

**UNIVERSIDADE DE SALAMANCA
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO**



**RESPONSABILIDADE CIVIL
POR ATOS LEGISLATIVOS DO ESTADO**

HILÁRIO DE CASTRO MELO JÚNIOR

DIRETOR: PROF. DR. EUGENIO LLAMAS POMBO

SALAMANCA

2009

Aos meus queridos pais Hilário e Fátima.
À minha amada Tatiane.
À minha preciosa filha Giulia, razões de
todo este esforço.

AGRADECIMENTOS

A luta por doutorar-se sabidamente não é nada fácil. O caminho é longo, tortuoso e cheio de barreiras e obstáculos a primeira vista intransponíveis. Ainda que por virtude própria, disciplina, coragem e fé não se consegue chegar sozinho à meta final. A conquista só se torna possível em nível coletivo, se o trabalho for feito por uma equipe corajosa e coesa onde o doutorando, apesar de seu notável protagonismo, não passa de um mero guia desbravador das trilhas e veredas que levam à cúspide da montanha.

Hoje, chegando ao final de tão difícil e penosa caminhada, posso bradar com todo orgulho aos quatro ventos de que tive o apoio, o privilégio e o prazer de fazer parte de uma invejável e vitoriosa equipe a quem atribuo publicamente, desde já, os eventuais méritos e louros atribuídos ao nosso discurso.

Aos meus familiares, aos meus amigos e a todos aqueles incentivadores que pelo mais mínimo sinal de apoio e estímulo contribuíram à concretização deste sonho, a minha eterna gratidão. Procurar citar a todos nominalmente aqui seria no mínimo um gesto perigoso neste momento em que a emoção predomina sobre a razão. Ao mesmo tempo, seria injusto também de minha parte não fazer alusão àqueles que nesta viagem foram meus fiéis, incansáveis, onipresentes e cúmplices escudeiros.

Aos meus pais Hilário e Fátima, à minha irmã Hyllana, à minha esposa Tatiane e à minha pequena Giulia o meu mais profundo agradecimento por terem sido aqueles que nos meus momentos de maior fraqueza e desilusão nunca me deixaram cair e olhar para atrás, mesmo diante de meus incontáveis medos e tropeços. Foram eles os que compartilharam comigo diretamente todos os dias as minhas ilusões, as minhas incertezas, as minhas angústias, os meus avanços, os meus fracassos, a minha impaciência, a minha perseverança, as minhas alegrias, as minhas decepções, as minhas dúvidas, o meu estresse, os meus prazeres, enfim, todos aqueles contraditórios e às vezes inexplicáveis sentimentos que diuturnamente germinam, brotam, afloram, maduram e ciclicamente perecem na vida de um doutorando.

Ao amigo Polanco por propiciar o faixo de luz quando o caminho estava mais sombrio, frio e escuro. Ao amigo Erick pela paciência, pela confiança e pelos sacrifícios

pessoais e profissionais gratuitamente suportados a fim de constituir, em meu exclusivo favor, uma plataforma sólida e tranquila para a consecução dos meus objetivos estudantis aqui na “ciudad dorada”.

Ao meu orientador Prof. Dr. Eugenio Llamas Pombo pela presteza e disposição em compartilhar a sua experiência acadêmica e a sua sabedoria jurídica em todos os momentos, fatores indispensáveis numa aventura desta natureza que se convertem no único e rochoso alicerce quando o mundo real deixado momentaneamente para atrás encontra-se a mais de 10.000 Km além-mar (Rio Branco/Acre – Brasil).

Aos meus já saudosos amigos de Salamanca, por tudo, especialmente por me fazerem compreender que o homem não é só matéria, mas também espírito.

À Deus, nosso Senhor, pela oportunidade e pela glória.



Hilário de Castro Melo Júnior

Salamanca, primavera, março de 2009.

“A fé é o firme fundamento das coisas que se esperam, e a certeza das coisas que não se vêem”.

(Bíblia Sagrada, Hebreus 11:1)

ÍNDICE

	PÁG.
ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS UTILIZADOS	X
INTRODUÇÃO	XI
1. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO LÍCITO	
1.1. Excurso histórico	1
1.2. Fundamentos legitimadores	10
1.2.1. O princípio da igualdade na repartição dos ônus e encargos públicos como parâmetro caracterizador da responsabilidade estatal. O contributo francês	10
1.2.2. O sacrifício especial como pressuposto do ato lícito danoso indenizável. O contributo alemão	22
1.3. Ressarcimentos, compensações e indenizações: premissas de um câmbio conceitual	24
1.4. Os limites do dano ressarcível e as propostas da doutrina e jurisprudência clássicas para a composição dos danos oriundos de atos estatais lícitos	30
1.4.1. A indenizabilidade como “ <i>compensação do dano motivado e consciente do legislador</i> ” — (concepção alemã)	33
1.4.2. A indenizabilidade como “ <i>conversão pecuniária do bem ou direito sacrificado/ expropriado</i> ” — (concepção italiana)	38
1.4.2.a) A proposta restritiva de ALESSI: a indenizabilidade como “ <i>compensação efetiva e atual do bem sacrificado/ expropriado</i> ”	43
2. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO LEGISLADOR	
2.1. Concepções teóricas iniciais	46
2.1.a) O presságio de DUGUIT	46
2.1.b) Os contrapontos doutrinários e a irradiação de teses sobre a teoria do Estado Legislador	51
2.2. O labor teórico-construtivo do <i>Conseil d'État</i> francês: a responsabilidade pelo fato das leis como fruto do pragmatismo	56
2.2.1. O <i>arrêt La Fleurette</i> como quebra de um paradigma. Consolidação prática de uma nova tendência jurisprudencial?	57
3. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO ESPANHOL	
3.1. Síntese evolutiva	65
3.1.1. A fase <i>pré</i> LEF/1954	65
3.1.2. A fase <i>pós</i> LEF/1954	70
3.2. Marco jurídico atual: a responsabilidade administrativa à luz da lei 30/1992, de 26 de novembro, do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (LRJAP y PAC/1992)	73
3.2.1. A responsabilidade patrimonial do Estado pelo funcionamento normal dos serviços públicos	76
3.2.2. A responsabilidade do Estado Legislador como uma “anomalia”	84
4. A ATIVIDADE LEGISLATIVA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978	
4.1. A força normativa da Constituição	87
4.2. O papel da lei no vigente sistema constitucional normativo: a lei como ato	

normativo coadjuvante	92
4.3. A lei e sua diversidade tipológica	93
4.3.1. A depreciação da concepção clássica de norma jurídica: a lei em forma e conteúdo	93
4.3.2. A simbiose legislativa: da generalidade ao particularismo: do racionalismo ao decisionismo	96
4.3.2.1. O modelo alemão das leis-medidas	99
4.3.2.2. As leis singulares de intervenção no contexto espanhol	111
4.4. A lei e o seu biotipo contemporâneo	115
4.5. O pluralismo legislativo no contexto da CE/78	118
4.6. Existe um conceito unitário de lei na Constituição?	120
4.7. O sistema legislativo de elaboração das leis	122
4.7.1. Processo legislativo: especial referência às leis orgânicas e ordinárias	122
4.7.2. A lei como ato normativo do tipo complexo	126
4.7.2.a) Estrutura morfológica	127
4.7.2.b) Excurso sobre o seu conceito constitucional	129
4.7.2.c) Conceito jurisprudencial de ato legislativo	130
4.8. A capacidade interventiva do legislador	134
4.8.1. A lei como instrumento de concretização do Estado Social	134
4.9. A intervenção legislativa na CE/78	137
4.9.1. Atos de conformação	138
4.9.1.a) O princípio da reserva legal e o poder conformador do legislador na égide da Constituição de 1978	139
4.9.2. Atos de intervenção	142
4.9.2.a) Intervenções, limitações, restrições e expropriações: esclarecimento terminológico	143
4.9.2.b) Intervenções limitadoras (Art. 53.1 CE/78)	153
4.9.2.b.1) A cláusula do conteúdo essencial como limite dos limites à atividade reguladora de direitos e liberdades fundamentais	161
4.9.2.b.2) Limitações ao direito de propriedade privada (Art. 32.2 CE/78)	169
4.9.2.b.2.a) O direito de propriedade na seara do Código Civil de 1889	182
4.9.2.b.2.b) Perfil constitucional atual	184
4.9.2.b.2.c) Limites e contingenciamentos “especiais” ao exercício do direito de propriedade. Apontamentos legislativos	187
4.9.2.c) Intervenção expropriatória (Art. 33.3 CE/78)	192
4.9.2.c.1) Expropriação <i>ope legis</i>	192
5. LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE LEGISLAR	
5.1. Retrato de uma atividade extremadamente modulada	193
5.2. Limitações constitucionais verticais	193
5.3. “Condicionamentos” constitucionais horizontais	202
6. A LEI COMO ATO IMPOSITOR DE DANOS E IRRESPONSABILIDADES	
6.1. A imperatividade da lei como mecanismo impositor de danos	209
6.2. Lesão ressarcível: uma atrofia conceitual a serviço da implementação da (falsa) legalidade. A imperatividade como instrumento de imposição de irresponsabilidades	214

7. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO LEGISLADOR NO DIREITO ESPANHOL	
7.1. Admissibilidade e desdobramentos	219
7.1.1. A responsabilidade de todos os poderes públicos na Constituição Espanhola de 1978: a tese do Estado Legislador responsável	219
7.1.2. Retrato de uma jurisprudência cambiante	222
7.1.2.a) O <i>leading case</i> Rumasa S.A. A excepcionalidade das leis singulares no âmbito do TC: a propagação pretoriana de uma doutrina?	222
7.1.2.b) O caso da antecipação compulsória da idade de aposentadoria de juízes e magistrados pela Lei Orgânica 6/1985, de 1º de julho, do Poder Judicial: o TC e a tese da 3ª (terceira) via	269
7.1.2.c) O Tribunal Supremo e a jurisprudência de incompetência	278
7.1.2.d) O Tribunal Supremo e a jurisprudência da carência regulamentar da matéria	290
8. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO LEGISLADOR NA LRJAP Y PAC/1992	
8.1. A falibilidade técnica do artigo 139	298
8.2. Críticas à hipótese indenizatória dos danos não expropriatórios prevista no artigo 139.3	315
8.3. Os danos indenizáveis à luz do artigo 141: parâmetros conceituais	320
8.4. A tendência jurisprudencial pós 92	323
9. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LEIS INCONSTITUCIONAIS	
9.1. A declaração de inconstitucionalidade como <i>prius</i> e condição de procedibilidade ao dever estatal de indenizar	326
9.1.1. Balance crítico	326
9.1.2. A doutrina dos efeitos prospectivos (TC) <i>versus</i> a doutrina da <i>actio nata</i> (TS): o conflito interjurisdicional como entrave ao reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos inconstitucionais	336
9.1.3. A culpa <i>na</i> e <i>da</i> ilicitude	349
9.2. Supostos indenizáveis	352
9.2.1. Atos legislativos de natureza expropriatória (Expropriações <i>ope legis</i>)	352
9.2.1.a) Inconstitucionalidade por denegação da compensação expropriatória	352
9.2.1.b) Inconstitucionalidade em razão do silêncio quanto à compensação	353
9.2.1.c) Inconstitucionalidade por vedação da discussão do justo preço	355
9.2.2. Atos legislativos de conteúdo <i>não</i> expropriatório	356
9.2.2.a) A inconstitucionalidade com causa na desproporção do ato legislativo: o problema das leis restritivas de direitos e interesses fundamentais	356
9.2.2.a.1) As leis restritivas de direitos e interesses fundamentais e a proibição de excesso como cânon de constitucionalidade à atividade interventiva do legislador.	356
9.2.2.a.2) Notas acerca da incorporação do teste de proporcionalidade no contexto jurídico constitucional espanhol	359
9.2.2.a.3) O Tribunal Constitucional e o controle de proporcionalidade dos atos legislativos	365
9.2.2.a.4) A declaração de desproporcionalidade como causa da inconstitucionalidade	370
9.2.2.a.5) A intencionalidade do legislador como critério diferenciador e limitador do pleito indenizatório promovido pelo particular: a indenizabilidade dos danos sob os prismas dos atos “lícito” e “ilícito”	373
9.2.2.a.6) Às voltas com a intencionalidade lesiva do legislador: a culpa como	

elemento de imputação da responsabilidade?	379
10. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LEIS CONSTITUCIONAIS	
10.1. A imposição de sacrifício como expressão do dano legislativo	385
10.2. O sacrifício especial como um conceito híbrido e excludente?	395
10.3. A concentração tricotômica da doutrina. Incurso sobre as possíveis hipóteses indenizáveis.....	400
10.3.1. Correntes doutrinárias: formação e deslinde	400
10.3.1.a) O panorama lançado por SANTAMARÍA PASTOR	400
10.3.1.b) A tese expropriatória	405
10.3.1.c) A tese indenizatória	406
10.3.1.d) A tese entreposta de GARRIDO FALLA: a teoria da indenização em Direito Público	407
10.3.1.e) O argumento de GARCÍA DE ENTERRÍA sob a égide do conceito de lesão indenizável	412
10.3.1.f) Alguns outros posicionamentos contemporâneos	421
10.4. “Reações” jurídicas do ordenamento.....	433
10.4.1. A benevolência do legislador	433
10.4.2. O beneplácito do júízo ou tribunal judicante	435
10.4.3. Um caminho admissível	435
10.5. Reflexões apriorísticas sobre um Estado Legislador (ir)responsável	446
11. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LEGISLATIVOS OMISSIVOS	
11.1. Breves considerandos	455
11.2. O influxo interpretativo do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre o tema da inconstitucionalidade por omissão no contexto jurídico espanhol	460
CONCLUSÕES	463
BIBLIOGRAFIA	473
ANEXO DE JURISPRUDÊNCIAS CITADAS	493

ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS UTILIZADOS

ART(s) ou art.(s)	–	Artigo(s)
BOE	–	Boletim Oficial do Estado
CC	–	Código Civil
c/c	–	combinado com
CE	–	Constituição Espanhola
Cf.	–	Confira-se
CEDH	–	Convênio Europeu de Direitos Humanos
CEE	–	Comunidade Econômica Européia
DDHC	–	Declaração dos direitos dos homens e dos cidadãos
Ex. ou ex.	–	Exemplo(s)
EGB	–	Educação Geral Básica
fl(s)	–	folha(s)
FJ(s)	–	Fundamento(s) Jurídico(s)
INAP	–	Instituto Nacional de Administração Pública
LEF	–	Lei de Expropriação Forçosa
LF	–	Lei Fundamental
LOPJ	–	Lei Orgânica do Poder Judicial
LOTJ	–	Lei Orgânica do Tribunal Constitucional
LRJA	–	Lei do Regime Jurídico das Administrações
LRJAE	–	Lei do Regime Jurídico da Administração do Estado
LRJAP y PAC	–	Lei de Regime Jurídico das Administrações Públicas e Procedimento Administrativo Comum
p.	–	página
pp.	–	páginas
RAP	–	Revista de Administração Pública
RDL	–	Real Decreto-lei
RDP	–	Revista de Direito Público
REDA	–	Revista Espanhola de Direito Administrativo
REDC	–	Revista Espanhola de Direito Constitucional
RICD	–	Regimento Interno do Congresso de Deputados
RIS	–	Regimento Interno do Senado
ss.	–	seguintes
STC(s)	–	Sentença(s) do Tribunal Constitucional
STS(s)	–	Sentença(s) do Tribunal Supremo
TC	–	Tribunal Constitucional
TS	–	Tribunal Supremo
TJCE	–	Tribunal de Justiça das Comunidades Européias
V.	–	Vide
vol.	–	volume(s)
§	–	seção, parágrafo, apartado
≠	–	diferente

INTRODUÇÃO

O controle do poder sempre foi objeto de preocupação por parte dos juristas do passado, do presente e certamente será para os do futuro. O ser-humano nunca aceitou submeter-se pacificamente à onipotência do Estado, da lei e dos demais atos por ele emanados, sobretudo quando estão marcados e eivados de mandamentos tiranos e opressores.

O exercício do poder pelos seus legitimados e a busca incessante pela participação democrática e preservação da propriedade e da liberdade individual sempre se confrontaram desde os primórdios do Direito. Sempre houve um eterno choque, uma eterna “luta”.

A interação existente entre o Estado ditador das leis (principais comandos normativos estatais) e os particulares é um fato inerente à própria formação e consolidação do Estado como ente eminentemente político.

Essa interação sempre caracterizou a constante, mas quase nunca harmônica e equilibrada tensão entre os interesses do senhorio e do vassalo, do soberano e dos súditos, da Administração e dos administrados, do Governo e dos cidadãos sujeitos de direitos. O pulso e a força do soberano *Leviatã* tem prevalecido sobre as históricas conquistas jurídicas e sociais do verdadeiro titular de sua irrogada soberania, o povo.

A verdade é que ainda não se descobriu uma fórmula “mágica” no sentido de coibir-se o não raro uso indiscriminado e arbitrário do poder pelos governantes, legisladores e demais legitimados com vistas a evitar qualquer tentativa de violação aos direitos subjetivos dos particulares, pese as incontáveis limitações paulatinamente inculcadas na modulação de seu legítimo exercício. Essa (proposição de uma fórmula “mágica”), porém, não é a nossa pretensão.

A presente narrativa tem por objetivo o estudo e a análise crítica de um fenômeno jurídico ainda pendente de uma melhor apreciação tanto por parte da doutrina (campo dogmático) como pela jurisprudência (campo pragmático): a responsabilidade

civil gerada pela edição¹ de atos legislativos do Estado.

A questão é demasiado controversa e, reconhecidamente, ainda desprovida de plausíveis contornos jurídicos desafiando e, sobretudo, instigando-nos a compreendê-la a fim de propiciar-lhe um adequado perfilamento à luz da concepção constitucional organicista e legal ordenadora hoje imperante na Espanha, privando-a do enraizado anacronismo interpretativo que atualmente a assola.

O terreno que se pretende semear — sabida e conscientemente — é por demais pobre, descompactado e movediço. Entretanto, trata-se de um solo passível de correção com plena capacidade para, num futuro próximo, dar bons e nutritivos frutos.

É, sem dúvida, um tema de grande desafio que desde já estamos dispostos e encorajados a enfrentá-lo. Sua substância atenta, precipuamente, para 02 (duas) realidades: 1ª) demonstrar *prima facie* que o Estado espanhol também deve responder civilmente pelos danos e prejuízos gerados pelo abusivo exercício de sua função legislativa; 2ª) identificar, *a posteriori*, quais as causas de danos e prejuízos que podem ser imputadas ao Estado como um dever jurídico de indenizar.

O seu deslinde tem como alicerce a observância às seguintes pontualidades jurídicas, a saber:

- Estudo analítico da principal fonte normativa primária e formadora por excelência da ordem jurídica estatal, a lei, e os seus reflexos incidentes sobre a esfera patrimonial dos jurisdicionados;
- Constatação de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei em relação aos preceitos estatuídos na Constituição, ademais de constituir um *prius* e uma condição de procedibilidade, afigura-se como a principal e a menos contestável causa geradora da responsabilidade civil do Estado-Legislador;

^{1 1} Dedicaremos especial atenção aos atos legislativos *efetivamente emanados* pelo Estado espanhol centrando apenas tangencialmente, por razões essencialmente pedagógicas e metodológicas, nossa mirada sobre os eventuais fatos geradores de uma responsabilidade estatal pela *omissão ou não emissão* de atos legislativos. Privilegiaremos abertamente as atenções sobre os atos *comissivos* do legislador (leis emanadas, única e exclusivamente) sem qualquer preocupação por uma análise mais profunda e detalhada sobre os eventuais danos que possam ser gerados diretamente por suas condutas omissivas e/ou desidiosas.

- No que se refere à responsabilidade gerada por atos legislativos “lícitos”, mister se faz a proposição de um conceito jurídico de *restrição legislativa* como critério de diferenciação entre expropriações *ope legis* e leis restritivas de direitos e interesses fundamentais e os seus respectivos regimes jurídicos indenizatórios: a garantia expropriatória do artigo 33.3 e a garantia compensatória emergida da conjugação dos artigos 9.3, 33.2 e 53.1, todos da CE/78.

O marco legal em que centraremos nossas reflexões será primordialmente o que constitui o ordenamento jurídico espanhol com especial atenção às proposições e aos mandamentos contidos na vigente Constituição de 1978, em eventuais legislações limitadoras do exercício do direito de propriedade e, ainda, do microssistema jurídico aplicável às expropriações — Lei de Expropriação Forçosa (LEF) de 1954 e legislação correlata — e à responsabilidade patrimonial das Administrações Públicas — Lei de Regime Jurídico das Administrações Públicas e Procedimento Administrativo Comum (LRJAP y PAC) de 1992 e legislação acessória.

