 565.089/SP). Segundo ele, o Supremo Tribunal Federal (STF) não pode dotar-se de uma postura consequencialista, e, sob esta premissa, atuar em descompromisso frente à segurança jurídica e às normas constitucionais. O julgador constitucional não deve, portanto, negar efetividade às normas insculpidas na Lei Fundamental. Ainda, neste sentido, segundo o Ministro, “ser consequencialista para negar a efetividade à norma constitucional faz com que o STF se coloque na posição do legislador, como esse houvesse um arrependimento tardio”.<sup>159</sup> Ou seja, a despeito do consequencialismo, deve-se privilegiar a efetividade das normas constitucionais. Cumpre-se discorrer brevemente sobre o tema.

O exame da efetividade perpassa, em um primeiro momento, por rememorar a clássica classificação ontológica desenvolvida por Karl LOEWENSTEIN. A classificação volta-se para uma análise da essência da Lei Fundamental, ou seja, entre a correspondência desta com a realidade em que vige. As Constituições foram divididas, assim, em normativas, semânticas e nominais. As Constituições normativas seriam aquelas que, para além de se apresentarem como juridicamente válidas, encontrariam-se plenamente integradas com a sociedade. Nestas, o processo político figurar-se-ia como plenamente submetido às normas dispostas na Lei Fundamental. Por outro lado, as Constituições semânticas diriam respeito àquelas Cartas estritamente subalternas ao processo político vigente, utilizadas, apenas, como instrumento de dominação pelos detentores do poder. No meio destes dois extremos, apresentariam-se as Constituições nominais, em que o processo político não se exteriorizaria como perfeitamente enquadrado em suas normas.<sup>160</sup> Posto isso, com base nestes modelos, e voltando-se para a realidade constitucional

---

<sup>159</sup> *Julgamento sobre revisão anual em vencimentos é suspenso por pedido de vista*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=276612>. Acesso em 08.10.2014.

<sup>160</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1983, p. 216 e ss.

contemporânea brasileira, “é de se esperar que se possa consolidar, agora, uma Constituição Normativa, não apenas válida e vigente, na sua roupagem formal, mas real e efetiva, harmonizada com a História”.<sup>161</sup>

O que se pretende dizer, com tudo isso, é que se deve buscar, frente ao atual texto constitucional, a sua consolidação como uma (verdadeira) Constituição Normativa. Ou seja, como uma Lei Fundamental que, para além de formalmente válida, encontre-se integrada com a sociedade e que seja fielmente cumprida pelos seus destinatários e pelos detentores do poder. Para tanto, há que se eliminarem os descompassos existentes entre o que se encontra preconizado na norma e o que, concretamente, se verifica na realidade. Neste sentido, essencial reconhecer-se a “força normativa da Constituição”<sup>162</sup> e a necessidade de se conferir a máxima efetividade às suas normas. Não há como se falar em efetividade, sem reconhecer-se o caráter normativo da Constituição. Explica-se.

Ao tratar da consagração do que denominou “doutrina da efetividade”, Luís Roberto BARROSO destacou que esta promoveu três mudanças de paradigma na teoria e na prática do Direito Constitucional brasileiro. Primeiramente, no plano jurídico, a atribuição de normatividade à Constituição. Ainda, numa perspectiva científica, o reconhecimento, ao Direito Constitucional, de autonomia e objeto próprios. Por fim, do ponto de vista institucional, a contribuição para a ascensão do Poder Judiciário, conferindo-lhe um papel mais destacado na tarefa de concretização dos direitos previstos nas normas da Lei Fundamental.<sup>163</sup> Voltando-se, especificamente, a mudança citada pelo constitucionalista no plano jurídico, pode-se depreender, logicamente, que a atribuição de efetividade às normas constitucionais, pressupõe, inicialmente, o reconhecimento da Constituição como uma norma, ou seja, como fonte de direitos e obrigações. A Carta Constitucional, como bem assevera Eneida Desiree SALGADO, norma suprema de um ordenamento jurídico, à qual está condicionada toda a legislação posterior, não se exterioriza, apenas, como um conjunto de conselhos e nem se destina, tão somente, a limitar o poder

---

<sup>161</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 65.

<sup>162</sup> Neste sentido, cf.: HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>163</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225.

estatal.<sup>164</sup> A constatação é importante porque, no mais das vezes, a inefetividade das normas está associada à falta de normatividade da Lei Fundamental.