Enfim, o que realmente queremos com o presente estudo é procurar *a priori* submergirmo-nos no campo de atuação dos agentes políticos estatais os legisladores no sentido de rascunharmos, no seio do ordenamento jurídico espanhol, sob que estreita vereda — imposta pelas inúmeras limitações e condicionamentos jurídicos hodiernamente vigentes — deve o exercício da função de legislar estar necessariamente vinculado.

Isto nos permitirá identificar algumas bases críveis e menos movediças — quiçá algum critério objetivo dotado de solidez — na tentativa de aproximarmos a uma formatação mais concreta daquilo que costumeira e genericamente se expõe acerca dos critérios de justiça e proporcionalidade do ato legislativo, da lei emanada pelo Parlamento do Estado.

Noutro passo, diante da necessidade de um ininterrupto monitoramento sobre toda e qualquer atuação estatal nada melhor que centrarmos nossas atenções sobre o processo de formação da ordem jurídica, procurando, pois, promover uma indispensável *accountability* (controlabilidade) dos atos legislativos inibindo, assim, a incidência de reflexos catastróficos produzidos pela prejudicial e não rara desordenada conduta do legislador quando da regulação ou mesmo supressão de direitos e interesses

constitucionalmente consagrados, dentre eles o de propriedade privada.

Somente após uma análise detida, matizada e profunda do conteúdo normativo da lei^{II} será possível adentrarmos no âmago de nossas atuais considerações, ou seja, a de reconhecermos juridicamente a possibilidade de imputarmos ao Estado a responsabilidade civil patrimonial pelos danos que os seus atos legislativos porventura venham a causar na esfera jurídica protegida dos seus destinatários, quase sempre os particulares.

O tema escolhido, frise-se, não é inédito nem remonta a um passado longínquo. Simplesmente é tratado aqui sob uma nova ótica. Emerge de um método científico-dedutivo (com rigor jurídico rejuvenescido) inspirado nas primeiras inquietudes lançadas pela doutrina francesa a respeito da matéria, notadamente as de León DUGUIT a princípios do passado século XX, bem como daquelas que aqui na Espanha levaram a cabo doutrinadores de recol como Fernando GARRIDO FALLA, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, dentre muitos outros.

A nosso sentir, é uma problemática que ainda apresenta contornos viçosos e imaturos não tendo a doutrina nacional espanhola, por exemplo, trazido à baila discussões exaustivas acerca do dever que o Estado tem de compensar os particulares em razão da imposição de sacrifícios desproporcionados sobre suas esferas jurídicas patrimoniais através da edição de leis de estrutura e conteúdo singular providas de efeitos ditos “expropriantes” ou ainda a própria pendenga gerada pelos danos e prejuízos causados por leis constitucionalmente legítimas, ambas aqui apreciadas.

A lei emanada pelo Parlamento será, portanto, o objeto preponderante do enfoque a ser dado inicialmente neste estudo em razão da fixação, desde logo, de 03 (três) premissas indissociáveis à tese ora defendida, a saber: **1)** a lei (e somente ela) é o ato causador dos danos a serem imputados ao Estado Legislador e, por conseguinte, será, para nós, a única fonte geradora por excelência da obrigação estatal. Nesse esteio, temos que a responsabilidade do Estado Legislador abordada estará necessariamente

^{II} Os fatos legislativos que ensejaram a confecção da lei, em que pese serem primordiais para a compreensão dos caminhos percorridos por nosso estudo, comparativamente, não serão visualizados com largueza. De igual modo, o tecnicismo legislativo objeto de estudo por parte da chamada Teoria da Legislação e do denominado Direito Parlamentário.

cingida ao estudo do ato jurídico-normativo *lei*; 2) a definição, especificidade e/ou determinabilidade dos destinatários da lei promotora da intervenção pública estatal sobre bens, direitos e interesses dos particulares caracterizará, grosso modo, para fins de nosso estudo, a sua natureza jurídica de “lei singular de intervenção”; 3) os *efeitos restritivos* inerentes e carreados nessas leis singulares de intervenção não se confundem com os *efeitos expropriantes* característicos das expropriações singulares *ope legis*.

Partindo ademais da premissa maior de que a doutrina espanhola em sua maioria sempre admitiu, ou melhor, nunca negou que o princípio da responsabilidade pública prevista no artigo 9.3 da Constituição de 1978 se estendesse a todos os atos de seus agentes, é crível que também se admita a responsabilidade civil do Estado pela prática de atos legislativos danosos, embora o tema sempre tenha exigido uma maior sensibilidade para a sua apreciação e compreensão.

A questão como se verá não reside em atestarmos unicamente se o Estado Legislador é responsável ou não pelos seus atos, posto que essa possibilidade já é um entendimento praticamente assentado e pacífico no Direito Espanhol que não mais aceita a tese da irresponsabilidade estatal fundadas nas velhas máximas feudais e absolutistas *the king do no wrong* (o rei não erra) ou *Le roi ne peut mal faire* (o rei não pode fazer mal), ao menos no plano do discurso^{III}.

O argumento central consiste em saber sob que condições se pode ativar o mecanismo garantista da responsabilidade civil do Estado contra os atos legislativos provocadores de danos, sem a preocupação de procurarmos identificar momentaneamente quais são os parâmetros e limites que hoje devem ser necessariamente observados no momento de sua quantificação para fins de uma efetiva compensação.

^{III} Não seria um disparate afirmarmos, desde já, que na prática política e jurisdicional o *leit motiv* que inspirou a propagação desse entendimento anti-absolutista (submissão do poder soberano do Estado aos ditames da lei democrática) parece, ainda nos dias de hoje, não ter vingado — revelando-nos um panorama exatamente contrário àquele buscado *ab initio* — na medida em que as leis atuais continuam a ser “ditadas” pelo soberano sem que a recíproca almejada possa ser tomada como verdadeira, ou seja, que a título de *feedback* a lei “dite” inflexivelmente as estreitas veredas que irão limitar o caminho e a ação do moderno Estado soberano que, lamentavelmente, continua a guiar-se apoiado num absolutismo legalista que pretende manter incólume (*mutatis mutandi*) a onipotência que o surgimento do Estado de Direito se propôs a erradicar.

Não pretendemos aqui encontrar bases sólidas capazes de determinar o *quantum debeat* do dano a ser devidamente indenizado e sua tendência aproximativa às bases da *aestimatio rei* ou do *id quod interest*, por mais instigante que o tema se apresente. A nossa meta final é verificar se a plataforma sob as quais se funda a tese da responsabilidade por atos legislativos do Estado apresenta-se firme ou instável e se o ordenamento jurídico hodiernamente vigente em Espanha permite imputarmos ao Estado, com toda a segurança e razoabilidade, o dever jurídico de indenizar os danos legislativos provocados.

O intuito de decifrar esse enigma terá, portanto, como condão de fundo a proteção do direito à incolumidade patrimonial do cidadão sujeito de direitos frente a investidas abusivas do Estado pelo exercício de sua função legislativa num cenário onde a “luta” pela realização prática desse direito, pelo respeito ao Estado Democrático e Social de Direito e pelo culto à necessária soberania da lei — noutros termos, enfrentamento entre o próprio Direito (racional, sistemático e justo) como ciência e a lei atual (irracional, privativamente interesseira, injusta, etc.) — só é possível de concretizar-se mediante o combate direto aos excessos e desvios cometidos pelo legislador democrático, conforme um dia já nos adiantou IHERING^{IV}.

Com este objetivo, a estrutura da tese encontra-se dividida em 03 (três) partes que permitem compreender o alcance e extensão do tema numa perspectiva de corte transversal, incisiva — no que interessa, essencialmente sobre a Teoria Geral do Direito e do Estado, Direito Público (constitucional e administrativo) e Direito Privado (civil) — e eclética característica do moderno e multidisciplinar Direito de Danos.

A 1ª (primeira) parte tem como escopo trazer a colação o fato de que as origens da tese da responsabilidade por atos legislativos do Estado remetem-se à discussão da responsabilidade do Estado pela prática de atos administrativos lícitos não enquadrados no tradicional conceito de privação singular característico da expropriação forçosa, mas sim num novel conceito de menoscabo patrimonial emergido destes atos lícitos “atípicos”: o sacrifício especial.

^{IV} “*La lucha por el derecho es, pues, a un mismo tiempo una lucha por la ley; (...) El derecho personal no puede ser sacrificado sin que la ley lo sea igualmente. (...) La lucha por la ley se trueca en un combate contra ella*” em IHERING, R.V. *La lucha por el derecho*, versão espanhola de Adolfo Posada com um prólogo de Leopoldo Alas, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1921, pp. 77 e 86/87.

Em complemento a esta visão aproximativa disposta na parte que inaugura a presente narrativa tem encaixe a síntese evolutiva da ascensão da tese da responsabilidade civil do Estado espanhol como uma garantia constitucional e legal de proteção patrimonial aos direitos e interesses dos jurisdicionados.

A 2ª (segunda) parte do trabalho adentra em pormenores no âmago da atividade legislativa do Estado propriamente dita identificando a concepção unitária e essencialmente formalista que o ato legislativo (lei) tem, apesar de sua plúrima tipologia, no vigente texto constitucional de 1978.

Ato contínuo, busca traçar a partir das principais hipóteses constitucionais admissíveis de intervenção legislativa sobre a esfera privada (limitações, restrições e expropriações) as zonas de incidência sobre as quais o legislador está plena e constitucionalmente autorizado a conformar, limitar, restringir e até mesmo expropriar um direito ou interesse garantido pela ordem jurídica posta, bem como advertir sobre os perigos que uma conduta legislativa levada à cabo sem observância à rígida modulação empregada pela Carta Magna ao exercício da função legislativa podem gerar sobre a esfera jurídica protegida dos jurisdicionados.

Submergindo com mais atenção na análise da experiência prática dos tribunais superiores espanhóis (Tribunal Constitucional e Tribunal Supremo) no enfrentamento da matéria, tratamos na 3ª (terceira) parte do estudo por enunciar o acolhimento jurisprudencial da tese da responsabilidade do Estado Legislador em alguns determinados supostos.

Após denegarmos a “solução” proposta para tal problemática pela disposição contida no artigo 139.3 da Lei de Regime Jurídico das Administrações Públicas e Procedimento Administrativo Comum de 1992 — LRJAP y PAC/1992, passamos a descrever quais as hipóteses indenizatórias que a nosso juízo podem desencadear o dever jurídico que o Estado tem de indenizar os danos e prejuízos causados aos particulares pelo fato das leis tanto em razão da efetiva emissão como também (ainda que superficialmente) da omissão de atos legislativos.

Por fim, o estudo prima pela utilização de um método sincrético, dedutivo e lógico com vistas a facilitar o seu esclarecimento e a sua boa compreensão.

As fontes de pesquisa são fundamentalmente as doutrinárias e as jurisprudenciais, tanto nacionais quanto estrangeiras, com a utilização de preceitos da doutrina clássica, das escolas teóricas mais atuais, bem como de textos políticos, jurídicos, sociais e econômicos que permitem abordar o tema numa perspectiva histórica, social e formal.

A técnica utilizada é a bibliográfica.

A narrativa congrega paralelamente duas vertentes que se imbricam e se completam: a expositiva e a crítica.

Constituem-se como palavras-chave de nosso trabalho as seguintes expressões: Estado, lei, legislador, intervenção, limitação, restrição, expropriação, privação, propriedade, patrimônio, jurisdicionado, sacrifício, dano, indenização, compensação.

1. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO LÍCITO

1.1. Excurso histórico

A responsabilidade extracontratual do Estado tem suas raízes históricas na Revolução Francesa de 1789, verdadeiro divisor de águas e marco sócio-político-jurídico de transição entre o Estado Legal dito Absolutista¹ e o contemporâneo Estado de Direito².

Sua aceitação, porém, só se deu de forma pragmática depois de um longo processo — quase um século após a revolução — teórico e evolutivo irradiado da jurisprudência pretoriana do Conselho de Estado Francês que por intermédio de seu Tribunal de Conflitos, em 8 de fevereiro de 1873, ao proferir decisão nos autos do emblemático *arrêt Blanco*³, condenou diretamente, por 1ª (primeira) vez⁴, o Estado

¹ Atribui-se ao jurista, politólogo e economista medieval francês Jean BODIN a formulação da concepção de soberania como manifestação de um poder real absoluto e incontestável. Em sua obra *Les six livres de la République*, datada de 1576, BODIN, ao definir o Estado como um poder absoluto, perpétuo, impermeável e onipotente de fazer leis sem a influência de nenhum outro poder, deixou transparecer que a concepção de soberania estava intimamente atrelada ao poder de ditar leis, de proclamar e fazer guerras, de nomear oficiais, estabelecer impostos e implantar outros atos e medidas ao bel prazer de seus titulares: os reis. Tal modelo político proposto a meados do século XVI teria servido de base e aplicação para a instauração do Estado Legal Absolutista e da doutrina da monarquia absoluta.

² Cumpre desde já lembrar que a Revolução Francesa de 1789 foi um movimento social histórico-revolucionário impulsionado sob a égide de um tripé ideológico fundado na busca incessante da igualdade, liberdade e fraternidade entre todos os homens e cidadãos. Seu escopo principal foi romper imediatamente com as tradições arcaicas e déspotas até então imperantes na França e evoluir da idade das trevas à idade da luz, do saber e do racionalismo com o objetivo de sepultar a chamada “tese feudal” edificada sob as velhas máximas *the king do no wrong* (o rei não erra), *Le roi ne peut mal faire* (o rei não pode fazer mal) ou ainda do *quod principi placuit habet legis vigorem* (aquilo que agrada o príncipe tem força de lei) que caracterizavam o Estado Absolutista.

Dito movimento buscou prioritariamente propiciar a constituição de uma sociedade fraterna de homens livres e iguais através da ascensão do corpo social a um verdadeiro Estado de Direito fundado na idéia de nação que representasse não mais o *government by men* (governo dos homens), mas sim o *government by law* (governo das leis), ou seja, um Estado que não apenas dita as leis, mas a elas também se submete.

Acarretou também a transferência fática da titularidade da soberania, que até então era do rei (soberania real), diretamente para o povo (soberania popular ou nacional) cuja vontade geral — e em tese democrática — passou a ser expressa e instrumentalizada através da edição de leis tidas à época como supremas e infalíveis. A lei passou incondicionalmente a servir de parâmetro e fundamento para as atividades e limites da atuação estatal, sobretudo para as de cunho administrativo.

Todavia, dentre todas as novas diretrizes e princípios que exsurgiram da revolução de 1789, deve-se destacar (no que aqui interessa) o binômio principiológico *garantia patrimonial dos administrados* — *responsabilidade civil do Estado*. A partir daí, entendemos, começou a surgir palidamente a tese da responsabilidade estatal.

³ No ano de 1873 uma menina chamada Agnes Blanco, residente na cidade de Bordeaux, ao tentar atravessar uma rua que separava um armazém do hangar de uma fábrica de tabaco foi atropelada por um vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo em cujo interior se encontravam quatro operários da fábrica. O pai da criança acionou perante o Tribunal Civil francês, com fundamento nos arts. 1382 a 1384 do Código Civil de Napoleão de 1804, pedido de indenização sob o argumento de que o Estado era civilmente responsável por danos e prejuízos causados a terceiros em face do comportamento de seus agentes. Todavia, a questão então posta estava a discutir em seu bojo o funcionamento do serviço público, e por tal razão o Tribunal de Conflitos decidiu, após longas controvérsias, que a competência para processar e julgar esta testilha seria exclusivamente do Tribunal Administrativo. Este Tribunal, por

Francês ao ressarcimento integral dos danos causados a um de seus jurisdicionados dando, por conseguinte, azo natural à consolidação, expansão e aperfeiçoamento dessa tendência civil condenatória com base na teoria publicista *du faute de service* (culpa, falha ou falta do serviço, seja qual for a tradução que lhe dê), até hoje imperante em grande parte dos ordenamentos jurídicos⁵.

Antes de tal julgado *le Conseil d'État* havia firmado em alguns casos posição tão somente quanto à responsabilidade subsidiária do Estado com base na sua culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, eis que até então prevalecia, nas hipóteses de danos causados aos jurisdicionados, a tese da responsabilização patrimonial e pessoal do funcionário executor das tarefas estatais, tese esta de cunho notadamente civilista com base na aferição da culpa subjetiva e exclusiva do agente, nos moldes da histórica e transcendental *Lex Aquilia* do século III a.C.⁶.

O entendimento prevalente era o de que se alguém, na qualidade de funcionário público causasse danos a outrem, agia em desconformidade com o Direito e com as estritas ordens do Estado em notado *excès de pouvoir* (excesso de poder) devendo, portanto, responder com o seu próprio patrimônio particular. Apesar de mandatário e preposto do Estado o funcionário era o agente causador do dano e não o ente estatal que,

sua vez, diante da declarada impossibilidade de julgar questões de responsabilidade estatal como o caso Agnes Blanco com fundamento na teoria do Direito Privado e sob as bases do Código Civil, fixou entendimento de que o Estado francês, ademais de estar sujeito a regras especiais que variavam de acordo com a necessidade do serviço público a ser prestado, necessitava conciliar os interesses e direitos do Estado com os direitos dos particulares que haviam sofrido a ação violadora de seus direitos por parte dos agentes públicos. Assim, condenou o Estado a reparar os danos e prejuízos invocados dando azo, mediante um labor essencialmente jurisprudencial, a consolidação da tendência publicista que até hoje caracteriza em grande parte a responsabilidade patrimonial dos Estados contemporâneos (*Arrêt* disponível em <http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la01.shtml>, data da consulta: 16/07/2007).

⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA em sua obra *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa* (2ª edição, Civitas, Madrid, 1984, p. 171) qualifica como *historicamente brusca e absoluta* a transição havida entre o sistema da irresponsabilidade e o da responsabilidade patrimonial do Estado.

⁵ A “*faute*” (culpa) se apresenta como o pressuposto da responsabilidade civil extracontratual que insere o Direito de Danos no sistema sócio-econômico implantado a partir de 1789 representando o ideal revolucionário por congregar simultaneamente em seu conceito jurídico: 1) a máxima liberdade individual reprimida juridicamente pelo excesso subjetivamente cometido (dolo, negligência, imperícia, imprudência, etc.); 2) a garantia da igualdade formal perante a lei e; 3) a instituição de um regime de responsabilidade civil protetor do patrimônio particular. Cf. neste sentido a PEÑA LÓPEZ, F. *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, prólogo de José María Pena López, Comares, Granada, 2002, p. 35 e ss.

⁶ “*Uma teoria da responsabilidade por actos lícitos, a indenização por ruptura do princípio da igualdade perante os encargos públicos, uma responsabilidade por risco, eram impossíveis num mundo dominado pelo dogma da culpa. (...) O iluminismo e o racionalismo haviam vigorosamente afirmado a limitação da titularidade de direitos e obrigações ao homem, único sujeito possuidor de uma vontade livre. Coerentemente, qualquer ideia da responsabilidade não alicerçada na culpa de um indivíduo surgiu como heresia dogmática. O único critério de imputação era a conduta negligente ou dolosa do agente lesante*” (GOMES CANOTILHO, J.J. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Almedina, Coimbra, 1974, pp. 43/44).

para todos os efeitos, mantinha-se irresponsável. A tal teoria denominou-se «teoria da responsabilidade indireta do Estado ou de responsabilidade funcional».

Tomando-se por referência essa linha jurisprudencial inaugurada pelo Conselho de Estado Francês após o julgado do *arrêt Blanco* é possível afirmarmos em linhas gerais que a evolução da responsabilidade do Estado experimentou basicamente 03 (três) fases representadas ao seu tempo pelas seguintes teorias: a teoria da irresponsabilidade, as teorias ditas civilistas e as teorias publicistas.

A 1ª (primeira) fase, a da teoria da irresponsabilidade estatal, foi reenfaticada e revigorada com a instauração do Estado Absoluto (final do século XVI até finais do século XVIII) que, ademais de introduzir-lhe argumentos de ordem divina e celestial, primou por defender a astuta doutrina de que o Rei, ser-humano privilegiado, representante e detentor de um direito divino, não podia e nem mesmo era capaz de causar danos a seus jurisdicionados em face da infalibilidade de seus atos praticados sempre com vistas à satisfação do bem comum.

Essa falsa tese da divindade justificadora da irresponsabilidade dos atos de Estado como mandados do soberano só veio de fato a ruir com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 — DDHC/1789, que já em seu artigo 1º (primeiro) preceituava, literalmente: “*Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum*”⁷.

A afirmação do princípio da igualdade como um dos principais baluartes da Declaração de 1789, inspirada fortemente na declaração de independência americana representada pela Declaração de Direitos de Virgínia de 16 de junho de 1776 e no espírito filosófico do século XVII⁸, marcou o início do fim do *Ancien Régime* (Antigo Regime) mediante a transferência do dogma da soberania divina pela soberania do povo, seu novel titular (Art. 3º da DDHC/1789), através da lei emanada pelo Parlamento, a “Casa do Povo”.

⁷ Livre tradução do texto em francês “*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune*” incorporado à Constituição Francesa de 4 de outubro de 1958.

⁸ Cf. FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2003; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

Todavia, foi por intermédio do ainda vigente artigo 17 da Declaração⁹ que os dogmas da soberania e da irresponsabilidade estatal restaram frontalmente afetados em sua essência marcando substancialmente a implantação efetiva e formal dos ideais revolucionários (essencialmente patrimonialistas) e do Estado de Direito¹⁰. Eis a sua redação em livre tradução:

Art. 17 da DDHC/1789. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada evidentemente o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

Superada a fase da irresponsabilidade¹¹, buscou-se no Direito romano, em especial na figura do mandato, o primeiro fundamento e fórmula de responsabilização dos atos emanados pela máquina estatal na pessoa de seus agentes públicos¹².

Inaugurou-se então, após a revolução, a fase da responsabilidade funcional com base na conduta culposa e subjetiva do funcionário que, saliente-se, só poderia ser

⁹ O texto da vigente Constituição Francesa de 1958 reconhece já em seu preâmbulo que os princípios, direitos e garantias fundamentais constantes da DDHC de 1789, dentre eles o direito de propriedade previsto no seu artigo 17, possuem valor constitucional e são automática e plenamente aplicáveis no hodierno ordenamento jurídico francês não se tratando de uma mera declaração de princípios. Assim também já deixou claro o Conselho Constitucional (v.g. Decisão nº 89-256 DC, de 25 de julho de 1989, por exemplo).

¹⁰ No mesmo sentido a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 assim preceitua: **Art. 12º.** Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito à proteção da lei; **Art. 17º. 1.** Toda a pessoa, individual ou coletiva, tem direito à propriedade, **2.** Ninguém pode ser arbitrariamente privado de sua propriedade; **Art. 29º: 1.** O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade; **2.** No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática; **3.** Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

¹¹ Por ser incabida e incompatível a tese da irresponsabilidade estatal com os alicerces que balizam o atual Estado Democrático e Social de Direito que é o Reino de Espanha, optamos por não tecer maiores esclarecimentos a respeito do tema, descartando-o desde já por completo. Com apoio nas palavras de MARIENHOFF damos por encerrado o assunto: “*Estado de Direito e Estado irresponsável são conceitos contrapostos já condenados pela história jurídica. Estado de Direito e responsabilidade são, nesta ordem de idéias, conceitos correlatos. Não é concebível um Estado de Direito irresponsável*” (MARIENHOFF, M.S. «Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos», em *Actualidad y perspectivas del derecho publico a fines del siglo XX, homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. II, Editorial Complutense, Madrid, 1992, p. 1251).

¹² De fato já existia no Direito Romano um questionamento acerca da possibilidade de responsabilização dos agentes públicos mandatários do Estado. Luis DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (*Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 71) a propósito nos relata que sob a égide do princípio do *iudex litem suam fecerit* previsto nas Instituições Justinianas 4-5 poderia o dolo ou a negligência levada a cabo por um *juiz* caracterizar a prática de um quase-delito gerando, por conseguinte, o dever de indenizar. Nesse sentido, surge a incógnita que até hoje pende de contestação: estaria aí a origem embrionária e mais arcaica da responsabilidade dos agentes públicos estatais, dentre eles a do legislador?

demandado pelo administrado em processo judicial se devidamente autorizado pelo próprio Estado, nos termos da prerrogativa administrativa do *esprit de corps*^{13 14}, o que tornava quase quimérica a sua responsabilização.

¹³ Tratava-se o *esprit de corps* de uma prerrogativa administrativa instituída em favor dos agentes do Estado, em especial dos funcionários públicos, objetivando protegê-los das eventuais demandas temerárias que porventura lhe fossem interpostas por qualquer um dos administrados. A sua inaplicação prática caracterizava a tão almejada condição de procedibilidade outorgada pelo Conselho de Estado requerida previamente ao enjuizamento da ação de responsabilidade pelo particular demandante. A propósito de tal prerrogativa manifestou-se claramente Maurice HAURIUO em sua obra, na versão espanhola, *Principios de Derecho Público y Constitucional* (Reus, Madrid, 1927, pp. 151/153), nestes termos, literalmente: “Proviene históricamente del hecho de que la tendencia natural de los administrados a acusar personalmente ante los tribunales civiles o criminales a los funcionarios a quienes consideraban responsables de los daños que sufran, engendró la preocupación de proteger a los funcionarios contra los procesamientos temerarios. En vez de organizar una protección judicial que hiciera el proceso peligroso para el demandante — como hizo, por ejemplo, Inglaterra, en 1913, mediante el *act* sobre la *Public authorities protection* —, se ha preferido un sistema de garantía administrativa de los funcionarios que ha acarreado grandes complicaciones.

El célebre art. 75 de la Constitución del año VIII [1799] estableció que «los agentes del gobierno, prescindiendo de los ministros, no pueden ser perseguidos por actos relativos a su función sino en virtud de una decisión del Consejo de Estado; en este caso el procedimiento se sustanciará antes los tribunales ordinarios». Tal era el sistema de la *autorización previa*, que requería, efectivamente, dos procedimientos sucesivos: uno, ante el Consejo de Estado, de autorización de procesamiento (*autorisation de mise en jugement*), y otro, si hubiere lugar, ante el tribunal judicial. Además de ser incómodo este procedimiento, había dado lugar a numerosos escándalos (impunidad de funcionarios cuyos delitos eran patentes, sea porque se desestimara la autorización de procesamiento, aun por el mismo Ministerio público, sea porque se retrasara indefinidamente). Este art. 75 sobrevivió a la Constitución del año VIII porque no era otra cosa, según se decía, que una consecuencia del principio de separación de poderes entre la autoridad administrativa y la autoridad judicial establecido por las leyes revolucionarias, especialmente por la Constitución de 3 de Septiembre de 1791, título III, cap. V, art. 3º: «Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio de poder legislativo o suspender la ejecución de las leyes, ni invadir las funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores e lo que respecta a las funciones de éstos».

(...) Al sistema de *garantía administrativa*, establecido por el artículo 75 de la Constitución del año VIII y fundado sobre la autorización previa de los procesamientos, ha sucedido, pues, el sistema del Tribunal de conflictos, que declara libre el procesamiento, pero permite a la Administración declarar la incompetencia del tribunal judicial por un procedimiento de conflicto”.

¹⁴ Françoise SEMPÉ em seu artigo «La responsabilidad extracontractual de la Administración en Francia» inserto na obra coletiva coordenada por Javier BARNÉS intitulada *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 972/975, traduzido ao espanhol por Eulalia Wladimir Petit de Gabriel, dá-nos conta de que essa garantia dos funcionários chegou a ser derogada pelo Decreto-Lei de 19 de setembro de 1870. Porém, o Tribunal de Conflitos, por ocasião do seu pronunciamento no *arrêt Pelletier* de 13 de julho de 1873 — disponível em <http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la02.shtml> — tratou de imprimir uma interpretação restritiva de tal decreto-lei delimitando o seu alcance ao entender que apesar da derrogação em concreto da autorização prévia de processamento por parte do Conselho de Estado dito mandamento legal não havia modificado as normas de competência antes estabelecidas pelas leis revolucionárias que distinguíam claramente entre jurisdição ordinária e administrativa. Em conclusão, deduziu o Tribunal de Conflitos que não eram admissíveis as ações contra funcionários públicos ante a sua jurisdição (a da justiça ordinária), salvo nos casos em que o funcionário cometera uma “falta pessoal separável ou alheia ao serviço”, conclusão esta que converteu-se em ponto de partida para a diferenciação entre falta pessoal do funcionário e falta do serviço público prestado pela Administração.

Outrossim, ainda destaca o autor a respeito da garantia funcional: “Por un curioso efecto reflejo, la distinción derivada de la sentencia *Pelletier* conduce a la creación de una regla de fondo —el conflicto positivo de atribución— que juega a favor de la protección de los funcionarios a partir de 1946. El Consejo de Estado lo ha aplicado a su vez como principio general para todos los funcionarios públicos. La ley de 13 de julio de 1983 relativa «a los derechos y obligaciones de los funcionarios» obliga a la Administración que no haya elevado el conflicto al Tribunal a asumir las eventuales condenas civiles,

Em face da raridade das autorizações estatais e da flagrante insuficiência de recursos e posses dos funcionários públicos faltosos, nos casuísmos em que foram admitidos o processamento dessa *quase irresponsabilidade*, surgiu a necessidade de voltar-se contra o Estado sob a égide de novas concepções e teorias a fim de suplantar ou ao menos criar melhores mecanismos de imputação e de sua responsabilização em razão de seus atos propiciando uma melhor busca e efetivação do ideal de justiça e equidade.

Sem embargo, os instrumentos mais eficazes à época eram os disponibilizados pelo Direito Privado através do instituto da responsabilidade civil bastante eficaz na solução de conflitos de cunho interpessoal. Nesse diapasão, adotou-se e passou-se a enquadrar a conduta lesiva estatal nos moldes da antijuridicidade e da culpa atribuídas até então aos particulares.

Emergia, assim, a 2ª (segunda) fase evolutiva da responsabilidade estatal, a fase das teorias civilistas. Dentre elas, a que teve maior destaque foi a teoria dos atos de gestão e dos atos de império estatais preconizada pioneiramente por Maurice LAFERRIÈRE em sua obra *Jurisdiction et conteniex*¹⁵, publicada por 1ª (primeira) vez em 1887, teoria esta aprimorada e aclarada pouco tempo depois em obra de um de seus principais seguidores Henri BERTHÉLEMY em seu *Traité élémentaire de droit administratif* edição de [1901?]¹⁶.

Esta persistente e tradicional distinção entre atos de império ou de autoridade e atos de gestão fora rechaçada e abandonada pelo próprio Conselho de Estado Francês quando do julgamento do *arrêt Tomaso Grecco* em 10 de fevereiro de 1905¹⁷ abrindo-se caminho à generalização progressiva e afirmativa da responsabilidade estatal¹⁸.

dictadas incorrectamente por una falta que no tenía carácter de falta personal separable del servicio". Destakes no original.

¹⁵ Nesta obra o argumento do autor concentra-se na diferenciação não muito clara de inúmeros atos estatais qualificados como atos de gestão e atos de império. Para ele, todos os atos estatais relacionados com a arrecadação, guarda e emprego das riquezas públicas na organização e prestação de serviços públicos eram atos de gestão enquanto que os de império seriam os atos de execução das leis, de regulamentação de serviços públicos, etc.

¹⁶ BERTHÉLEMY considerava como ato de gestão todo ato estatal destinado a administração de um patrimônio particular, sem característica de um verdadeiro poder público.

¹⁷ Neste acórdão o Sr. Tomaso Grecco ingressou com uma ação de indenização perante o Conselho de Estado Francês alegando que fora ferido por um tiro disparado por um policial enquanto o corpo de polícia tentava abater nas ruas um touro bravo que havia escapado na localidade onde residia. Em sua demanda o Sr. Grecco, tendo como parâmetro a responsabilidade civil por atos de terceiros (empregados) imputada aos estabelecimentos hoteleiros, procurou estender, por analogia, os princípios que a basilavam à atitude lesiva praticada pelo policial que o atingiu com vistas a condenar o Estado pelos danos e

Através desta teoria, apesar da falta de clareza e de critérios sólidos na distinção dicotômica dos atos emanados pelo Estado, deu-se grande passo à consolidação da obrigação estatal de reparar *diretamente* os danos causados pelos seus agentes públicos, eis que seu principal argumento era a idéia de separação e distinção entre os atos em que o Estado atuava na qualidade de agente privado submetido igualmente aos regramentos inerentes ao instituto da responsabilidade civil com base na culpa (atos de gestão) e as ações e os comportamentos frutos do exercício regular de sua soberania (atos de império), atos estes imunes a qualquer questionamento judicial.

Por fim, após longo transcurso, chegou-se a 3ª (terceira) e última fase da responsabilização patrimonial do Estado, a fase publicista, cujas teses pautaram-se, ou melhor, ainda hoje se pautam ora sob a manto da teoria da culpa administrativa (*faute administratif*) ou culpa anônima do serviço público (*faute du service*) ora sob a égide da teoria do risco (*par risque*).

A teoria da culpa anônima do serviço público ou da culpa administrativa¹⁹ acabou por desvincular (em tese) a idéia civilista até então imperante de que a culpa e a responsabilidade pelo prejuízo causado ao administrado era do funcionário e não do

prejuízos a ele causados sob o argumento de não ter o Estado-Polícia tomado as providências cabíveis objetivando evitar o sinistro.

Julgando o mérito da pretensão o Conselho de Estado rechaçou o argumento extensivo defendido pelo demandante alegando que a *causa petendi* deveria ter sido calcada não na tese de raiz eminentemente privatista, mas sim em razão da própria *faute de service* da polícia. Dito posicionamento da Alta Corte Administrativa deixou claro o declínio da tese de separação entre atos de gestão e atos de império do poder público inaugurando uma nova tendência na evolução da responsabilidade civil do Estado na França: a assunção da *faute personnelle* do agente público por parte do Estado-Administração (*Arrêt* disponível em <http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la08.shtml>, data da consulta: 01/08/2007).

¹⁸ Segundo relatos de León DUGUIT (*Las transformaciones del Derecho Público*, tradução com estudo preliminar de Adolfo Posada e Ramón Jaén, Francisco Beltrán: Librería española y extranjera, Madrid, 1913, p. 248) a sucumbência definitiva dessa distinção entre atos de império e de gestão teve como marco as conclusões que o Comissário do Governo Francês G. TEISSIER — jurista tido ao lado de MICHOUX — como um dos precursores da doutrina francesa da igualdade perante os encargos públicos por ocasião de sua clássica obra intitulada *De la responsabilité de la puissance publique* publicada em Paris no ano de 1906 — formulou perante o Tribunal de Conflitos na resolução do *arrêt* Feutry de 29 de fevereiro de 1908, assim consignadas: “*Esta distinción no tiene ninguna base legal, no descansa sobre nada real y no responde en modo alguno a la realidad de los hechos. La verdad es que todos los actos realizados por el poder público y sus agentes para asegurar la gestión de los servicios públicos constituyen aplicaciones de leyes y reglamentos administrativos... Se puede decir que jamás el poder público y sus agentes obran en las mismas condiciones que los particulares*”.

¹⁹ A grande maioria dos administrativistas defende a idéia de que a teoria da culpa anônima do serviço público e a teoria da culpa administrativa compõem uma única teoria: a da *faute du service*. Todavia, há outros que não comungam dessa unicidade. É o caso de Fernando Facury SCAFF (*Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*, Renovar, São Paulo, 2001, p. 136) que entende que a tese da culpa administrativa ocorre sempre quando há acidente imputável ao Estado, mas não se consegue apurar qual o funcionário responsável pelo fato deflagrando-se daí a culpa anônima estatal. O autor diferencia a teoria da culpa administrativa ou anônima da teoria da falta do serviço tão somente quanto ao embasamento, a culpa na primeira e a falta do serviço na outra, não distoando daquilo que prega a maioria. Apenas vale-se de outro método pedagógico quicá mais detalhista.

Estado introduzindo uma novel interpretação tomada a *contrariu sensu*: o ato falho do preposto estatal (agente público) não gera em verdade a sua responsabilização pessoal, mas sim a responsabilização do ente público ao qual está o mesmo vinculado, ou seja, da Administração, do Estado.

Com efeito, com o caso Blanco inaugurou-se a era da *objetivação* da responsabilidade do Estado com a assunção e avocação da sua *mea culpa* pelo ato falho de seu agente cuja culpa ou dolo, apurada em procedimento próprio (ação de regresso), condenar-lo-ia agora não mais a reparar diretamente o dano causado ao particular, mas sim à ulterior devolução integral dos valores que foram efetivamente despendidos pelos cofres públicos buscando repará-lo.

A culpa e o ato ilícito do funcionário (*faute personnelle*) passaram a constituir objetivamente a culpa anônima da Administração, a culpa do serviço público (*faute de service*²⁰) que, por algum motivo, não funcionou (culpa *in omittendo*), funcionou mal (culpa *in committendo*) ou funcionou tardiamente.

²⁰ Françoise SEMPÉ (*op. cit.*, 1995, p. 980) destaca que a doutrina e a jurisprudência francesas ainda não foram capazes de propor uma conceituação satisfatória do que seja uma *faute de service* e que na maioria dos casos o próprio juiz, de forma intuitiva, é que trata de delimitá-la (em conceito e em grau de gravidade) à luz do caso concreto podendo, por exemplo, esta falta constituir-se num ato ilegal, em meros atos irregulares, em informações equivocadas, atrasos excessivos, carências, negligências, defeitos de manutenção, falta de delicadeza no tratamento, perda de objetos, etc. O autor é partidário da responsabilidade por *faute de service* como uma responsabilidade de cunho subjetivo com base na aferição da culpa da Administração, ainda que o funcionário que praticou o ato seja passível de ser identificado.

No mesmo sentido BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., revista e atualizada até as Emendas 41 (da Previdência) e 42, de 2003, Malheiros, São Paulo, 2004, p. 886: “É mister acentuar que a responsabilidade por ‘falta de serviço’, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual foi a tradução que lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadequadamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello” [seu pai]. Segue o autor em seu manual à página 887: “É muito provável que a causa deste equívoco, isto é, da suposição de que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, deva-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute*. Seu significado corrente em francês é o de culpa. Todavia, no Brasil, como de resto em alguns outros países, foi inadequadamente traduzida como ‘falta’ (ausência), o que traz ao espírito a idéia de algo objetivo.

Outro fator que há de ter concorrido para robustecer este engano é a circunstância de que em inúmeros casos de responsabilidade por *faute du service* necessariamente haverá de ser admitida uma ‘presunção de culpa’, pena de inoperância desta modalidade de responsabilização, ante a extrema dificuldade (às vezes intransponível) de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, isto é, com negligência, imperícia ou imprudência, vale dizer, culposamente.

Em face da presunção de culpa, a vítima do dano fica desobrigada de comprová-la. Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência — antítese de culpa —, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade”.

O particular lesionado não se eximiu (esclareça-se) completamente do seu fardo encargo de provar que a culpa foi a causa que lhe gerou o dano²¹. Simplesmente a tese da *faute de service* permitiu-lhe deixar de concentrar os seus esforços na tentativa de provar a falta pessoal cometida pelo agente público para dedicar-se sob outro prisma a provar que o serviço público prestado pelo Estado ao qual o mesmo se beneficiou ou queria beneficiar-se em verdade não funcionou, funcional mal ou funcionou tardiamente.

O elemento de imputação *culpa* (perceba-se) nunca deixou de existir ou mesmo de ser valorado como causa ou circunstância do ato tido como lesivo. O que de fato houve foi o deslocamento (tímido mas importante, diga-se) da culpa do eixo central de prova do dano e de imputação direta da responsabilidade estatal, pelo particular, para o campo da aferição, *a posteriori*, pelo Estado, do ato público que de fato deu causa ao dano com vistas a subsidiar o seu direito de regresso contra o agente executor da atividade pública.

A acepção mais contemporânea da responsabilidade estatal presente nos ordenamentos jurídicos hodiernos encontra-se formulada na proposta argumentativa da teoria do risco ou da responsabilidade objetiva ou sem culpa do Estado (*responsabilité sans faute*), teoria esta aglutinadora dos mais diversos casos de responsabilidade objetiva do Estado não necessariamente previstos pontualmente em leis isoladas e alheia ao esquema da responsabilidade aquiliana com base na culpa.

Nela, a culpa ou mesmo o dolo, seja do funcionário seja do Estado, não precisam ser mais discutidas como elemento central e primordial da obrigação de reparar. Basta o dano efetivo à esfera patrimonial do particular e a configuração do nexos de causalidade entre dito dano e o ato estatal dilapidador deste patrimônio juridicamente protegido para configurar-se o dever estatal de repará-lo, salvo nos casos em que a ruptura patrimonial causada pelo danos for oriunda de caso fortuito, força maior ou decorrentes de culpa exclusiva da própria vítima ou de terceiro.

²¹ Incorporamos aqui a advertência de Guido CALABRESI feita em sua obra *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, prólogo de Joaquim Bisbal, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 320/321, nota de rodapé nº 8, 1º capítulo, de que o termo “causa” ou “causa do dano” não representa um certo sentido metafísico, de um acidente concreto, e tampouco representa uma atividade estrita perfeita e singularmente identificável já que dita “causa” pode também representar um amplo conjunto de idéias, atos e fatos diversos, ou mesmo um *iter* procedimental lesivo levado a cabo em algum momento pelo Estado. Portanto, a terminología “causa” ou “causa do dano” empregada ao longo do trabalho não refletirá, necessária e exatamente, o ato de responsabilidade imputável ao Estado na configuração da sua obrigação de indenizar. O sentido que ora se lhes emprega é de cunho léxico e cambiante, muitas vezes desprovido do sentido técnico-jurídico que a expressão sugere.