Feita estas considerações, indispensável apresentar, neste momento, um conceito, ainda que sintético, de efetividade. Luís Roberto BARROSO assevera que a efetividade nada mais é do que a própria realização do Direito, ou seja, o desempenho, pragmático, de sua função social. Diz respeito, assim, à materialização, na realidade, dos preceitos insculpidos nas normas, atuando, desta feita, como um vetor de aproximação entre o dever-ser normativo e o ser social.<sup>165</sup> Por isso, não há como se negar a indispensabilidade em se conferir a máxima efetividade às normas da Constituição.

Com isso, imprescindível que sejam adotados comportamentos que coadunem com estas premissas. E, desta forma, o perfilhamento de posicionamentos que privilegiem decisões utilitaristas, logicamente, não se presta a esta função. Pelo contrário, está-se, assim, contribuindo para a frustração dos comandos da Lei Fundamental. Esta frustração constitucional, como assevera Luís Roberto BARROSO, pode advir, para além da inflação jurídica e da juridicização do fato político, também, da insinceridade normativa. Esta insinceridade, como assevera o doutrinador (e ministro do Supremo Tribunal Federal (STF)), pode resultar de diversas razões. Primeiramente porque o texto constitucional pode apresentar, desde o início, comandos, por si só, irrealizáveis. Da mesma maneira, pode originar-se, também, em face do descumprimento de normas por parte do próprio poder constituído (em razão de interesses políticos). Ademais, pode advir, ainda, de obstáculos impostos por setores sociais econômica e politicamente influentes.<sup>166</sup> A ausência de regulamentação do art. 37, X, da Constituição Federal, trata-se, fundamentalmente, de um caso de “insinceridade normativa”. E, desta forma, obstaculizar o direito dos servidores públicos à indenização, decorrente desta omissão legislativa inconstitucional, significa, como consequência, corroborar com a frustração e, ainda, atentar contra a efetividade (e normatividade) da Constituição. Não por outro motivo, no julgamento do RE 565.089/SP o Ministro Marco Aurélio destacou a necessidade em se combater esta figura (a “insinceridade normativa”).

---

<sup>164</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Op. cit.*, p. 88.

<sup>165</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 61.

Todavia, a questão da efetividade exacerba-se quando se está diante de inconstitucionalidade por omissão (como no caso do art. 37, X, da Constituição Federal). Isto porque, apesar de a Lei Fundamental ter concebido dois remédios específicos para combatê-la, inexistentes em Constituições anteriores<sup>167</sup>, quais sejam, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º) e o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI), estes se demonstraram ineficazes na prática. Cumpre-se tecer brevíssimos comentários sobre os institutos.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), como já mencionado anteriormente, não tem o condão de obrigar o Poder competente a tomar as medidas necessárias a conferir efetividade à norma constitucional carente de regulamentação. Restringe-se, tão somente, a cientificá-lo. É o que se infere da literalidade do dispositivo do art. 103, § 2º, *in verbis*: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias (...)”. Ademais, quando se está diante de uma omissão legislativa, mais inócuo é, ainda, o instituto, Isto porque, inexistente, *in casu*, a fixação de prazo para que a lei seja elaborada. André PUCCINELI JÚNIOR destaca que, no tocante às omissões legislativas, a admoestação judicial servirá, apenas, para atestar a mora e não para afastá-la. Realça que, tendo em vista a inexistência de fixação de prazo (diferentemente do que acontece nas omissões de medidas administrativas), a mera cientificação é incapaz de forçar a expedição da norma, essencial para garantir a exequibilidade do preceptivo constitucional.<sup>168</sup> Atente-se que, no caso da revisão geral anual, como assinalado anteriormente, várias foram as ADO interpostas (tanto em âmbito federal como em nível estadual).

O Mandado de Injunção, por sua vez, encontra-se expresso no art. 5º, LXXI, da Lei Fundamental, *in verbis*: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Sobre ele, importantes são as considerações de Daniel W. HACHEM. Segundo o autor, o instituto tem como finalidade precípua conferir imediata aplicabilidade aos direitos constitucionais, possibilitando, outrossim, o seu exercício,

<sup>167</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 77.