Esta concepção vanguardista tem como premissa maior o fato das atividades públicas levadas à cabo pelo Estado serem de *per si* geradoras naturais de riscos a direitos e interesses protegidos dos administrados, sobretudo os de cunho patrimonial.

E por tal razão, sendo estas condutas só por si arriscadas, o risco assumido pelo Estado constitui-se em elemento mais do que suficiente para caracterizar a sua obrigação de indenizar.

A culpa na prestação dos serviços públicos, antes objeto de prova a cargo do particular (concepção civilista), é hoje absorvida pelo risco inerente à própria realização da atividade do Estado que, querendo minorar ou mesmo eximir-se de sua responsabilidade patrimonial, deve investigar e apurar se a própria vítima agiu com culpa dando causa exclusiva ou concorrentemente ao resultado danoso que lhe foi atribuído.

A versão mais avançada desta teoria objetiva podemos encontrar na chamada teoria do *risco integral* incomum na quase totalidade dos países²², dentre eles Espanha, onde impera a teoria do *risco administrativo* sob o fundamento da *faute de service*.

1.2. Fundamentos legitimadores

1.2.1. O princípio da igualdade na repartição dos ônus e encargos públicos como parâmetro caracterizador da responsabilidade estatal. O contributo francês

Enquanto na área privada a responsabilidade fundamenta-se na obrigação geral de obediência às leis e aos deveres impostos pela ordenação civil, no que concerne ao Estado e aos entes públicos, embora não sejam desconsiderados tais fundamentos, a responsabilidade assenta-se especialmente em um princípio mais substancial de justiça distributiva que tende a evitar qualquer dano injustificado e não equitativamente repartido por todos os administrados²³. Era esse basicamente o argumento diferencial da responsabilidade objetiva extracontratual nas esferas privada e pública, respectivamente.

²² Em seu *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 64, Ricardo de ÁNGEL YÁGÜEZ nos dá conta, por exemplo, que em Nova Zelândia vige um sistema geral de indenização de danos a cargo da Segurança Social do Estado, ou seja, todos os danos causados pelo Estado aos cidadãos gozam de uma cobertura social pela “caixa coletiva” no mais puro pensamento objeivista originalmente idealizado por León DUGUIT. No mesmo sentido: PEÑA LÓPEZ, p. 78 e ss.

²³ TRUJILLO, E. *Responsabilidade do Estado por ato lícito*, Led Editora de Direito, São Paulo, 1996, p. 35, citando Guido Zanobini.

Na seara publicista fixou-se o entendimento de que a quebra do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos por parte da Administração Pública francesa justificava de *per si* o seu dever de indenizar os particulares que, em consequência da prática de atos e atividades estatais, tiveram suas esferas patrimoniais afetadas com maior intensidade e de maneira díspare em relação às imposições feitas aos demais membros da coletividade. A desigualdade na imposição dos ônus públicos a um ou alguns administrados passava a ser o fundamento motriz da responsabilidade do Estado.

Nessa sistemática os danos particularizados eram compensados pelos próprios membros da coletividade através do Erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social eram, portanto, os suportes desta doutrina francesa (risco administrativo) que por sua objetividade e partilha de encargos conduz, em tese, ao mais perfeito ideal de justiça distributiva conforme nos rememora Olindo MENEZES²⁴.

Sob esse ideal de solidariedade social junto com o intento de objetivação da responsabilidade patrimonial do Estado num ordenamento até então não dotado de um controle de constitucionalidade das leis²⁵ erigiu-se como fundamento legitimador da obrigação estatal de reparar o princípio da *égalité devant les charges publiques*²⁶, corolário refratário do princípio geral da igualdade perante a lei substitutivo do dogma da ilicitude estreitamente ligado à concepção de antijuridicidade com base na culpa solidificada na doutrina privatista.

Na aferição dos danos potencialmente emergidos dos comandos legais impostos deixou-se de concentrar a análise do dever de indenizar do Estado na

²⁴ MENEZES, O. «Limites da Responsabilidade do Estado por danos decorrentes de regulação da atividade econômica», em *Boletim dos Procuradores da República*, nº 51, a. V, Brasília, 2002 (julho), p. 20.

²⁵ Sobre a evolução histórica do sistema de controle de constitucionalidade na França consulte-se os condensados e claros estudos de FERNÁNDEZ SEGADO, F. «El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución», em *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 75, curso 1989-1990, Universidad Complutense, Madrid, 1990, pp. 303-334 e de PARDO FALCÓN, J. «Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional», em *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 72, 1991 (Abril-Junio), pp. 243-258, disponível em <http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=lkh1ab55hldcm045qixmwzut_770749&ART=3.16654.REPN E_072_244.pdf> (data da consulta: 07/09/2008).

²⁶ Na Espanha, o princípio da igualdade perante os encargos públicos não encontra-se positivado expressamente no ordenamento jurídico sendo, pois, um desdobramento dedutivo extraído da combinação do princípio da igualdade previsto no artigo 14 — “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*” — e do princípio da capacidade contributiva previsto no artigo 31.1 — “*Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*” —, ambos da Constituição de 1978.

antijuridicidade da conduta perpetrada pelo agente público, no caso o legislador, passando a aferir-se o resultado efetivamente danoso e lesivo que o ato legislativo ocasionara na esfera patrimonial protegida do particular.

Com esse mecanismo de traslado da culpa na realização da conduta (antijuridicidade subjetiva) para o risco de lesão assumido com a prática da atividade pública (antijuridicidade objetiva) estabeleceu-se no ordenamento francês a concepção de que a simples ruptura do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos era argumento jurídico mais do que suficiente para caracterizar a responsabilidade *pour fait des lois* quando da imposição de um sacrifício singular de caráter especial e anormal em desfavor de um ou determinados particulares.

A desigualdade de um indivíduo frente ao tratamento dispensado ao restante da coletividade era, portanto, o lastro fundamentador da responsabilidade legislativa como outrora também se cogitara no direito antigo (romano e intermediário) de cujo estudo teórico e pragmático das intromissões do poder ablatório²⁷ do príncipe sobre os bens privados dos súditos durante a era do *jus gentium* (direito comum a todos de elaboração jusnaturalista fundado na *naturalis ratio*) exsurgiu, com base no instituto da *aufferre rei privati*, o ponto de partida na caracterização do caso típico gerador da indenização oriunda do ato lícito: a expropriação por utilidade pública²⁸.

É o que nos traz à colação o eminente jurista português José Joaquim GOMES CANOTILHO, destacado professor da Universidade de Coimbra, em sua luminosa obra *O problema da responsabilidade do Estado por actos legislativos*:

²⁷ A “ablação” expropriatória caracterizada por uma intervenção legislativa e/ou administrativa sobre a esfera patrimonial do particular, segundo nos lembra o jurista espanhol Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA — em seu artigo «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la ley de costas», em *RAP*, nº 141, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996 (Septiembre-Diciembre), p. 132 — já é conhecida na mais antiga das jurisprudências constitucionais, a norte-americana, por interpretação da clarividente 5ª (quinta) emenda da até hoje vigente Constituição de 1787 (Disponível em <<http://www.uscongress.com>>) *in verbis, ipsis literis*: “**Amendment V - Trial and Punishment, Compensation for Takings. Ratified 12/15/1791. No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation**”. Grifei.

²⁸ Conforme restará em seguida detalhado o instituto expropriatório, para alguns autores, deu origem a um sistema indenizatório bipartite: o indenizatório propriamente dito e o da responsabilidade estatal por atos ilícitos. Outros apoiaram-se no pioneirismo e nas balizas do instituto expropriatório para configurar um outro regime unitário de responsabilização estatal composto por 02 (duas) facetas: a Responsabilidade do Estado por atos lícitos e a por atos ilícitos.

“A indenização por expropriação, além de não ser desconhecida do direito romano²⁹, mereceu particular atenção aos juristas medievais que, a partir da distinção bartolista das três *auffere rei privati*³⁰, se debruçaram sobre o problema da ablação dos bens privados no exercício do poder administrativo do príncipe, estabelecendo os dois requisitos fundamentais do instituto da expropriação, subsistentes na época moderna: a *causa publica utilitatis e justum praetium*”³¹.

E tal proximidade e intimidade entre o princípio da igualdade na repartição dos ônus e encargos públicos e as intromissões interventivas legítimas do príncipe também pôde ser observada durante o Estado de Polícia sucessor do *ius emines* (Direito eminente do Estado) e antecessor do Estado de Direito, fato que só veio a confirmar a ligação e a associação histórica de tal princípio à obrigação estatal de indenizar pela prática de atos lícitos.

Nesta passagem histórica o poder ordenador e insindicável exercido pelo príncipe (*jus politiae*) desagüou na prática do despotismo iluminado sem qualquer observância ou apreço aos direitos e garantias apregoados pelo jusnaturalismo, inclusive sobre os direitos adquiridos protegidos pela pioneira e corajosa teoria dos *iura quaesita* (direitos adquiridos dos súditos)³² que procurava limitar ainda que de forma mínima os mandos e desmandos do “divino” soberano.

Instaurado o Estado de Direito constata-se que a ascensão de dito princípio no contexto jurídico político europeu do final do século XIX foi fruto de uma teoria preconizada pioneiramente pelos juristas franceses TIRAUD, TEISSIER e DUEZ sob o argumento de que um cidadão não poder ser onerado em seu patrimônio por uma

²⁹ Apesar de conhecida não chegou a existir no Direito Romano uma teoria geral do fenômeno expropriatório que desencadeasse um sistema indenizatório público, segundo nos informa Rosalía RODRÍGUEZ LÓPEZ em sua obra intitulada *Las obligaciones indemnizatorias en Derecho Público Romano*, Universidad, Almería, 1996.

³⁰ Segundo o autor, as incidências ablatórias sobre os bens dos súditos foram reconduzidas por BARTOLO a três espécies fundamentais: a) no exercício do poder legislativo (*condendo jus commune*) como era o caso do confisco de bens dos condenados; b) no exercício do poder jurisdicional (*exercendo jurisdictionem*). O exemplo mais apontado era o da transferência de bens do devedor para o credor; c) no exercício do poder administrativo (*concedendo rescriptum contra jus gentium*), como acontecia nas expropriações.

³¹ GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, 1974, pp. 30/31.

³² Os direitos adquiridos dos súditos, para o Estado Antigo, eram tidos como limites absolutos, indisponíveis e, em regra, invioláveis pela ação estatal. Alejandro NIETO em seu notável artigo sobre a evolução expansiva do conceito de expropriação forçosa («Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa», em *RAP*, n° 38, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1962, p. 70) a propósito nos ensina que “(...) *En la fragmentación de derechos y facultades que caracteriza la Edad Media, los jura quaesita de los súbditos son un campo vedado al Príncipe, al carecer éste de facultades más allá de los límites de sus propios derechos: Hoheitsrechte, regalías más o menos amplias, pero siempre perfectamente separadas de los derechos adquiridos ajenos es, en principio, ilícita, y de haber tenido lugar, da paso a la indemnización. Por esta razón ha podido afirmarse que la expropiación por causa de utilidad pública (en un sentido amplio, no técnico) es una de las primeras instituciones del Derecho público*”.

atividade pública destinada ao proveito e ao bem comum com maior gravame e alcance do que aqueles que foram impostos aos demais membros da coletividade devendo, portanto, esses danos anormais, decorrente da busca da satisfação dos interesses comuns, ser suportados por todos os seus beneficiários, ou seja, pela própria sociedade destinatária do ato público objeto do *discrímen*.

Porém, tão virtuoso pensamento não foi objeto de inteiro consenso. Paralelamente, na própria França, tese semelhante (teoria do seguro ou da seguridade social) foi defendida por León DUGUIT que atribuía como fundamento da responsabilidade estatal não a idéia da desigualdade na imposição de ônus e encargos públicos aliada à efetivação de danos anormais aos administrados implementada pela teoria da *faute du service*, mas sim a idéia de que um *seguro social*, formado a cargo do Erário (especificamente da “caixa coletiva”) e destinado a redistribuir a riqueza individualmente subtraída, seria a verdadeira proteção a que todos os eventuais lesionados fariam jus como forma de protegerem-se contra os riscos criados pelas atividades estatais, *independentemente* do bom ou mau funcionamento dos serviços públicos³³.

³³ DUGUIT defende em sua obra *Les transformations du droit public* que a responsabilidade do Estado e a do funcionário público não se confundem apesar de atreladas à noção de serviço público. Afirma, ademais, que não há correlação entre a gravidade da culpa do funcionário e o fundamento jurídico de sua responsabilidade pessoal conforme acentuado na jurisprudência da época (começo do século XX), correlação está só apreciável na relação Estado-funcionário e não na relação funcionário-administrado que deu origem ao dano. Para ele, se o funcionário causou dano ao administrado visando atingir uma finalidade pública exigida na prestação do serviço, ainda que sob excesso ou abuso de poder, a responsabilidade é do Estado porque houve a busca da satisfação do interesse público primário. Por outro lado, se o ato praticado pelo funcionário for estranho ou tangente ao alcance do fim público desejado, ou ainda usurpador de poder, objetivando satisfazer interesse próprio, a responsabilidade é, nesse caso, exclusivamente sua. Eis aqui o pensamento do autor condensadas no seguinte excerto traduzido ao espanhol (*Las transformaciones del Derecho Público*, tradução com estudo preliminar de Adolfo Posada e Ramón Jaén, Francisco Beltrán: Librería española y extranjería, Madrid, 1913, pp. 401/402): “No siendo exigible la responsabilidad personal del funcionario mas que cuando hay un hecho que se produce con ocasión del servicio, pero que es extraño al servicio mismo, el Estado no es, no puede ser responsable en ese caso. Tal es, en efecto, la solución dada de una manera constante por la jurisprudencia. Hemos oído a veces a algunos juristas asombrarse y pretender que si el Estado es responsable del hecho de servicio, con mayor razón debiera serlo del hecho personal. Al razonar así estos juristas halláanse dominados por las concepciones civilistas. Olvidan que el Estado no es una persona responsable del hecho de sus mandatarios; olvidan que lo que se llama responsabilidad del Estado, es sencillamente el seguro establecido a su cargo contra el riesgo que resulta para los administrados de la ejecución de los servicios. Ahora bien, este riesgo no puede pesar sobre el patrimonio público cuando en realidad el servicio no ha funcionado, cuando el acto imputable al funcionario no es verdaderamente un acto del servicio. De este modo, finalmente, la responsabilidad personal de los funcionarios resulta determinada también según la noción de servicio público; y por tal manera, si ella ha sido nuestro punto de partida, tal noción constituye también nuestro punto de llegada”.

Em que pese as tênues diferenciações conceituais de ditas teorias, todas elas fulcradas no ideal de justiça distributiva³⁴, irradiou-se mundo afora a tese *unitária* de que o fundamento jurídico mor da responsabilidade estatal, tanto para atos de cunho lícito como ilícito, era o quebrantamento do princípio da repartição igualitária dos ônus e encargos públicos conforme ainda hoje se observa em inúmeros ordenamentos jurídicos, tais como França, Espanha, Portugal, Brasil, Argentina, etc.

A aceitação de dito princípio como fundamento legitimador da responsabilidade estatal foi, portanto, o 1º (primeiro) passo teórico em direção à busca de soluções para os casos emergentes cujos reclamos de danos particularizados apontavam como causa geradora as atividades estatais tidas constitucional e legalmente como lícitas e, por conseguinte, desprovidas de qualquer culpa ou antijuridicidade³⁵.

Para os teóricos franceses por certo que a vida em sociedade implicava a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. Eram pequenos ônus que não configuravam dano anormal³⁶.

Todavia, não raro, os ônus particularizados suportados pelos ofendidos para os quais a lei ou o ato administrativo foi dirigido muitas vezes ultrapassavam o limite

³⁴ Mariano Fernández MARTÍN-GRANIZO (*Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español*, Aranzadi, Pamplona, 1972, pp. 105/108) defendia de um modo um tanto confuso que o ideal secundário de justiça *comutativa* também integrava o fundamento do dever jurídico de ressarcir os danos oriundos de causas lícitas, fundamento este só admissível em considerações de utilidade social matizadas de equidade. Na opinião do autor “(...) *es la Sociedad quien al permitir o autorizar la actividad originadora del daño, legitimándola, se convierte en sujeto pasivo de tal relación...viniendo obligada a proporcionar ‘lo suyo’ al perjudicado, bien directamente, bien de modo indirecto, imponiendo al causante objetivo de los daños y perjuicios la obligación de compensarlos o resarcirlos. Entendemos, por tanto, que el ‘dar’ en estos casos, entra de lleno en la esfera obligacional de la Sociedad, que es quien por lo menos debe de hacer u ordenar que se dé*”. Destaca ademais o autor que “(...) *la Sociedad*, por razones evidentes, no puede dar directamente a sus miembros. En consecuencia, y para poder cumplir con el postulado de *dar a cada uno lo suyo*, hace entrar en juego, secundariamente, los principios de la Justicia conmutativa sobre la base de arbitrar una serie de normas que regulando estos supuestos, impongan al causante del daño, al guardador de la cosa u objeto que lo produce, o al dueño, aún cuando en ninguno de ellos haya haido dolo o culpa, la obligación de indemnizar el resultado dañoso producido, dando al perjudicado «lo suyo» y convirtiendo al agente originador del daño, en sujeto pasivo del «dar» en representación de la Sociedad”. Destaques no original.

³⁵ De fato a inclusão da responsabilidade do Estado por funcionamento *normal* dos serviços públicos dentro do tradicional regime até então baseado na culpa, ademais de destituiu-a como fundamento da responsabilidade, significou a transição para o sistema objetivo e sua (em tese) desvinculação das amarras conceituais do Direito Privado.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, C.A. «Responsabilidade Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos», em *Revista dos Tribunais*, vol. 552, São Paulo, 1981 (outubro), p. 19.

tolerável, razoável e proporcional³⁷ pelo qual toda a sociedade em decorrência do ideal de justiça distributiva estava obrigada comum e solidariamente a suportar. Se todos eram iguais perante a lei, também deveriam sê-lo no tocante às cargas públicas.

Segundo esta concepção, ademais dos requisitos da *certeza e efetividade* dos danos oriundos dos atos estatais tidos como ilícitos, para que houvesse o enquadramento e aplicação da responsabilidade estatal às hipóteses de atividades e comportamentos estatais *lícitos* porém danosos era necessário que o dano configurado estivesse provido de 02 (dois) outros requisitos adicionais, quais sejam: a *especialidade*³⁸ e a *anormalidade*.

Assim, com o advento e consolidação da teoria do risco administrativo, o dano proveniente de um ato estatal lícito passou a ter relevância jurídica desde que constituído das seguintes características imprescindíveis: certeza, efetividade, especialidade e anormalidade.

À esse dano sofrido desigualitariamente pelo particular concebeu-se o qualificativo de prejuízo especial (*préjudice spécial*, em francês) ou mesmo de sacrifício especial (*besondere Opfer*, em alemão) de direito e/ou interesse juridicamente protegido, conforme nos informa Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR³⁹.

Era um pensamento bastante diferente daquilo que até então era pregado pelas teorias publicistas anteriores à teoria do risco, especialmente a teoria da culpa anônima ou administrativa pela falta do serviço, que tinham (e ainda têm) como elemento caracterizador da responsabilidade estatal a *faute* civil cuja concepção está atrelada à idéia de antijuridicidade, de ilicitude, de contrariedade da conduta perpetrada e imputada a título de responsabilização ao ordenamento jurídico constitucional e legal posto, sem qualquer pretensão de abarcar, sob um unitário argumento, os novos danos oriundos de condutas estatais probas.

³⁷ Não se encontra na doutrina e na jurisprudência atuais argumentos sólidos que estabeleçam parâmetros aceitáveis para a delimitação dos limites toleráveis e razoáveis aos quais os particulares atingidos pelos efeitos danosos das leis devam suportar e “internalizar”. Em outras palavras, não há como aferir objetivamente a parcela que incumbe a cada prejudicado pelos efeitos lesivos das leis.

³⁸ CANOTILHO (1974, p. 153 e ss.), por exemplo, fala em sacrifício especial *e grave* ao afirmar que para os casos em que se invoca a responsabilidade por atos legislativos deve-se necessariamente procurar conciliar os princípios da socialidade e o da igualdade. Havendo sacrifício *especial e grave* a alguns indivíduos identificáveis, restará configurada a desigualdade na repartição pública dos encargos, cabendo a indenização aos ofendidos.

³⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 225.

Focando-nos neste relatado momento de transição temos que a teoria do risco, ademais de proceder a substituição da culpa pelo risco, tornou objetiva também a noção de antijuridicidade.

A causa da responsabilidade civil estatal antes fundada em um *prejuízo causado antijuridicamente* (critério subjetivo) remodelou-se e condensou-se sob o prisma do *prejuízo antijurídico* (critério objetivo) ao qual se incutiu, de uma só vez, em dita teoria, tanto a idéia finalista de indenizar os danos provenientes de atividades lícitas quanto a idéia operativa instrumentalizada no novo enfoque atribuído à antijuridicidade e.g. por meio da formulação conceitual de lesão antijurídica promovida aqui pelo renomado jurista espanhol Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁰: a de que a antijuridicidade não mais consistia numa conduta contrária à lei e ao ordenamento positivo, mas sim na constatação da ausência do dever que o jurisdicionado tem de suportar o prejuízo que lhe foi imposto.

Noutras palavras: segundo ele a antijuridicidade não mais deveria predicar-se da conduta causante do dano, mas do dano propriamente dito. O que deveria ser taxado de antijurídico, de injusto, era o dano em si mesmo dele nascendo, exclusivamente, a obrigação de indenizar.

E essa sútil, porém consubstancial transformação da *antijuridicidade-subjetiva* com base na culpa em *antijuridicidade-objetiva* com base no risco deixou mal resolvido o tratamento do fenômeno da responsabilidade estatal decorrente de atos lícitos, eis que transplantou, sem a devida cautela, a construção doutrinária e jurisprudencial fundada na violação do princípio da *legalidade* dos atos estatais para a novel idéia de desigualdade na imposição e repartição dos ônus e encargos públicos, apartando-os ao menos em aparência.

E tal vício de origem está pondo hoje em manifesto a necessidade de por fim, com a maior brevidade possível, ao imbróglio doutrinário-jurisprudencial até aqui desenvolvido no que se refere ao fundamento e as causas justificantes da indenização de danos e prejuízos decorrentes de atos estatais lícitos.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la Administración*, Civitas, Madrid, 1984, p. 176.

Busca-se atualmente a correção dogmática de tal equívoco mediante a formulação de idéias plausíveis capazes de justificar o dever estatal de reparar sem a preocupação do que outrora ocorrera no passado de incorporar, a todo custo, a problemática da indenização dos danos e prejuízos originários de condutas estatais praticadas conforme à lei e ao Direito à concepção formulada da responsabilidade patrimonial do Estado sob as bases da culpa anônima administrativa da falta na prestação do serviço.

A doutrina vem paulatinamente retraindo-se e negando-se a comungar do caráter absoluto (ao menos em tese) que parece ter se enraizado mundo afora de que a responsabilidade do Estado, sem prejuízo dos casos expressamente previstos em lei, seja pela prática de atos lícitos ou ilícitos, está fadada a enquadrar-se na tese exposta na teoria francesa *du faute de service* e no intangível princípio da igualdade perante a repartição dos encargos públicos⁴¹.

Tudo porque dito pensamento hodiernamente não é capaz de explicar alguns reclamos supervenientes de nosso tempo dantes inimagináveis como por exemplo os não raros intentos de responsabilização patrimonial do Estado por danos e prejuízos causados pela edição e/ou aplicação de leis não violadoras da ordem constitucional, isto é, formalmente legítimas, porém danosas.

Diante desses casos ávidos por solução, o que afinal estar a fazer a doutrina? Respondemos: os estudiosos estão hoje voltando ao estudo histórico que deu origem ao instituto da responsabilidade estatal almejando dar-lhe um melhor contorno dogmático ante a necessidade de uma novel compreensão acerca da seguinte questão pontual: a sua libertação e independência da concepção patrimonial garantista incutida pela tese que lhe deu base e origem, a tese da garantia expropriatória.

Explicamos. É consabido que a origem do instituto da responsabilidade estatal deriva originariamente da concepção garantista inerente ao instituto da expropriação forçosa que sempre teve como princípio a indenização ao particular do sacrifício

⁴¹ José Joaquim GOMES CANOTILHO (*Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 382), por exemplo, destaca que tão somente com a redução do princípio da igualdade à proibição do arbítrio e do excesso conseguiu-se obter a justicialidade do ato legislativo sem por em causa a liberdade de conformação do legislador. Argumentação interessante acerca da utilização do princípio da igualdade como *parâmetro* e não mais como *fundamento* de controle de normas constitucionais pode ser colhida da obra de Markus GONZÁLEZ BEILFUSS intitulada *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 130 e ss.

patrimonial que lhe foi imposto pela prática do ato estatal extremado, porém necessário à satisfação do bem comum.

Entretanto, em que pese a já demonstrada bipartição de regimes jurídicos indenizatórios aos quais se submeteu o ente estatal, o do regime expropriatório e o do regime da responsabilidade patrimonial, hoje não é possível (ao menos aqui na Espanha) afirmarmos com clareza que a tese da responsabilidade de fato desvinculou-se e independizou-se da sua célula *mater* (a tese expropriatória), sobretudo, quando se está a estudar a instigante e desafiadora tese da Responsabilidade do Estado Legislador, em especial quanto aos danos provocados por leis singulares de intervenção, conforme oportunamente veremos.

Com efeito, questiona-se: afinal, essas espécies de danos legislativos são indenizáveis sob que título de imputação: o da responsabilidade patrimonial do Estado ou o da expropriação propriamente dita? Porque a idéia de sacrifício/privação singular e especial, típica formulação da teoria expropriatória, constitui-se no mesmo cerne da questão envolvendo tal tipo de danos oriundos das leis sob a égide da tese da Responsabilidade do Estado Legislador? Os princípios e critérios aplicáveis à indenizabilidade dos sacrifícios impostos pela expropriação estatal são os mesmos aplicáveis à indenizabilidade dos sacrifícios singulares impostos diretamente por uma lei, ato estatal sujeito ao crivo de aferição de sua constitucionalidade e ao princípio geral da responsabilidade patrimonial do Estado constitucionalmente retratado (Art. 9.3 CE/78)?

Como resolvermos então o impasse: reformulamos as teorias aplicando-lhes novos contornos hermenêuticos e dogmáticos aprimorando o instituto a fim de propor uma solução ao tal fenômeno danoso ou retrocedemos e o qualificamos como uma típica espécie de expropriação *ope legis* como muitos já soem apontar? Esse é um dos desafios da nossa tese doutoral.

Abrindo-se aqui um aparte merecedor de registro podemos vislumbrar que no campo civilista⁴², a exemplo do que ocorrera na seara publicista, na época também floresceram posicionamentos privatistas acerca da aplicação da responsabilidade com

⁴² Atribui-se aos juristas franceses SALEILLES e Louis JOSSERAND o pioneirismo no estudo e deflagração da teoria do risco no âmbito do Direito Privado qualificada por eles como “teoria do risco criado”.

base no risco como meio de explicar a responsabilização pela prática de atos subjetivos lícitos.

Desde o início da era codificadora até mais ou menos a segunda metade do século XX (1950) a teoria da responsabilidade civil subjetiva com base na culpa — fundamentada no brocardo «não há responsabilidade sem culpa» — reinou praticamente absoluta frente aos embrionários intentos objetivistas irradiados do próprio *Code* francês de 1804 através da figura da «*responsabilité du fait des choses inanimées*» (Art. 1.384) defendidas doutrinariamente com anterioridade por JOSSERAND e SALEILLES⁴³, bem como frente à forte tendência objetivadora potencializada pelo advento da era do maquinismo industrial europeu do final do século XIX e fundada na nova concepção de uma responsabilização civil com base no risco empresarial criado pela atividade produtiva.

Na Espanha a discussão entre os dois sistemas de responsabilidade sofreu um retardo até 1889, ano de publicação do vigente Código Civil, período em que a culpa civil passou a independizar-se da culpa penal por força das marcadas distinções interpretativas havidas entre a responsabilidade oriunda de delitos e de quase-delitos (“delitos” civis).

Legislativamente, pós 1889, a «teoria do risco» foi adotada excepcionalmente em alguns poucos supostos⁴⁴. No campo prático só a partir da célebre STS de 10 de julho de 1943 inaugurou-se uma nova fase jurisprudencial sobre a temática admitindo-se o risco criado como o principal fundamento justificador da responsabilidade civil objetiva gerada pela prática de determinadas atividades particulares, dentre elas as de cunho lícito à vista do ordenamento jurídico posto.

Apesar de sua prevalência (tese do «risco criado») como força motriz da nova era obrigacional objetivista, algumas outras inúmeras tendências e facetas argumentativas igualmente defensáveis exurgiram paralelamente na seara jurídica. Muitas delas restaram exemplificadas e sinteticamente bem retratadas na obra de MARTÍN-GRANIZO, com estas palavras:

⁴³ Cf. PEÑA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 46 e ss.

⁴⁴ É o que nos revela Fernando REGLERO CAMPOS em seu artigo «Los sistemas de responsabilidad civil», em *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., coordenação de L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 226 e ss. Relata o autor que a lei de 30 de janeiro de 1900 (Art. 2º) foi o 1º ato legislativo a introduzir no ordenamento jurídico espanhol uma responsabilidade de cunho objetivo com base no risco ao obrigar os patrões a indenizarem os danos e prejuízos sofridos por seus operários por ocasião do exercício de sua profissão ou trabalho.

“Desde que en el pasado siglo [XIX] comenzó a especularse sobre la necesidad de que se respondiera no solamente de los actos culpables, sino también de las consecuencias producidas por actividades perfectamente lícitas y diligentes, la doctrina científica se dedicó a construir y fundamentar jurídicamente esta manifestación del deber de resarcir, siendo la teoría más generalizada en orden a la fundamentación de este objetivo débito indemnizatorio, la denominada de «responsabilidad por riesgo», que ofrece muchas facetas. Así, algunos juristas, combinan la idea del «riesgo» con la de la «equidad» [BORREL MACIA, CHIRONI e LARENZ]; otros, con la de la falta [SCREIER], no faltando quienes sigan a estos efectos un criterio que bien pudiéramos llamar tripartito, en cuanto fundamentan la llamada «responsabilidad sin culpa» en tres pilares: el riesgo, el sacrificio y la equidad [SÜSS, FÉRNADEZ DE VILLAVICENCIO, GULLON BALLESTEROS]; o en un «principio social» [GURBEN SALISACHS]; no faltando, en fin, quienes traten de justificar este deber legal de resarcimiento en el Derecho Natural, estimando que se apoya en nuestro ordenamiento jurídico [DE MIGUEL GARCI-LÓPEZ]. A su vez, hay juristas, que fundamentan la obligación de resarcir en una combinación de las ideas del «riesgo» y la «culpa en custodia» [BESSON]; e, incluso, no faltan, los que ponen el «riesgo» en íntima relación con la idea de la peligrosidad de la actividad productora del resultado dañoso [*a favor*: PERETTI-GRIVA, GLAIJESES; *contra*: TRIMARCHI], lo que ha llevado a lo que algunos llaman «culpa sin culpabilidad» [SANTOS BRIZ]”⁴⁵.

Hoje a doutrina civilista é unânime em afirmar que o atual sistema que rege o Direito de Danos (*law of torts*) espanhol é composto por 2 (dois) regimes jurídicos garantistas de imputação de responsabilidades que se imbricam e se completam: de um lado a tradicional e ubíqua responsabilidade extracontratual subjetiva por culpa e de outro a expansível responsabilidade civil objetiva por risco, aplicável também aos atos formalmente lícitos e juridicamente irreprocháveis mas que possuem um conteúdo material lesivo refletor de danos injustos.

Segundo REGLERO CAMPOS, essa bivalência sistêmica é justificada porque “*el moderno Derecho de Daños centra, pues, su atención no tanto en el reproche de la conducta del agente, cuanto en la búsqueda de soluciones jurídicas que garanticen a la víctima una efectiva satisfacción cuando no existan razones que justifiquen que sea ella quien soporte el perjuicio*”⁴⁶, afirmação que traduz o sentimento de toda a doutrina em

⁴⁵ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, 1972, pp. 103/105.

⁴⁶ REGLERO CAMPOS, *op. cit.*, p. 212 e pp. 244/245. No mesmo sentido polivalente retratado por MARTÍN-GRANIZO entende o doutrinador que “(...) *la responsabilidad objetiva nos es un sistema inflexible o monolítico, que se presente tan sólo en estado puro (como queda dicho, ello nos situaría ante un sistema absoluto de responsabilidad, sustentado exclusivamente en la relación de causalidad material evento-dano), sino que se halla integrada por un cierto número de «tipos» o «especialidades» caracterizadas por la concurrencia, en mayor o menor medida y en mayor o menor número, de aquellos factores a que aludía más arriba, lo que habrá de ser delimitado, en cada caso, por la ley que la instituya y para el ámbito a que esté destinada, y pulida por la labor de los tribunales. Y es que ante la existencia*

relação à matéria e que apesar de um ou outro contraponto também ecoa na obra de outros pensadores de recol como ESTEVILL⁴⁷, PEÑA LÓPEZ⁴⁸, DÍEZ-PÍCAZO⁴⁹, por citar alguns.

1.2.2. O sacrifício especial como pressuposto caracterizador do ato lícito danoso indenizável. O contributo alemão

Na Alemanha oitocentista, outras teses paralelas emergiram para tentar explicar o fundamento jurídico da responsabilização estatal por atos lícitos suscitada na vizinha França.

Dentre as de maior protagonismo destaca-se a tese então sustentada pelo eminente publicista Otto MAYER⁵⁰ sob as bases dos princípios de justiça e da equidade (*Gerechtigkeit und Billigkeit*), corolários da concepção geral da *Aufopferung* (indenização por sacrifício especial)⁵¹: a chamada teoria do sacrifício⁵².

de un sustrato general de responsabilidad, sólidamente implantado en nuestro ordenamiento, como es el de la culpa, tan sólo la ley es la que puede modificarlo en la línea y con el alcance que para cada sector de la actividad social o de producción exija el cuerpo social o estime conveniente el legislador”.

⁴⁷ Cf. ESTEVILL, L.P. *Derecho de daños*, tomo I (*principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual*), 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1995, p. 484: “*La responsabilidad propiamente llamada extracontractual imagina la producción del daño desde varios puntos de mira: cuando los perjuicios se producen interviniendo culpa intencional o meramente negligencia (artículo 1.902 del Código civil nuestro); en los supuestos de daños por actividades arriesgadas, aunque lícitas; o bien con la finalidad exclusiva de no dejar al daño sólo frente al propio daño”.*

⁴⁸ Cf. PEÑA LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 04 (introdução) e 100. O autor não entende porque ainda hoje os tribunais espanhóis, mesmo diante da sua tendência interpretativa *pro damnato*, insistem em imprimir uma interpretação objetivadora da culpa extracontractual originalmente descrita no CC/1889 também às hipóteses em que o legislador tem optado claramente por implantar um regime alternativo essencialmente objetivo, *sem culpa*. Em sua opinião a jurisprudência espanhola e também a do entorno — apesar de quererem evolucionar e solidificar argumental e juridicamente os critérios de aplicação da teoria do risco aos supostos de responsabilidade civil — seguem atreladas a velhos expedientes objetivadores tais como as presunções absolutas de culpa, a inversão da ônus da prova ou, ainda, a interpretação difusa extraída do significado do binômio previsibilidade-evitabilidade na prova do caso fortuito, em nada contribuindo para o deslinde da questão.

⁴⁹ Cf. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LÉON, *op. cit.*, 1999, p. 242. O renomado autor, valendo-se da “parábola da responsabilidade civil” desenhada por F.D. BUSNELLI (em *Rivista Critica di Diritto Privato*, VI-4, Dezembro, 1988, p. 643), demonstra certa preocupação com o expansionismo e os excessos latentes da teoria do risco como um dos fundamentos da moderna responsabilidade civil. É a idéia que verte da comparação ora prescrita: “*Un curso de agua, alimentado por una antigua fuente, atraviesa un territorio y condiciona su explotación económica, que, en su origen, era fundamentalmente agraria. Cuando se produce el paso de una economía agrícola de puro sostenimiento a un desarrollo industrial cada vez más amplio, el flujo de agua se revela insuficiente y los expertos se tienen que ingeniar, construyendo diques y canales y realizando todo tipo de obras, para utilizar mejor y distribuir la escasa agua disponible. Más de repente, el curso de agua se acrecienta por la confluencia de pequeños arroyos, se descubren nuevas fuentes y entonces es preciso volver a llamar a los ingenieros, pero ahora para llevar a cabo obras de contención que permitan evitar las peligrosas inundaciones”.*

⁵⁰ MAYER, O. *Derecho Administrativo alemán*, vol. IV, parte especial, Ediciones Acayú, Buenos Aires, 1954.

⁵¹ “(...) Na Prússia, a proteção do direito natural à propriedade privada conduziu à extensão da fórmula do Ein ALR, ganhando a idéia de sacrifício especial (*Aufopferung*) a natureza de um superconceito aplicável a todos os sacrifícios lícitamente impostos pelo Estado. Entre nós [Portugal], tal como na

Para ele, a obrigação estatal de indenizar surge quando o particular é submetido diretamente a um prejuízo material *injusto e desigual* (*desproporcional* também é um adjetivo utilizado por MAYER) em relação aos demais membros da coletividade em face da prática de uma atividade pública, lícita ou ilícita, que lhe impôs uma privação patrimonial classificada como *sacrifício especial* a ser compensado através da aplicação dos princípios gerais de justiça e equidade do caso concreto tomando-se sempre por base o valor real do bem afetado/expropriado, sem prejuízo de que no valor total da indenização estejam compreendidos as vantagens acessórias desaparecidas com a perda da posse do imóvel⁵³.

Já sob os auspícios da vigente Lei Fundamental de Bohn de 1949, concretamente da interpretação extraída da garantia expropriatória estatuída em seu artigo 19.2, podemos salientar a doutrina do *Einzelakt* (ato individual) como causa de indenização dos danos estatais oriundos de atividades lícitas.

França e outros países, a propriedade, considerada unitariamente, não oferecia base para uma garantia patrimonial geral. A proteção da propriedade consagrava-se casuisticamente em vários textos legislativos referentes a expropriações, obras públicas, servidões, mas não existia um instituto geral de indemnização como o da Aufopferung alemã” (CANOTILHO, 1974, pp. 42/43).

⁵² Advirta-se que a tese de MAYER, pese o pioneirismo, logo deixou de ser a única lançada na Alemanha. Dos diversos relatos da doutrina neste sentido congregamos os aportes trazidos no condensado porém objetivo excerto escrito por Roberto GALÁN VIOQUE em sua obra *La Responsabilidad del Estado Legislador*, Cedecs, Barcelona, 2001, p. 137 aqui transcrito, *ipsis literis*:

“La doctrina alemana ha ensayado también diferentes criterios de carácter material. De este modo la teoría de la gravedad de la lesión (Schweretheorie) centra su atención en la entidad, no en la forma más o menos extendida de la lesión, del sacrificio patrimonial que la ley impone; la teoría de la dignidad de la lesión (Schutzwürdigkeitstheorie) formulada por JELLINEK aísla, acudiendo a elementos históricos y sociales, un contenido mínimo del derecho de propiedad que debe ser protegido; la de la exigibilidad (Zumutbarkeitstheorie) parte de una concepción material del principio de igualdad tomando en consideración el alcance de la medida restrictiva sobre el contenido del derecho de propiedad; según la teoría de la minoración de la sustancia (Substanzminderungstheorie) sólo se reputara expropiatorio un ataque especialmente grave e intenso en la sustancia del derecho de propiedad; y, finalmente, la más relevante de la utilidad privada (Privatnützigkeitstheorie) en la que REINHARDT defiende que el derecho de propiedad, recogido por la Constitución económica que diseña la Ley Fundamental de Bonn, garantiza que los propietarios puedan disfrutar de la utilidad privada de sus bienes que, no obstante, lejos del sentido liberal de la propiedad estará orientada al cumplimiento de la función social y que si las limitaciones que se imponen para la consecución de fines de interés público impiden la utilización real de los bienes por parte del propietario, entonces la intervención pública se convierte en una expropiación forzosa”.

⁵³ De sua obra clássica sobre o Direito Administrativo Alemão, volume IV, parte especial dedicada às obrigações especiais (serviços do Estado; cargas públicas; concessão de empresa pública; indenizações por danos causados pela Administração, etc), em sua versão castelhana, pode-se ainda extrair que Otto MAYER centrou paralela e fundamentalmente sua tese com base na idéia do *enriquecimento sem causa jurídica* por parte da Administração Pública defendendo que “(...) a partir del momento en que esos perjuicios [quaisquer prejuízos segundo o autor] afectan a un individuo de manera *desigual y desproporcionada*, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material correspondiente al pasaje de valores que se halla en la repetición de lo indebido, habrá lo que se llama el sacrificio especial, que corresponde al enriquecimiento sin causa y que debe indemnizarse. La compensación se hace aquí por medio de una *indemnización pagada por la caja común*, lo que significa la ‘generalización’ del sacrificio especial, correspondiente a la restitución de valores que han pasado en pugna con la equidad” (*op. cit.*, p. 217, destaques no original).