<sup>168</sup> PUCCINELI JÚNIOR, André. *Op. cit.*, p. 171.

quando inexistente norma infraconstitucional regulamentadora do seu conteúdo. Desta forma, este não se apresentaria, apenas, como um instrumento, *in concreto*, que, junto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), atrelada ao controle abstrato, estruturariam, complementarmente, um sistema de controle de constitucionalidade no direito pátrio. Mais do que isso, o Mandado de Injunção exterioriza-se como um remédio constitucional, como uma verdadeira garantia (e que, por isso mesmo, em decorrência de sua natureza diversa, apresentaria, no plano prático, consequências diversas).<sup>169</sup> Destaca, ainda, uma mudança de entendimento dentro do Supremo Tribunal Federal (STF), que, em comparação com o paradigmático MI 107-3 – DF, em seus últimos julgamentos, tem privilegiado a efetivação dos direitos constitucionais não regulamentados, ponderando, contudo, a inexistência de um critério objetivo, dentro do Pretório Excelso, para se determinar os efeitos da decisão em sede de Mandado de Injunção.<sup>170</sup> Especificamente nos casos do art. 37, X, da Constituição Federal, vê-se que, pelo menos em âmbito federal, os Mandados de Injunção tem tido o seu seguimento negado, por entender a Suprema Corte que a existência de norma regulamentadora (no caso, as Leis n<sup>os</sup> 10.331/01 e 10.697/03), exaure o objeto da pretensão própria do instituto. Neste sentido: MI 2182 AgR/DF, Pleno, rel. Min. Teori Zavascki, j. 24.04.2013, DJ 09.05.2013; MI 689 AgR/DF, Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31.05.2006, DJ 23.06.2006; MI 634 AgR/DF, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26.10.2005, DJ 25.11.2005, entre outros.

De todo o exposto, infere-se, assim, a incapacidade destes dois institutos em lidar, de maneira satisfatória, com a problemática correlacionada com as omissões legislativas inconstitucionais (e em especial, no aspecto concernente à revisão geral anual). E é neste sentido que a responsabilidade civil do Estado exsurge como via alternativa, apta a empregar efetividade aos preceitos constitucionais carentes de regulamentação (logicamente, quando estes ocasionarem danos, específicos e anormais).

Assim, como visto, o consequencialismo da decisão (privilegiando o lado do impacto financeiro) acaba por afastar a necessidade de se conferir efetividade às normas constitucionais. Efetividade esta, no caso do art. 37, X, da Constituição Federal, conquistada com o reconhecimento do direito dos servidores públicos à

---

<sup>169</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 78-81.

<sup>170</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 147-154.

indenização. Cumpre-se, aqui, a guisa de conclusão, transcrever o excerto do voto do Ministro Marco Aurélio, relator do RE 565.089/SP, e que, de certa maneira, sintetiza, de forma clara, tudo o que fora acima exposto, *in verbis*:

Cabe aos poderes constituídos agir com responsabilidade, e não simplesmente jogar para o Supremo o ônus de impedir que as promessas políticas insequentemente tornem-se realidades desastrosas. O Supremo não é o Ministério da Fazenda ou o Banco Central do Brasil. Não compete ao Tribunal fazer contas quando está em jogo o Direito, mais ainda quando se trata do direito constitucional.

## CONCLUSÃO

A Constituição, em uma perspectiva do Direito Constitucional contemporâneo, apresenta-se lastreada nas ideias de incompletude e indeterminação de sentido. Desta forma, aceita-se que esta apresente, internamente, as denominadas lacunas. Exemplos de lacunas constitucionais são as lacunas técnicas, expressas, fundamentalmente, através das normas de eficácia limitada. Estas são normas que carecem, para que possam produzir todos seus efeitos positivos, de uma integração normativa posterior por parte do legislador ordinário.

E é neste âmbito que se caracterizam as omissões legislativas inconstitucionais. Isto porque estas são verificadas, essencialmente, a partir do descumprimento de um dever de legislar imposto por uma norma constitucional específica, dependente de uma *interpositio legislatoris*. E estas normas são, justamente, as normas de eficácia limitada. Todavia, não são todas estas normas que imprimem, efetivamente, um dever de legislar ao Poder Legiferante. Como se evidenciou no presente trabalho, dentro do campo das normas de eficácia limitada, apenas as normas declaratórias de princípios institutivos impositivas e as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade exprimem, concretamente, esta obrigação de editar a lei integradora. Desta forma, em havendo o descumprimento destas normas, presente estará, portanto, a omissão legislativa inconstitucional.