Esta teoria admite como pressuposto que a intervenção estatal legislativa pode levar-se a cabo através de uma norma geral ou mesmo mediante um ato individual tendente a marcar o conteúdo e extensão do direito enfocado.

Sendo de caráter geral e não lesiva à essência do direito de propriedade a norma interventora não configura uma expropriação propriamente dita (*Enteignung*), mas sim uma delimitação/limitação de direito (*Autopferung*) ao passo que o ato individual praticado com base numa lei prévia (*auf dem Gesetz*) ou mesmo uma norma de cunho individual (*durch das Gesetz*) são classificadas como formalmente expropriantes e, portanto, passíveis de compensação.

A mutilação, o menoscabo, o sacrifício do direito só se dá através de um ato estatal de cunho individual relegando ao conceito de limitação da propriedade todos os atos tidos por gerais. O firmamento desta concepção estabeleceu um abismo entre generalidade e individualidade.

O formalismo e a abstração de dita teoria tiveram somente o condão de fortalecer e de alavancar o nascimento de outras correntes ideológicas como a própria teoria do sacrifício especial, a teoria do digno de ser protegido, a teoria da igualdade, a teoria da utilidade privada, a teoria do caráter da lei, dentre outras, conforme nos informa NIETO⁵⁴.

1.3. Ressarcimentos, compensações e indenizações: premissas de um câmbio conceitual

Doutrinariamente é comum encontrarmos autores que fazem distinções entre ressarcimentos, compensações e indenizações, tudo com o fito de diferenciar na praxe forense o montante devido que deverá ser pago ao particular prejudicado pela prática do ato estatal danoso.

Alguns (ALESSI, CAHALI), segundo SCAFF⁵⁵, admitem que o termo *ressarcimento* deve ser empregado quando a atividade administrativa que ensejar a

⁵⁴ NIETO, *op. cit.*, 1962, pp. 73/84.

⁵⁵ SCAFF, *op. cit.*, pp. 149/150. Cumpre salientar que o próprio SCAFF discorda de tal teoria terminológica diferenciadora entre ressarcimento e indenização por entender que o problema da responsabilidade do Estado não está atrelado à dicotomia “atos lícitos ou atos ilícitos”, dicotomia que fere, segundo ele, a mais elementar noção de justiça posto que para o indivíduo lesionado é irrelevante saber se o ato que lhe causou o prejuízo foi ou não baseado na legalidade, o que importa é única e exclusivamente a recomposição integral de seu patrimônio. O autor advoga numa visão mais civilista

diminuição do patrimônio do particular for *licita* estando o Estado obrigado a compensar não mais que a perda econômica sofrida pelo jurisdicionado.

Já para as atividades estatais de cunho *ilícito* o correto termo jurídico a ser adotado na composição integral do dano causado seria “indenização”, eis que em seu conceito encontra-se inserida a idéia de um *plus* ao dever de compensar as perdas econômicas causadas ao administrado alcançando, por exemplo, também os lucros cessantes, os danos morais, etc.

TRUJILLO⁵⁶ recorda que na esfera civil fala-se em “restituição”, “ressarcimento”, “reparação” e “indenização” como espécies de conseqüências que a responsabilidade é suscetível de engendrar consistindo a *restituição* na simples devolução de um bem pelo ofensor ao ofendido, sem configurar ressarcimento, salvo em hipóteses muito raras⁵⁷; o *ressarcimento* em pagamento do dano ocasionado em toda a sua extensão, incluído o prejuízo emergente e o lucro cessante; a *reparação*, a exemplo do ressarcimento, também como pagamento integral do dano, porém com aplicação — mais bem terminológica do que propriamente jurídica, diga-se de passagem — aos casos de danos sem caráter patrimonial e; a *indenização* como ressarcimento integral de danos e prejuízos oriundos de atos de cunho lícito.

Para este autor brasileiro, portanto, no que se refere a responsabilidade do Estado, se o dano é fruto de um ato estatal *ilícito*, a conseqüência é o *ressarcimento*. Se decorrente de um ato *lícito*, há que se falar em *indenização*⁵⁸.

Inúmeros outros doutrinadores advogam por essa diferenciação conceitual no que se refere ao modo e ao alcance do *quantum debeat* imputável ao Estado. Há, por certo, inflamadas discussões e controvérsias, sobretudo no tratamento que uns e outros pretendem dar à obrigação estatal de indenizar os danos causados aos particulares.

Alguns defendem a indenizabilidade sob bases civilistas clássicas, outros sob a influência dos preceitos próprios do Direito Público/Administrativo, sem prejuízos daqueles que advogam pela aplicabilidade híbrida dos conceitos extraíveis do estudo da

focada no dano sem preocupar-se em valorar axiologicamente o *iter* procedimental estatal gerador do prejuízo.

⁵⁶ TRUJILLO, *op. cit.*, 1996, pp. 39/40.

⁵⁷ O autor não declina tais hipóteses em sua obra.

⁵⁸ Segundo ele o uso da terminología “indenização” tem-se difundido indistintamente como significado genérico do *quantum*, do montante devido para satisfazer a obrigação de índole extracontratual, seja no âmbito eminentemente privado seja na seara publicista, como se fora sinônimo de “ressarcimento”.

responsabilidade civil extracontratual tanto na esfera pública quanto na privada, tudo em nome de tornar ao máximo *indemne* o prejudicado. Há também aqueles que veementemente a denegam⁵⁹.

A jurisprudência daqui, do entorno e de inúmeros outros países além-mar diuturnamente refletem essa diferença terminológica e de alcance, conforme restará adiante destacado.

Todavia, faz-se interessante notar para fins de nossas considerações que a quase totalidade deles admite (ainda que indiretamente) que foi com o advento e a constante atualização do conceito jurídico de indenização *strictu sensu* que os danos oriundos de atividades lícitas e/ou permitidas, seja na esfera civilista seja na seara pública, passaram a ser contemplados no ideal obrigacional e de responsabilização dos seus respectivos agentes.

Noutras palavras: com a evolução conceitual do termo jurídico *indenização* na tentativa de abarcar todos os danos emergentes e os lucros cessantes advindos do dano incorporou-se também como finalidade do processo de responsabilização dos agentes danosos a idéia de que os danos e prejuízos de origem *lícita* deveriam estar de igual modo subsumidos no dever jurídico de reparar.

E foi aí, neste aspecto evolucionar, que a teoria da responsabilização patrimonial decorrente da prática de atos *lícitos* tomou forma e corpo. No âmbito civil concentrou-se no estudo das hipóteses de reparação e ressarcimento de danos emergidos de atividades interpessoais provenientes do exercício regular de um direito, de atos praticados em estado de perigo e necessidade, de imposição de servidões dentre outras tipificações constantes dos próprios Códigos Civis e de leis civis extravagantes.

No campo do Direito Público dita teoria surgiu para atualizar e adequar a obrigação estatal de indenizar aos novos reclamos desencadeados pela iniciativa privada

⁵⁹ É o caso de CANOTILHO (*op. cit.*, 1974, p. 321): “I – Para reiterada corrente doutrinal, a diferenciação entre ressarcimento e indemnização, manifestar-se-ia não só através da *causa petendi*, mas também pelo *petitum*, na medida em que o ressarcimento consiste numa reintegração total do cidadão lesado por actos ilícitos, ao passo que a indemnização derivada de actos lícitos é apenas uma compensação de sacrifícios, absolutamente compatível com uma redução quantitativa. Só a manutenção duma ultrapassada concepção do justo preço, aliás limitada historicamente ao instituto da expropriação, e a radical separação entre indemnização de direito público, englobadora exclusivamente de danos objectivos, e uma responsabilidade por ilícito, justificativa da extensão do ressarcimento às lesões subjectivas, poderão explicar a sobrevivência de uma distinção que não tem qualquer razoabilidade”.

cada vez mais oprimida e afetada em suas esferas jurídicas protegidas diante da intervenção dirigista emergida pós instauração do Estado neo-liberal a princípios do século XX.

Vislumbra-se que tal concepção (a da compensação econômica dos danos oriundos de atividades lícitas) desenvolveu-se sob esse duplice viés, o privado e o público, ambos com características e tradições jurídicas próprias que hoje, em face dos consabidos e consentidos movimentos mútuos de privatização do direito público e publicização do direito privado flagrantemente se intercambiam e se completam, especialmente no que tange ao estudo da indenizabilidade dos danos⁶⁰.

Sem embargo da problemática, embora sejamos sabedores da dificuldade de se atribuir de forma metódica — com base em critérios previamente definidos e comumente aceitos pelos estudiosos e operadores das ciências jurídicas — a análise exata da extensão e do alcance da indenizabilidade dos danos particulares originários de atos estatais tidos pelo ordenamento como lícitos, indenizabilidade esta peculiar e mais afeita à chamada jurisprudência do caso concreto^{61 62}, queremos desde já aqui por em releve como intróito e aperitivo ao nosso propósito a notada disparidade dogmática e hermenêutica da doutrina e também da jurisprudência no que se refere ao tema da composição dos danos provocados aos jurisdicionados pelo Estado no exercício de sua função legislativa.

Por certo, maiores detalhismos e diferenças serão demonstradas ao seu tempo ao largo do trabalho. Entretanto, mister se faz desde já destacar a vivaz e a cotidiana influência do tradicional conceito civilista de antijuridicidade — conduta contrária às

⁶⁰ Em que pese reconhecemos a influência recíproca de ambas as searas pública e privada no estudo dos danos decorrentes da responsabilidade extracontratual entendemos que é o Direito Público, que ainda não fixou bases independentes e sólidas para o problema da responsabilidade do Estado pela prática de atos lícitos, que sofre maior influência nesta reciprocidade.

⁶¹ Cf. GARRIDO FALLA, F. «La Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992», em *REDA*, nº 77, Civitas, Madrid, 1993 (Enero-Marzo), pp. 125/132.

⁶² Esclareça-se que não estamos aqui a retratar e defender a existência de subjetivismos ou quaisquer outros particularismos nos julgamentos dos reclamos levados à cabo pelos administrados em busca de um eventual direito à indenização decorrente de danos lícitos ou jurídicos oriundos de todo e qualquer ato estatal como *a priori* a expressão cunhada (“jurisprudência do caso concreto”) está a sugerir. Pelo contrário, rogamos que da detalhista e atenciosa análise judicial subjetiva do caso concreto não derivem conclusões jurídicas afinadas à compreensão e à formação intelectual e jurídica do juiz ou magistrado a respeito desse ou daquele tema perfeitamente sustentáveis no plano acadêmico ou em outro foro qualquer alheio ao do litígio estabelecido entre administrado e Estado, mas sim que se prolatem soluções jurídicas dotadas de máxima objetividade e ponderação extraível conjuntamente do ordenamento jurídico, evitando-se arbitrariedades. Que fique claro de uma vez por todas: a “jurisprudência do caso concreto” não é aqui sinônimo de subjetivismo, arbitrariedade, casuísmo e muito menos de aplicação de uma Justiça particularizada (com o perdão da palavra e da técnica) “ao gosto do freguês”.

leis e ao ordenamento jurídico posto — no estudo da responsabilidade patrimonial do Estado, sobretudo, no que se refere ao tema dos danos provocados pelas atividades legislativas.

Em que pese a objetivação cada vez mais intensa da responsabilidade estatal e, por conseguinte, também da antijuridicidade como critério de imputação da obrigação de indenizar (antijuridicidade subjetiva e prova da culpa → antijuridicidade objetiva e prova da causalidade do dano), o binômio *ilicitude* — *licitude* ainda é objeto de inflamadas discussões e controvérsias na hora da quantificação dos danos.

Por outro lado, a “convergência” — quiçá o melhor qualificativo fosse *conveniência* — de entendimentos por parte dos estudiosos no que se refere ao tema reside na seguinte premissa: em tese, é irrelevante saber se o Estado agiu com culpa ou dolo. Relevante na configuração da responsabilidade patrimonial do Estado, antes de tudo, é a perda da situação juridicamente protegida pela incidência do dano.

E assim convencionou-se o “senso comum” hoje em vigor: havendo produção de dano com violação de direito ou interesse legalmente protegido e provado o nexos de causalidade havido entre a conduta perpetrada e o dano provocado na esfera do administrado, que a seu turno não tem legalmente o dever jurídico de suportar os efeitos advindo de tal conduta lesiva, surge por conseguinte ao Estado a obrigação de repará-lo (dano) integralmente.

Nesse esteio, perguntamos: se no atual estágio evolutivo da responsabilidade estatal não importa mais a culpa do agente público ou do próprio Estado na prestação dos serviços públicos como elemento caracterizador do dever de indenizar, mas tão somente o nexos de causalidade entre a conduta estatal e o dano causado ao particular, porque ainda há tanta dúvida doutrinária e jurisprudencial no que se refere a antijuridicidade e a sua relação direta com a composição dos danos provocados pelo Estado? Será mesmo que a culpa da Administração pela falta do serviço foi mesmo substituída pela idéia de risco da atividade estatal? Quais as conseqüências práticas desse imbróglio no campo do nosso estudo e do Direito de Danos?

Como se vê, em que pese os avanços do instituto da responsabilidade patrimonial do Estado até aqui visualizados e vivenciados, muito há que se estudar e sopesar a seu respeito em face do notável vacilo e da manifesta inconstância interpretativa atribuída pelos expertos ao verdadeiro valor, alcance e influência que a

antijuridicidade tem no estudo da responsabilidade patrimonial do Estado, insegurança esta que nos instiga a lançar outro questionamento mais direcionado ao tema aqui proposto: será que não há vício de origem e de formação da hoje imperante e consolidada teoria da responsabilidade patrimonial do Estado no que tange a análise das consequências jurídicas de atos geradores de obrigações como os atos legislativos?

Será que a teoria da responsabilidade patrimonial do Estado Legislador desenvolvida para explicar e dar solução ao fenômeno dos danos legislativos fundou-se sob bases próprias ou lastreou-se sob a égide da tradicional tese da responsabilidade dos atos administrativos ou de execução das tarefas estatais? Em caso positivo, porque será então que a indenizabilidade desses danos oriundos diretamente da edição e/ou de sua aplicação concreta tem como sustentáculo e parâmetro a ideologia prática de composição dos danos aplicada aos casos das expropriações de bens e direitos?

Além disso, indaga-se: os regimes jurídicos da responsabilidade patrimonial e da expropriação constantes do ordenamento jurídico espanhol são, portanto, idênticos? É possível afirmarmos que a garantia patrimonial estatuída no Art. 106.2 da CE/1978 em favor do administrado é idêntica à garantia estatuída no Art. 33.3 da Carta Magna? Melhor: será que na indenização dos danos ditos legislativos o princípio da “correspondente indenização” ou “justo preço” (Art. 33.3 CE/78) prevalece, engloba e incorpora o princípio da garantia patrimonial contra lesões decorrentes da prestação ou não de serviços públicos expressa no Art. 106.2 do texto constitucional ou não há que atribuir qualquer confusão de ditos institutos?

Como se vê, grande e custoso é o nosso desafio. Porém, voltando-se ao papel da antijuridicidade na tratativa da responsabilidade patrimonial do Estado, a nosso juízo, uma coisa é certa (adiantamos): a origem antijurídica do ato estatal não pode de maneira alguma ser desprezada, porque ademais de ser o elemento *regulador* da tensão entre os interesses públicos e privados é, sobretudo, elemento *harmonizador* de valores contrapostos constitucionalmente protegidos tanto em favor do Estado quanto do cidadão sujeito de direito.

Não bastasse, é elemento essencial a ser considerado no momento de quantificação dos danos a serem ressarcidos pelo Estado pois constitui em alguns casos o suporte fático imprescindível da pretensão reparatória que não pode estar afeta a fórmulas e valores matemáticos universais previamente estabelecidos por intermédio de

impróprios e perigosos “barômetros ou tabulações indenizatórias” a exemplo do que não raro sói ocorrer em normas legislativas e contratuais relativas a prestação dos mais variados seguros de danos⁶³.

1.4. Os limites do dano ressarcível e as propostas da doutrina e jurisprudência clássicas para a composição dos danos oriundos de atos estatais lícitos

Conforme temos observado a indenizabilidade dos danos sofridos em face das incursões lesivas provocadas por atos estatais praticados em observância às normas constitucionais e legais postas e vigentes nos ordenamentos jurídicos está diretamente relacionada com o respeito à garantia patrimonial que desde os primórdios do Direito sempre se observou como contrapartida a supressão e a extinção da propriedade particular mediante a via do instituto expropriatório.

Tomando-se por base a idéia de expropriação e do respectivo e correlato dever estatal de indenizar pela prática do ato supressor extremado, temos que todas as teses e argumentações trazidas à lume pelos advogados da configuração de um regime indenizatório aplicável às hipóteses de danos e prejuízos derivados da prática de um ato estatal tido pelo ordenamento como lícito e legítimo tiveram que enfrentar basicamente 02 (dois) postulados iniciais interrelacionados: 1º) saber qual era a melhor e mais eficaz sistematização que se podia atribuir a obrigação estatal de indenizar os danos de origem lícita: aquela com base em um sistema unitário de responsabilidade ou ainda se a solução de tais reclamos indenizatórios deveria estar atrelada a um sistema independente formador de um sistema binário; 2º) qual o regime jurídico indenizatório de composição dos danos, seus critérios e alcance.

Nessa perspectiva desenvolveu-se a corrente doutrinária adepta a um sistema bipartite da obrigação estatal de indenizar sob 02 (dois) prismas assim associados: 1º)

⁶³ No ponto merece transcrição o alerta feito por Mariano YZQUIERDO TOLSADA («La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate», em *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, coordenadores: Ricardo de Ángel Yáguez e Mariano Yzquierdo Tolsada, Dykinson, Madrid, 2001, p. 238) sobre um dos desafios da responsabilidade civil neste novo milênio: “*El nuevo milenio nos planta ante otra pregunta preocupante: el que daña ¿está obligado a reparar el daño causado? Cualquier jurista respondería que sí, y que justo eso es lo que proclama paladinamente el art. 1902 C.civ. (o el 1101, si nos movemos en sede de responsabilidad contractual). Sin embargo, la tendencia actual consiste en decir que no: que, al menos en determinados sectores de actividad, lo que hay que reparar no es el daño causado, sino el daño que de antemano fije el legislador como daño verosímil, como daño estadísticamente correspondiente a sucesos de la concreta etiología de que se trate. Es entonces el legislador quien decide el precio de una vida, de una incapacidad temporal o de unas lesiones invalidantes. Es él el encargado de decidir cuánto lucro cesante es que como indemnización debe corresponder a quien resulte perjudicado*”.

dano decorrente de ato *ilícito* estatal: responsabilidade civil do Estado; 2º) dano decorrente de ato *lícito* estatal: indenização compensatória.

Outra corrente tratou de dar maior envergadura a já conhecida responsabilidade estatal por ato ilícito incorporando ao seu âmago também a responsabilidade por atos lícitos sob a égide de um sistema uno, porém ambivalente.

Os que aderiram ao sistema binário focaram suas atenções principalmente sobre o real alcance que os efeitos negativos e danosos que os atos legítimos e comissivos do Estado provocavam sobre a esfera jurídico patrimonial protegida dos administrados, o que ocasionou uma remodelação e uma ampliação do conceito primário de *indenização* tradicionalmente vinculado à idéia de reparação de um ato tido por antijurídico ou ilícito. Insistiu-se de fato na diferenciação conceitual e teleológica entre reparação e compensação.

Ao conceito de indenização incorporou-se uma nova e complementar idéia de *compensação* econômica pelos sacrifícios (especiais e anormais) sofridos particularizadamente em razão da intervenção estatal constitucional ou legalmente autorizada. A quantia devida ao particular afetado não representava mais a contrapartida econômica resultante da imputação e da prova judicial da responsabilidade do Estado (reparação patrimonial ao *status quo*), mas sim a justa causa do dever de indenizar decorrente da violação à máxima jurídica do *alterum neminem laedere* (dever de não lesar a ninguém) ínsita na idéia de justiça e equidade.

De outra banda haviam aqueles que sustentavam estar a obrigação estatal de indenizar decorrente da prática de um ato lícito inserida na concepção teórica já concebida para a responsabilização dos atos estatais ilícitos.

Para eles não havia razão para a criação e implementação *pari passu* de um novo regime destinado a explicar e fundamentar dogmaticamente o dever estatal de indenizar os danos que o ato público provocou ao particular mesmo tendo atuado em total conformidade às diretrizes impostas pelo ordenamento jurídico.

Havia sim a necessidade de uma readequação estruturante do instituto jurídico da responsabilidade patrimonial do Estado com vistas a abranger as novas hipóteses

indenizatórias, mas não de todo o sistema em si que deveria permanecer unitário, ou seja, o dever estatal de indenizar os danos oriundos de atos lícitos deveria ter um único e já conhecido caminho: o da configuração da responsabilidade civil estatal.

Ambas as correntes, em certa medida, adentraram no movediço contudo inevitável terreno da distinção radical (num primeiro momento) entre atos ilícitos (antijurídicos) e lícitos (jurídicos/legítimos) para ao depois analisarem suas doutrinas sob a perspectiva da intencionalidade do ato estatal emanado — pelo legislador, no nosso caso — na tentativa de configurarem as hipóteses de danos intencionais ou queridos (*Eingriff*⁶⁴) e de danos ditos acidentais não culposos (*Unfallschäden*).

Ato contínuo, ao estudo do fenômeno jurídico da obrigação de indenizar os danos provocados pela prática de atos estatais lícitos, direcionaram e concentraram suas reflexões sobre a própria *antijuridicidade do ato*, com um certo tom analítico subjetivo, em que pese a forte tendência de objetivação tanto pública como privada do instituto.

Filosofias construtivistas à parte, em ambos os movimentos, ficou claro que a responsabilidade patrimonial do Estado propriamente dita ou o seu dever autônomo de indenizar o particular encerravam uma convergente lição: a de que definitivamente a sua obrigação não mais estava cingida à caracterização de um ilícito culposo sujeito a amarras subjetivistas.

Restava, portanto, quebrantada a necessária (por falsa) correspondência entre a ilicitude da ação e a obrigação de ressarcimento que, plausivelmente, podia sim também derivar-se de um suposto ou de uma conduta estatal tida como legítima e lícita sem quaisquer indícios de violação aos ditames do ordenamento jurídico posto, notadamente o constitucional.

Fixada a nova premissa, o desafio foi conciliar os preceitos objetivistas da eclodente e ecoante teoria do risco, de variada justificação⁶⁵, às adolescentes

⁶⁴ Ataques, privações, despojos, debilitamentos, claudicações, intervenções, ablações, menoscabos e tolhimentos contra a propriedade em si e o seu núcleo essencial são algumas das terminologias colhidas junto à doutrina especializada buscando qualificar as *Eingriffe* como uma interferência estatal equivalente às expropriações.

⁶⁵ Como bem destacado por CANOTILHO (*op. cit.*, 1974, pp. 18/20): na Itália, a figura da *indemnizo* para circunscrever as hipóteses em que a Administração concede uma compensação material ao cidadão onerado com um sacrifício lícitamente imposto pelas autoridades públicas e a tradicional *responsabilità* para justificar os casos de ressarcimentos de danos emergentes de atividades ilícitas e culposas dos órgãos

formulações da indenizabilidade dos atos lícitos danosos estritamente vinculadas ao princípio da igualdade perante os encargos públicos.

Exemplo vivo de tão tenues, porém profundos argumentos, podemos encontrar na obra dos venerados administrativos da península os Profs. Drs. Fernando GARRIDO FALLA (*in memoriam*) e Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA defensores, respectivamente, dos sistemas binário e unitário, conforme adiante restará visualizado⁶⁶.

Desses enriquecedores e apaixonados embates ideológicos-científicos também derivaram novos elementos conceituais da indenização compensatória dos danos lícitamente provocados pelo Estado, tudo sob o enfoque da *intencionalidade do legislador* e do *valor econômico atribuído* ao patrimônio ou ao bem, direito ou interesse violado, dilapidado, suprimido, sacrificado. Senão, vejamos.

1.4.1. A indenizabilidade como “compensação do dano motivado e consciente do legislador” — (concepção alemã)

Na Alemanha, cujo ordenamento jurídico sempre esteve influenciado pela idéia do *Aufopferung* (sacrifício especial) originária do instituto expropriatório e umbilicalmente atrelada ao princípio da igualdade perante os encargos públicos, todas as intervenções legislativas ablatórias ou gravemente limitativas da esfera jurídico-patrimonial do administrado com fins originariamente não expropriatórios (danos acidentais, incidentais ou conseqüenciais) passaram a enquadrar-se no conceito de expropriação *lato sensu* gozando, portanto, de uma garantia constitucional de uma justa e prévia indenização em notada negação de qualquer relação entre a lei e a responsabilidade estatal por danos⁶⁷.

e agentes do Estado; na Alemanha, a teoria da *Entschädigung* abrangendo a reparação de danos resultantes de um ato lícito (*Aufopferung e Enteignung*) e a teoria da *Staatshaftung* enquadrando as hipóteses de prejuízos causados por atividades ilícitas e culposas dos órgãos e agentes do Estado; na França, a construção jurisprudencial da responsabilidade patrimonial do Estado sob as mais variadas terminologias e regimes jurídicos, tais como a responsabilidade administrativa com base na *faute de service* e no *risque administratif* não faltando as hipóteses de *responsabilité sans faute* justificáveis pelo princípio da *l'égalité devant les charges publiques*; na Espanha, a bipartição entre a teoria da responsabilidade por atos ilícitos e a da indenização em direito público; em Portugal, a diferenciação entre responsabilidade por atos ilícitos e responsabilidade por atos lícitos.

⁶⁶ Cf. itens 10.3.1.d) e e) do presente trabalho.

⁶⁷ Inicialmente na Alemanha, sob a égide e influência dos preceitos lançados na teoria do fisco exposta originariamente por Otto MAYER em seu manual sobre o Direito Administrativo Alemão defendeu-se através da chamada *Einzelakt Theorie* a idéia de indenização decorrente da imposição de um *sacrifício especial* tão somente com base na aferição de um critério unitário baseado exclusivamente na quantidade e na extensão do alcance da medida legislativa-estatal interventiva sobre a esfera jurídica protegida dos administrados (intervenção geral ou especial). Todavia, tal critério uno logo cederá passo e fora

No campo doutrinal Otto MAYER⁶⁸, por exemplo, não exitou em afirmar que a lei, ou melhor, os *atos de legislação*⁶⁹ poderiam sim causar prejuízos aos particulares de diferentes maneiras. Todavia, a indenização só seria cabível quando a própria lei assim determinara sendo, outrossim, o silêncio ou a omissão interpretada como uma negativa do legislador em tal sentido. São suas palavras:

“Es preciso hacer de esta máxima —que la ley no indemniza a menos que lo diga expresamente— una aplicación extensiva a las dos direcciones de la noción de ‘ley’: ley simplemente material, por un lado, y ley formal, por el otro.

En consecuencia, no corresponde indemnización por los daños causados por toda *regla de derecho* que emanare del *poder ejecutivo* (ordenanza) o de un *cuerpo de administración propia* (estatuto; comp.t. I, §10, p. 170). Si la regla de derecho acarrea un daño para los individuos a causa de sus mandatos y de las cargas que les impone, se da, sin embargo, por sentado que lo hace de manera igual, por lo tanto, equitativa; entonces no hay nada que compensar. Por lo tanto, tampoco corresponde la indemnización a menos que exista una prescripción expresa para ese caso.

La ley, es decir, el acto emitido en *forma de una ley*, puede también referirse a un caso individual. (...) Respecto a la regla que concede una indemnización para semejantes medidas, ese acto debe considerarse dispensado de ello, si él mismo no prevé una indemnización”. Destaques no original.

É o que se pode notar também no estudo detalhado da evolução jurisprudencial da matéria no âmbito do *Tribunal Civil Federal* alemão realizado por Otto KIMMINICH⁷⁰. A propósito destaca o doutrinador que já em 1952 (sentença de 10 de

substituído pelo advento de uma nova teoria que tratava de cumular o critério material da igualdade (carga igual ou desigual) com a análise simultânea do grau de extensão e índole da privação imposta pelo Estado. Noutros termos, evoluiu-se da concepção de *sacrificio especial* insita na *Einzelakt Theorie* ou *Autopferungstheorie* para a de *sacrificio não exigível* proposta na *Zumutbarkeitstheorie*.

⁶⁸ MAYER, *op. cit.*, pp. 238/239.

⁶⁹ O autor já trabalhava com a concepção dual da lei (lei formal e/ou material) e também com a idéia de lei-medida. Daí a preferência pela terminologia “atos de legislação” em relação ao termo “lei”.

⁷⁰ KIMMINICH, O. «La propiedad en la Constitución Alemana», em *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 163/165, com tradução de Manuel Medina Guerrero, Professor da Universidade de Sevilla. Importante destacar ademais que o *Tribunal Administrativo Federal* alemão sustentava em seus julgados tese diversa da adotada pelo *Tribunal Civil Federal*. Sob a égide das teorias da exigibilidade ou do razoavelmente exigível ou tolerável (*Zumutbarkeitstheorie*) e da gravidade (*Schweretheorie*), às vezes denominada teoria do sacrificio (*Aufopferungstheorie*), ambas baseadas na idéia de gravidade e alcance da intervenção sobre a propriedade, rechaçava o *Tribunal Administrativo* o critério eminentemente formal e quantitativo adotado pelo *Tribunal Civil* de diferenciação entre sacrificio geral e sacrificio singular por considerar que a propriedade tutelada na Lei Fundamental também estava dotada de um conteúdo axiológico material digno de proteção. Todavia, segundo o Professor de Regensburg, nos finais dos anos 70 (setenta) houve uma convergência de teorias cedendo passo o *Tribunal Civil Federal* aos preceitos da tese reiteradamente defendida pelo *Tribunal Administrativo*, tese esta (a da exigibilidade e gravidade) explicitada pelo *Tribunal Constitucional Federal* na sentença de 30 de novembro de 1988 nestes termos: “(...) *el rasgo esencial de la expropiación desde el punto de vista constitucional lo constituye la intervención estatal sobre el derecho de propiedad; y en concreto se resuelve en la idea de la privación total o parcial de las concretas posiciones jurídicas subjetivas que se encuentran protegidas por el art. 14.1.1 LF*”.

junho) assim restava concebida por este mencionado tribunal a definição (criteriosa e elástica) do ato expropriatório estatal fruto da aplicação da conhecida teoria do sacrifício singular (*Sonderopfertheorie*), nestes termos:

“La expropiación es aquella intervención sujeta a indemnización sobre los derechos de contenido patrimonial de particulares o grupos, producida en virtud de un fin público superior y derivada de una ley o de un acto administrativo con base en una ley que, bien en la forma de privación o de gravamen de derechos, incide especialmente y de un modo desigual en los titulares afectados y les impone, en beneficio de la comunidad, un sacrificio singular que no es exigido a los demás”⁷¹.

Com apoio nessa garantia normativa constitucional (*Tatbestand*) também aplicada extensivamente aos danos não expropriatórios ou quase expropriatórios causados pelas leis delimitadoras de direitos fundadas numa *Eingriff*, mormente os patrimoniais, firmou-se o entendimento de que ao legislador estava incumbida a tarefa de prever obrigatoriamente a indenização pelos sacrifícios impostos pelas medidas legislativas imediatamente interventivas e substancialmente ablatórias ou limitadoras de direitos sendo, pois, vedado o seu silêncio ou qualquer outro intento denegatório, sob pena de inconstitucionalidade da lei violadora da garantia *expropriatória*.

Nesse esteio, não bastasse estarem todas as atenções centradas no sacrifício tido por especial e grave — que não raro induziam a pronunciamentos judiciais com base na análise *apenas formal* de hipóteses expropriatórias —, investiu-se sobre a real *finalidade* expropriatória da medida administrativa ou legislativa em face da interpretação que ecoava do parágrafo 3º do artigo 14 da *Grundgesetz* (Lei Fundamental de 1949)^{72 73} instituidor do princípio da justa ponderação indenizatória no procedimento expropriatório, inclusive o operado diretamente pela lei, assim redatado no espanhol:

⁷¹ *Ibidem*, KIMMINICH, p. 163.

⁷² O artigo 153 da Constituição de Weimar de 1919 foi, sem dúvida, a maior inspiração conceitual do artigo 14 da LF/1949. Ao seu tempo assim estatuiu: “O conteúdo e a limitação dos direitos derivam das leis”.

⁷³ Vale à pena aqui a reprodução dos ensinamentos do Professor Fritz OSSENBÜHL (Universidade de Bonn) constantes no artigo intitulado «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania», traduzido por Javier Barnés com colaboração de Roberto Galán Vioque, inserto na obra coletiva *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 934: “(...) En particular, la pretensión indemnizatoria en caso de intervención administrativa* de alcance expropiatorio fue reconocida y desarrollada, a principios de los años cincuenta, sobre la base que proporciona el art. 14 da Ley Fundamental (en adelante GG), atinente al derecho de propiedad y a la garantía expropiatoria, y mantiene desde entonces hasta nuestros días su denominación.

Artículo 14

“1. Se garantizan la propiedad y el derecho de herencia (*Erbrecht*)⁷⁴, con el contenido y las limitaciones que la ley determine.

2. La propiedad obliga (*Eigentum verpflichtet*). Su uso deberá servir, al mismo tiempo, al bien común.

3. Sólo procederá la expropiación (*Enteignung*) cuando sea en interés común, y se producirá únicamente **por ley o en virtud de una ley**, que determinará la modalidad y el alcance de la misma. La indemnización (*Entschddigung*) se ajustará mediante una justa ponderación de los intereses de la colectividad y del afectado. En caso de conflicto se dará recurso ante los tribunales ordinarios en cuanto al importe de la indemnización”. Grifei.

Essa simultaneidade entre expropriação e indenização era exigida pela *Grundgesetz* (lei fundamental, Constituição) alemã através da doutrinarmente chamada *Junktim klausel* (cláusula adesiva ou aderente, em livre tradução⁷⁵) formulada

Desde su mismo origen, el reconocimiento de una acción indemnizatoria por intervención de alcance expropiatorio ha servido para reparar la lesión antijurídica y no culposa producida por el poder público y, por consiguiente, ha constituido «un supuesto encubierto de responsabilidad del Estado».

En las décadas siguientes, el Tribunal Civil Federal reelaboró y reformó notablemente esta figura introduciendo a tal efecto modificaciones que, aunque impliquen incluso asentarla sobre bases distintas, no la han liberado, sin embargo, de las trabas o de los vínculos que supone haber nacido anudada al art. 14 GG. Así, la acción indemnizatoria por intervención administrativa de alcance expropiatorio sólo tiene por objeto indemnizar el daño antijurídico del derecho de propiedad, sin incluir, por consiguiente, los daños que los poderes públicos generan sobre otros bienes jurídicos. En cambio, para hacer frente a las intervenciones del Estado sobre los bienes jurídicos que no tienen carácter patrimonial (como la vida, la salud, la libertad o el honor) la jurisprudencia, de modo paralelo y análogo a como hiciera con la doctrina de la intervención de alcance expropiatorio, ha elaborado la institución de la denominada acción general por el sacrificio impuesto [Allgemeiner Aufopferungsanspruch]. No obstante, y aunque cuente con una regulación especial, tiene todavía un ámbito de aplicación muy reducido”. Destaques no original.

Em complemento ao seu entendimento o autor destaca às fls. 943/944 do seu articulado que o próprio Tribunal Constitucional alemão por intermédio de uma importante sentença do ano de 1981 pôs em xeque a aplicação do artigo 14 da LF como garantia aos sacrifícios impostos pelas intervenções estatais de efeitos expropriatórios, dúvida esta que não chegou a influenciar que o Tribunal Civil Federal — apesar de reconhecer que o artigo 14 da LF não mais servia de fundamento à imputação da obrigação de indenizar tais danos (oriundos das intervenções com efeitos expropriatórios) — cambiasse a sua jurisprudência. Ao revés, este mesmo Tribunal Federal, o Civil, continuou dando guarida à garantia patrimonial do particular defendendo, em tom reformulado, que essa garantia constitui uma fórmula indenizatória que deita suas raízes na lógica do sacrifício e que, por sua vez, em face do seu reconhecido valor de norma consuetudinária, continua a ser vinculante para o legislador ordinário ainda que não reconhecida a nível constitucional. Noutros termos: a garantia indenizatória antes constitucional, com a nova interpretação do Tribunal Constitucional, deixou de ter esse *status*. Todavia, em razão da manobra do Tribunal Civil, a anterior constitucionalidade transformou dita garantia em norma consuetudinária.

* Denote-se que o excerto faz referência a intervenções *administrativas* de alcance ou com efeitos expropriatórios e não de intervenções legislativas. Isso se explica porque o conceito comumente aceito quando do nascimento da citada interpretação era o de *lei-medida* tida como ato legislativo formal dotado em verdade de conteúdo material administrativo (não necessariamente jurídico), conteúdo este que também dava às expropriações *ope legis* a natureza jurídica de ato administrativo.

⁷⁴ Note-se que a Constituição Espanhola de 1978 é mais garantista nesse sentido pois estabelece em seu artigo 24.1 a proteção não só dos direitos, dentre eles o de propriedade, mas também dos interesses legítimos dos administrados.

⁷⁵ *Cláusula de simultaneidad* segundo GARCÍA DE ENTERRÍA em sua obra *La Responsabilidad del Estado Legislador en el Derecho Español*, Civitas, Madrid, 2007, p. 159.

com o objetivo específico de evitar expropriações sem indenização⁷⁶ e obrigar o legislador, no momento da emanção das leis, a tomar consciência do possível caráter expropriante de seus atos, a prever se estas produzem ou não sacrifícios e, principalmente, a ponderar em que medida deverá incidir a indenização devida.

Enraizada a teoria do *enteignungsgleiche Eingriff*, englobadora tanto de casos de sacrifícios dolosamente impostos por atos lícitos (ex: expropriações) como de sacrifícios emergentes de comportamentos ilícitos e culposos do Estado, restou relativamente consensuado pela doutrina germânica que a indenizabilidade dos danos acidentais ou quase expropriatórios era resultado do dever de compensação integral do *dano direto, motivado, voluntário e consciente do legislador* e o caminho para propiciar o restabelecimento da desigualdade provocada nos exatos limites do dano querido.

A *voluntas legislatoris* de menoscabar (restringir sem expropriar) o direito do particular mediante a imposição de sacrifício caracterizava, por equiparação, uma expropriação, mas não uma verdadeira responsabilidade por atos lícitos.

Daí a necessidade de justificar o alargamento do conceito do instituto (expropriação) para englobar os danos oriundos de outros atos estatais lícitos dos quais acidentalmente resultaram prejuízos e também de fixação dos deslindes do dever estatal de indenizar nos exatos limites do dano querido pelo legislador.

Essa preocupação (reflexa) por restringir e vincular a indenizabilidade dos sacrifícios queridos aos contornos da real intenção do legislador — *pari passu* a expansão do conceito de expropriação — teve como condão única e exclusivamente evitar que na outra ponta restasse perigosamente também alargada a obrigação final compensatória que, frise-se, através deste sutil mecanismo, naturalmente deveria não mais estar necessariamente adstrita a compensar tão somente os sacrifícios impostos por atos dotados de uma *natureza* formal (expropriação propriamente dita sem a correspondente *Junktim klausel*), mas, sobretudo, permitir que além disso fossem igualmente objeto de compensação os sacrifícios oriundos de atos legislativos cargados

⁷⁶ Indenização e expropriação são dois termos indissociáveis de forma que não cabe constitucionalmente expropriação sem indenização (*keine Enteignung ohne Entschädigung*), conforme acrescenta Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR em «La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador», em *34 artículos seleccionados de la RAP con ocasión de su centenario*, INAP, Madrid, 1983, p. 795.

de um *conteúdo* materialmente “expropriante” como no caso das expropriações por equiparação.

Portanto, apesar do notado alargamento do conceito de expropriação, não expandiu-se proporcional e quantitativamente o dever de indenizar do Estado-Legislador que continuou a compensar os sacrifícios legislativamente impostos com base na cláusula do justo preço, desequilíbrio este que acabou por impedir que a indenizabilidade decorrente dos novos supostos “expropriantes” (expropriações por equiparação) se processassem sobre os pilares de critérios distintos ao da tradicional *aestimatio rei* ou indenização por equivalente.

Nesse sentido, não poderiam ser mais claras as palavras de Fernando GARRIDO FALLA:

“Los comentaristas alemanes de la Constitución de Weimar entendieron por expropiación todo perjuicio causado al patrimonio privado por la Ley o un acto administrativo que, en beneficio de la generalidad, imponga gravámenes especiales a determinadas personas o a un conjunto de individuos relativamente limitados, **siendo indiferente que con esto se origine un traspaso de objetos o derechos y que se refieran o no a un fin de utilidad pública**. Así, pues, manteníase la teoría de que, de acuerdo con la Constitución de Weimar, la imposición de toda carga especial produce automáticamente el deber de indemnización por parte del Estado. Se consolida así una opinión más amplia que la que anteriormente referíamos de la protección constitucional de la propiedad, y se da origen a una nueva teoría cuyo fundamento está en la *igualdad jurídica y constitucional de los ciudadanos ante las cargas públicas*”⁷⁷.
Grifei e destaquei.