Contudo, a caracterização da omissão legislativa inconstitucional requer, para além do descumprimento de um dever (geral ou especial) imposto por uma norma certa e determinada, a análise do elemento temporal. Isto porque a norma constitucional pode prever, ou não, o prazo para a concretização da integração normativa satisfatória. Prevendo, o simples decurso será suficiente para a delimitação da omissão. Do outro lado, sendo este inexistente, a fixação ficará adstrita ao juízo do intérprete, que deverá avaliar, em cada caso, o transcurso de um lapso de tempo razoável.

Ainda, o descumprimento do dever pode se dar de maneira integral ou parcial. Por isso, fala-se em omissões legislativas inconstitucionais totais ou parciais. Nas totais, não há integração normativa. Já nas parciais, esta regulamentação existe, mas de maneira insatisfatória.

Imperioso reconhecer-se que as omissões legislativas inconstitucionais representam um problema concreto, visto que, sem a devida integração normativa, as normas constitucionais deixam de operar, integralmente, os seus efeitos. Contrasta, portanto, com a necessidade de se conferir força normativa à Lei Fundamental e, ainda, com a imprescindibilidade de se atribuir a máxima efetividade às suas disposições. Por isso, identificada a omissão, é fundamental que se estabeleça a responsabilidade civil do Estado pelo descumprimento de um dever de legislar imposto pela Carta Constitucional.

Ora, como se sabe, a responsabilidade civil desenvolveu-se, sobretudo, dentro da seara do exercício da função administrativa do Estado. Assistiu-se, com o passar do tempo, a um crescente alargamento das hipóteses de responsabilização estatal. Transpassou-se, inicialmente, da fase da irresponsabilidade para a fase das teorias civilistas (teoria dos atos de império e dos atos de gestão e teoria da culpa civil). Mais adiante, seguiram-se a estas as teorias publicistas (teoria do *faute du service* e teoria do risco). A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, consagrou o instituto da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo. Para que se reste caracterizada a responsabilidade, basta, portanto, a convergência de três requisitos: a prática de um ato lícito ou ilícito, a ocorrência de dano e o nexo de causalidade entre eles.

Todavia, ainda que doutrina e jurisprudência acordem, com base no art. 37, § 6º, da Lei Fundamental, sobre a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado nos casos de condutas comissivas dos agentes públicos, o mesmo não se pode dizer quando o assunto são as omissões estatais. Discute-se, aqui, se nos casos das omissões administrativas aplicar-se-ia o mesmo regime dos atos comissivos (teoria objetiva) ou a teoria do *faute du service*. No presente trabalho, adotou-se, para os casos omissivos, também, a responsabilidade objetiva. O motivo principal, para a adoção do referido posicionamento, é a inexistência de diferenciação, no texto constitucional, de condutas comissivas ou omissivas. A responsabilidade deve, portanto, ser uma só. Ademais, a adoção de uma objetivação da responsabilidade permite com que o Poder Público não se desonere dos deveres e das prestações positivas que lhe são impostos pela Carta Constitucional. No entanto, não se trata, neste ponto, de responsabilizar o Estado por qualquer conduta omissiva, mas sim de responsabilizá-lo pelo descumprimento de um dever concreto de atuação.



Ademais, é cediço que a responsabilidade do Estado na esfera legislativa percorreu os mesmos trilhos da responsabilidade estatal na seara administrativa. No entanto, aqui, os caminhos foram muito mais sinuosos. A afirmação deve-se ao fato de que muitos empecilhos foram, e continuam sendo, empregados para afastar a ideia de responsabilização estatal pelo desempenho da função legiferante. Dentre estes, os principais: exercício da soberania, abstração e generalidade da lei e, ainda, representatividade dos parlamentares. Nenhum deles, contudo, é capaz de se sustentar. Por este motivo é que se admite, sim, a possibilidade de responsabilização do Estado por atos legislativos, e, mais especificamente, pelas omissões legislativas inconstitucionais. Ora, não há como se aceitar, em um Estado Democrático de Direito, a ideia de irresponsabilidade estatal (de nenhum dos Poderes).

No tocante às omissões legislativas, assim como no caso das omissões administrativas (e pelas mesmas justificativas), a responsabilidade é objetiva. Da mesma maneira, há que se perquirir, também, a existência de um dever concreto. Nestes casos, outrossim, a concretude estará expressa na própria norma constitucional (de eficácia limitada, ou mais, especificamente, nas normas declaratórias de princípios institutivos impositivas e nas normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade).

Posto isto, evidente a necessidade de responsabilização do Estado pela ausência de regulamentação do art. 37, X, da Constituição Federal. O dispositivo, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, previu a necessidade de concessão de revisão geral anual aos servidores públicos, a fim de que houvesse a recomposição de suas retribuições (em decorrência das perdas inflacionárias). Em outras palavras, exigiu-se, concretamente, o dever de legislar. Contudo, em muitas situações, este reajuste geral não foi concedido. Vê-se, claramente, o preenchimento dos requisitos ensejadores da responsabilidade objetiva: a existência de um ato ilícito (a omissão legislativa inconstitucional), o dano (corrosão do poder aquisitivo das retribuições dos servidores públicos) e o nexo de causalidade (a defasagem salarial é consequência direta da conduta omissiva).

O Pretório Excelso reconheceu a repercussão geral do tema no RE 565.089/SP. O julgamento, entretanto, ainda não foi finalizado. Todavia, até então, pode-se inferir que todos os votos contrários à indenização baseiam-se em premissas equivocadas. Primeiramente, evidente a inaplicabilidade da Súmula 339

(convertida na Súmula Vinculante 37) do Supremo Tribunal Federal (STF) ao caso. A revisão diz respeito à recomposição, e não a um aumento. E, ainda, a natureza do pedido baseia-se em uma verba de caráter, nitidamente, indenizatório. Ademais, não há que se falar em discricionariedade da revisão. A revisão é vinculada. A periodicidade anual da concessão exprime, flagrantemente, o caráter de exigibilidade do reajuste. Para além disso, a fundamentação pautada no impacto financeiro da concessão das indenizações aos servidores públicos demonstra-se, também, insubsistente. A racionalidade que deve orientar o magistrado é a jurídica (e não a instrumental). Ademais, a despeito de fundamentos de cunho utilitaristas, é primordial que se privilegie, ainda mais na Suprema Corte, a efetividade das normas previstas na Lei Fundamental.

Sinteticamente, pode-se afirmar: em um Estado Democrático de Direito, não há como se aventar a hipótese de irresponsabilidade do Estado em face do descumprimento de um dever de legislar imposto constitucionalmente (por norma específica). A responsabilização apresenta-se, assim, como uma maneira de se atribuir efetividade às normas, mormente em face das impossibilidades relativas aos mecanismos típicos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADO) e o Mandado de Injunção (em que pese a sinalização, com relação a este último, de uma ampliação de sua concepção). A ausência de regulamentação da norma do art. 37, X, da Constituição, exterioriza-se como um exemplo emblemático de omissão indenizável, sendo necessário que seja concedida a necessária indenização aos servidores públicos prejudicados pela defasagem salarial. Trata-se, essencialmente, em última análise, de um direito subjetivo dos mesmos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da administração pública: aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileira. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILLO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASTRO, Maria Cecília de Almeida. **Responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa: a regra da indexação e o direito dos servidores públicos brasileiros à revisão geral anual de sua remuneração e dos subsídios**. Dissertação (mestrado em Direito Público). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

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

FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão Legislativa – Caso do Art. 37, X, da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FREITAS, Juarez. Proporcionalidade e vedação de excesso e inoperância. *In*: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FORTINI, Cristiana; SOUZA, Tatiana Santos de. A responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 6, nº 26, p. 221-234, out/dez.2006.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Inoperância. *In*: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado, Faute Du Service e o Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luiz Manuel Fonseca; BENCACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado – desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1983.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PUCCINELI JÚNIOR, André. **A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SAAD, Renan Miguel. **O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado. Doutrina e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, Paulo Rogério da Silva. Revisão Geral anual. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre: RPGE, v. 30, n. 63, jan./jun. 2006.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **O desvio de poder na função legislativa**. São Paulo: FTD, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENDRAMEL, Aparecida. **Responsabilidade Extracontratual do Estado**. São Paulo: Themis, 2000.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da Responsabilidade do Estado na Omissão da Fiscalização Ambiental. *In*: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade Patrimonial do Estado: Matriz Constitucional, a Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos, a Obrigatoriedade da Prévia Indenização e a Responsabilidade Pessoal do Parlamentar**. São Paulo: Malheiros, 2010.