1.4.2. A indenizabilidade como “conversão pecuniária do bem ou direito sacrificado/expropriado” — (concepção italiana)

Na sistemática jurídica italiana, até antes da 2ª (segunda) guerra mundial — especialmente entre as décadas de 1950 e 1970 onde a discussão do tema da responsabilidade da Administração Pública por ato lícito adquiriu maior interesse e intensidade por parte da doutrina clássica⁷⁸ —, a exemplo da tendência alemã, a

⁷⁷ GARRIDO FALLA, F. «La teoría de la indemnización en Derecho Público», em *Estudios dedicados al profesor GASCÓN Y MARÍN en el cincuentenario de su docencia*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1952, p. 424.

⁷⁸ Neste período podemos destacar alguns estudos científicos que de um modo ou outro trataram de abordar o tema da responsabilidade por ato lícito tais como a obra de ALESSI, R. *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1951; de ZANOBINI, G. *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. 1º (*principi generali*), reimpressão da sexta edição, Giuffrè, Milano, 1952; de REDENTI, E. *Legittimità delle leggi e Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1957; de TORREGROSSA,

problemática da indenizabilidade dos danos provenientes de atos estatais *lícitos* (*atti leciti*) não esteve direcionada à configuração da responsabilidade patrimonial do Estado propriamente dita ante a sua peculiaridade e impropriedade aplicativa na seara pública.

Até então (2ª grande guerra) a doutrina italiana mostrava-se bastante fiel ao entendimento de que a responsabilidade extracontratual só era admitida para os casos de danos oriundos de atos ilícitos causados por condutas essencialmente culposas dos agentes não havendo aceitação de qualquer hipótese de indenizabilidade de danos advindos de uma conduta lícita.

Doutrinariamente, nesse sentido, destacamos o clássico e difundido pensamento de CHIRONI⁷⁹ que apesar de seu conservadorismo e seu forte apelo aos conceitos de injúria e quase-delito chegou a admitir ao seu tempo que “*la obligación de garantir contiene, por tanto, la reparación del daño aun cuando acaezca sin culpa ninguna, sin intervención ilícita del obligado en la causa que lo produzca, y tal vez la reparación se impone aun para el caso de peligro de daño*”. Destaquei.

SANTI ROMANO, no que tange aos danos oriundos de atos públicos praticados licitamente, defendia a idéia de “*(...) l’ente pubblico che impone a un diritto individuale un particolare sacrificio che non è compreso nei limiti normali di esso, deve risarcirlo, o, con altre parole, convertirlo in un’indennità. (...) Il sacrificio del diritto del privato è legittimo se gli si corrisponde un indennizzo. Questo non è effetto di un atto illecito, ma condizione perchè un atto sia lecito*”⁸⁰.

A responsabilidade estatal por atos lícitos era, portanto, uma hipótese excepcional de responsabilidade baseada não no *risarcimento* (ressarcimento), mas sim na *indennità* (indenização), ou melhor, num *compenso equivalente al sacrificio sopportato* (compensação equivalente ao sacrifício suportado).

G. *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Giuffrè, Milano, 1964; de DE CUPIS, A. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, tradução da 2ª ed. italiana e estudo preliminar por Ángel Martínez Carrión, Bosch, Barcelona, 1975; de MORTATI, C. *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano, 1968.

⁷⁹ CHIRONI, G.P. *La culpa en el derecho civil moderno: culpa extra-contractual*, vol. 2, traduzida da 2ª ed. italiana por C. Bernardo de Quirós, Hijos de Reus, Madrid, 1906, p. 610.

⁸⁰ SANTI ROMANO, *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, 2ª ed. revisada e ampliada, Società Editrice Libreria, Milano, 1909, pp. 62/63.

Conforme bem nos informa e retrata CANOTILHO⁸¹ do pós guerra brotava com intensidade a idéia de que a obrigação estatal de compor os danos oriundos da prática de atos lícitos não era fruto da verdadeira responsabilidade patrimonial do Estado fundada no fato ilícito e culposo (cunho subjetivo da responsabilidade), mas sim de uma *conversão forçada* de um direito individual num outro direito representativo de um certo valor econômico⁸².

Era o que se podia interpretar analogicamente das disposições contidas no artigo 42 da *Costituzione de 1947*, especialmente de seu parágrafo 3º (terceiro) definidor do instituto expropriatório e de sua respectiva indenização.

Art. 42. “La proprietà è pubblica e privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti, o a privati.

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

La proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d’interesse generale”.

Antes, porém, a norma de regência comumente invocada para a matéria era a disposição contida no artigo 46 da Lei de Expropriação Forçosa de 1865, conforme nos informa Giovanni TORREGROSSA: “*Nell’ambito del diritto pubblico è opinione diffusa sia in dottrina che in giurisprudenza, che la norma fondamentale in materia di c.d. responsabilità della pubblica amministrazione per atto lecito, sia costituita dall’art. 46 della legge 25 maggio 1865, n. 2359, per il quale «È dovuta una indennità ai proprietari dei fondi, i quali dalla esecuzione della opera pubblica vengano gravati di*

⁸¹ GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, 1974, p. 234.

⁸² Nesse sentido cabe aqui por em releve o entendimento de boa parte da doutrina de que a conversão pecuniária do direito sacrificado em seu equivalente econômico não consistia de maneira alguma numa consequência ou num efeito oriundo da tradicional responsabilidade pública, mas sim num elemento essencial da estrutura da própria expropriação forçosa. É o que se pode destacar da crítica pontual formulada por TORREGROSSA (1964, p. 77): “*Costituisce, quindi, frutto di un equivoco concettuale il considerare effetto di responsabilità l’attribuzione del compenso in favore del titolare dell’interesse sacrificato. La responsabilità, in fatti, presuppone la possibilità che un soggetto possa invocare la tutela di un suo interesse; mentre nell’ipotesi di conversione legislativa del contenuto del diritto, l’attribuzione dell’equivalente economico dell’interesse sacrificato viene strutturalmente attuata attraverso lo spostamento della tutela dal soggetto che la godeva al soggetto a cui lo stesso interesse viene attribuito; e l’unica tutela che il primo dei due soggetti può invocare è quella relativa al suo diritto all’indennità, del quale solo può profilarsi un problema di violazione (in caso do mancato pagamento) e quindi di responsabilità a carico del soggetto obbligato.*

La verifica dell’esattezza delle superiori affermazioni si ricava dall’esame dell’indennità di espropriazione per pubblica utilità, che costituisce il più importante degli esempi di responsabilità per atto legittimo, adottati dalla dottrina.

(...) È ciò è tanto più esatto in quanto l’indennità costituisce una condizione di legittimità del procedimento di espropriazione e quindi deve logicamente precedere l’atto di ablazione”.

*servitù, o vengano a soffrire un danno permanente derivante dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto»*⁸³.

Nesse contexto, a regra da conversão obrigatória de direitos do particular (*Verschiebung*), de notada raiz germânica⁸⁴, em face da prevalência do interesse público sobre os interesses e direitos privados, seria a única possibilidade admissível de se buscar uma *giusta indennità*.

A relativização do princípio da intangibilidade patrimonial pela conversão forçada assentava-se no postulado de que se o ordenamento jurídico autorizava o Estado a sacrificar, *per legge* (mediante lei), direitos individuais em prol do bem comum, de igual modo, por razões de equidade, garantia em favor do sacrificado a obrigação estatal de indenizar.

Deste modo, entenderam os publicistas italianos que a conjugação dos princípios gerais da justiça distributiva e da equidade — e não o instituto jurídico da responsabilidade patrimonial do Estado propriamente dito — era o fundamento legitimador do direito à indenização a ser paga ao particular diretamente afetado e sacrificado em seu patrimônio, cujo restabelecimento ao seu *status quo* deveria ser buscado através do exercício de um novel direito: o direito à percepção econômica do *valor de mercado*^{85 86} atribuído ao bem ou ao direito.

⁸³ TORREGROSSA, *ibidem*, 1964, pp. 71/72. O autor, particularmente, não comunga com o entendimento majoritário por entender que a interpretação do artigo 46 da Lei de Expropriação de 1865, desde a sua origem, esteve distorcida pelo pré-conceito de que seria impossível encontrar em seu bojo um caso de responsabilidade por ato *ilícito*. Ademais, sustenta o professor da Universidade de Palermo que “*A tale norma, così, fue negato gran parte del suo carattere eccezionale e si operò una estensione della sua applicazione fino a comprendervi tutti i casi di danni cagionati dalla costruzione e manutenzione di opere pubbliche, pur in difetto di una procedura di espropriazione*” (p. 82).

⁸⁴ Atribui-se a HATSCHEK a defesa desta teoria.

⁸⁵ Esse critério de *valor de mercado* não era visto com bons olhos por Giovanni DUNI (*Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 258), por insuficiente e injusto, o que levou-o a sustentar toda uma teoria sobre a indenizabilidade dos danos e sacrifícios produzidos por atos estatais lícitos, dentre eles os atos legislativos, destacando-se em suas considerações o critério da confiscabilidade patrimonial como excludente da compensação. São suas palavras: “*In verità tutto quanto è confiscabile, deve ritenersi detenuto precariamente dal privato, così come precariamente il proprietario di un immobile si giova del fatto che il vicino non edifica, come sarebbe nelle sue facoltà, coprendo il panorama. In caso di responsabilità dello Stato avviene che quesito — per principio — dovrebbe riparare tutto il danno. Ma, essendo parte del danno una ricchezza sostanzialmente collettiva o — se si preferisce — precariamente detenuta perchè sempre confiscabile, non sembra in contrasto con l’eguaglianza operare una sorta di «compensazione» fra il debito dello Stato e la somma che lo Stato potrebbe esigere gli sia pagata.*

Se si preferisce, si potrebbe dire che il danno relativo alla perdita della ricchezza che lo Stato potrebbe confiscare non costituisca un danno in senso giuridico, ma solo in senso economico. In altri termini, nei confronti dello Stato, patrimonio protetto è solo quello che non comprende le ricchezze confiscabili”.

A indenização, fruto da extensão da garantia expropriatória, era condição *sine qua non* da legitimidade da medida (administrativa) impositora do sacrifício conforme asseverado por Guido ZANOBINI, com estas palavras:

“E’ noto che talora l’interesse pubblico non può essere soddisfatto, se non traverso il sacrificio di un diritto individuale: in alcuni casi, la legge, autorizzando questo sacrificio, impone all’amministrazione l’obbligo di corrispondere una indennità al titolare del diritto sacrificato. Quest’indennità è stata talora considerata una semplice condizione di legittimità del provvedimento col quale il sacrificio viene imposto: sembra più esatto riconoscere nella relativa obbligazione la conseguenza del danno, che l’atto induce nella sfera giuridica del privato, e quindi una vera forma di responsabilità.

(...) Per tutto ciò, le norme ricordate come applicazione del principio d’indennità nell’espropriazione non sono da interpretarsi restrittivamente, ma possono essere estese, ove concorrano adeguate circostanze, a situazioni e a casi analoghi. E’ però in ogni modo necessario il concorso di una condizione: che il sacrificio sia imposto alla proprietà con atto amministrativo particolare, non con norma giuridica o con qualunque atto avente carattere generale”⁸⁷.

A *compensatio dei danni* como solução para os danos não antijurídicos também foi levantada originalmente por Adriano DE CUPIS em 1966 em sua clássica obra *Il danno, Teoria Generale Della Responsabilità Civile*⁸⁸ nos seguintes termos: *“L’antigiuridicità, ripetiamo, è l’espressione della prevalenza accordata dal diritto ad un interesse opposto. Ma, aggiungiamo ora, può anche avvenire che il diritto consideri un determinato interesse degno di prevalere, preoccupandosi, d’altra parte, di stabilire conseguenze atte a compensare il soggetto dell’interesse sacrificato. Si verifica allora questa precisa situazione: il danno che colpisce l’interesse sacrificato dal diritto non è antigiuridico, e la reazione ad esso corrispondente non è una sanzione, per il semplice motivo che con essa il diritto intende non già garantire la prevalenza di un interesse, ma, bensì, compensare il soggetto dell’interesse da esso stesso sacrificato”*.

Em síntese: do ato expropriatório emerge, em substituição ao direito de propriedade extinto, um outro e igualmente legítimo direito oriundo da conversão pecuniária forçada ínsita na medida: o direito ao recebimento ou percepção econômica do valor de mercado atribuído ao bem ou direito sacrificado.

⁸⁶ Denota-se a marcada influência da visão liberal-oitocentista que, por considerar a propriedade como autêntico bem comercializável, era tão somente o mercado quem poderia proporcionar o seu verdadeiro conteúdo econômico.

⁸⁷ ZANOBINI, *op. cit.*, 1952, pp. 279 e 281.

⁸⁸ DE CUPIS, A. *El Daño: teoría general de la responsabilidad civil*, tradução espanhola da 2ª ed. italiana e estudo preliminar por Ángel Martínez Carrión, Bosch, Barcelona, 1975, p. 93.

“O apelo à idéia de *conversão* não foi senão um expediente técnico-jurídico a que os autores mais clarividentes tiveram de recorrer para evitar atropelos à justiça material, possibilitados pela dogmática clássica ao manter-se rigidamente fiel às exigências da responsabilidade aquiliana”⁸⁹.

1.4.2.a) A proposta restritiva de ALESSI: a indenizabilidade como “compensação efetiva e atual do bem sacrificado/expropriado”

Renato ALESSI⁹⁰, porém, ao tratar do tema da responsabilidade da Administração por ato lícito limitou ainda mais a extensão da indenizabilidade dos danos “legitimamente” causados aos particulares defendendo que *l’indennità* deveria restringir-se ao *valor efetivo e atual do bem objeto do direito sacrificado* e não ao amplo e aberto conceito de conversão no equivalente econômico atribuído genericamente pela doutrina.

Em suas considerações a respeito do tema baliza basicamente seu entendimento na clássica diferenciação entre expropriação e limitação de direito defendendo a indenizabilidade somente no primeiro caso⁹¹.

Ademais, afirma o famoso Professor da Universidade de Parma que a responsabilidade por ato lícito era uma forma especial de responsabilidade da Administração porque não derivada da *violazione di un diritto soggettivo* e, portanto, de um ilícito e também porque não sujeita à regra do *risarcimento* (ressarcimento integral de todos os danos e prejuízos visando restabelecer o *status quo* do patrimônio atingido), mas sim da regra da *indennizzo* (compensação econômica pela imposição de um sacrifício).

Para o renomado publicista italiano o sacrifício de um direito poderia configurar-se tanto pela imposição *direta e querida* prevista numa norma (ex:

⁸⁹ GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, 1974, pp. 234/235, cursiva no original.

⁹⁰ ALESSI, R. *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1951, pp. 217/241.

⁹¹ Cabe aqui destacar que o autor chega a admitir sem muita clareza a hipótese de uma dano genérico chegar a transformar-se em sacrifício passível de compensação conforme se infere do seguinte excerto colhido à página 231 de sua obra, *ipsis literis*: “cc) *Trattandosi di danni generici recati a fondi privati a causa dell’esplicazione di una attività legittima, costituiranno sacrificio compensabile soltanto i danni che siano una conseguenza anormale, non necessaria, dell’attività legittima, e non già i danni che derivino da una conseguenza normale necessaria, giacchè in questo caso la norma che legittima l’attività produttrice del danno, viene in certo qual modo a limitare (in senso ampio), in astratto, tutti i diritti che possono venire a contatto con l’attività stessa*”. Destaques do autor.

expropriação forçosa) quanto *indiretamente* através de uma autorização legal para a realização de uma atividade da qual derivasse um *danni imprevisti* (dano imprevisto) ao cidadão.

Entende ALESSI que o fundamento ético e teórico da indenização deriva do princípio da justiça distributiva a ser suportada por toda a coletividade beneficiada com o sacrifício *vero e proprio* de um *diritto affievolito* (direito enfraquecido/sacrificado) de um ou alguns específicos cidadãos.

Segundo a sua doutrina para que o dano imposto com o sacrifício pudesse ser indenizado deveria reunir fundamentalmente as seguintes características: a) derivar de um ato legítimo da Administração; b) recair sobre um bem material ou incidir sobre suas funções econômicas; c) ser permanente e não meramente transitório; d) não ser um dano meramente econômico devendo consistir no sacrifício de um *diritto* (interesse legítimo não)⁹²; e) não derivar da culpa (em sentido estrito: negligência, imprudência ou imperícia); f) não ser consequência necessária, inevitável, normal de uma atividade da Administração Pública legitimada em lei.

Quanto à medida (*misura*) e à extensão (*estensione*) da indenizabilidade assim se pronuncia Renato ALESSI:

“Invero, in primo luogo, mentre il risarcimento vero e proprio del danno deve tendere, come si sa, ove sia possibile, alla riduzione in pristino dell’interesse leso dovendo limitarsi all’equivalente economico soltanto qualora il ripristino non sia possibile, l’*indennità* per contro, per su natura, non può consistere che nell’equivalente economico della lesione. Inoltre, mentre il risarcimento, quanto meno quello per responsabilità aquiliana, deve comprendere tutti i danni derivati dal fatto illecito, semprechè sussista un nesso di causa ad effetto, e semprechè si tratti di danni *immediati* e *diretti*, l’*indennità* per contro ha di regola un contenuto più ristretto ed oggettivo, dovendo esser limitata oggettivamente al *valore effettivo* ed *attuale* del bene oggetto del diritto sacrificato. Ne vanno perciò esclusi il valore meramente soggettivo attribuito

⁹² BANDEIRA DE MELLO (1981, pp. 17/18), defendendo os argumentos de ALESSI, deixou outrora consignado que “*não é qualquer dano relacionável com os comportamentos comissivos ou omissivos do Estado, que dá margem à indenização. (...) “não há confundir decréscimo patrimonial, dano econômico, com dano de Direito; (...) o dano ensanchador de responsabilidade, é mais que simples dano econômico. Pressupõe sua existência, mas reclama, além disso, que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito. Em conclusão, acertadamente preleciona: “Não basta para caracterizá-lo (dano) a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Importa que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, garantindo-o como um **direito** do indivíduo”*. Destaquei.

dal titolare, il valore dipendente da condizioni non ancora verificatesi, i lucri sperati dal bene.

Questa limitazione dell'estensione dell'*indennità* in confronto al *risarcimento* conseguente a una responsabilità, ha un fondamento teorico ed un fondamento positivo. Un fondamento teorico: come si è accennato, l'istituto dell'*indennità* riposa su di un fondamento teorico costituito dal principio di equità e di giustizia distributiva per cui l'onere necessario al soddisfacimento di un interesse collettivo non deve gravare esclusivamente su di un singolo, ma deve essere distribuito equamente su tutti i componenti la collettività: ciò posto, è chiaro che il dovere d'indennizzo da parte dell'amministrazione pubblica nei confronti del singolo il cui diritto sia stato sacrificato a profitto della collettività non potrà estendersi a tutto il pregiudizio subito dal singolo, ma soltanto sino al punto corrispondente al profitto effettivo andato esclusivamente a vantaggio della collettività, e cioè appunto corrispondente al valore oggettivo ed attuale del bene oggetto del diritto sacrificato. In secondo luogo, un fondamento positivo: invero, si sa che la legge ha disciplinato espressamente l'estensione dell'*indennità* in relazione ad una delle principali e più comuni forme di sacrificio, vale a dire per l'espropriazione per p.u., limitando l'*indennità* stessa, come si sa, allo stretto valore oggettivo ed attuale del bene espropriato. Non par dubbio che, attesa l'indennità del fondamento teorico dell'*indennità* nei vari casi, anche in ogni altro caso in cui la legge non disponga espressamente, si debba applicare analogicamente lo stesso criterio limitatore⁹³.

⁹³ ALESSI, *op. cit.*, 1951, pp. 239/240, destaques do autor.

2. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO LEGISLADOR

2.1. Concepções teóricas iniciais

2.1.a) O presságio de DUGUIT

Restou consignado alhures que a proclamação da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadãos de 1789, legado da Revolução Francesa, abalou substancialmente os até então intangíveis dogmas da soberania absoluta do poder e da irresponsabilidade do Estado que, quebrantados em sua essência, ruíram e cederam passo à consolidação teórica-doutrinal e prática-jurisprudencial (alheia e autônoma às normas do Código Civil Francês de 1804 ainda em vigor) da tese da responsabilidade civil do Estado a partir do paradigmático *arrêt* Blanco de 1873.

O fortalecimento da tese da responsabilização estatal e do próprio Estado de Direito desenvolveu-se desde a revolução *pari passu* não só com os importantes movimentos de elevação das Constituições como centros gravitacionais dos sistemas jurídicos, da pós-codificação, da publicização do Direito Privado e da privatização do Direito Público, mas também, principalmente, no que aqui interessa, com a maior e constante proteção das garantias individuais frente ao poderio cada vez mais dirigista e interventivo das ações estatais sobre as esferas privadas patrimoniais dos administrados, intromissões estatais estas que marcaram, definitivamente, a partir do final do século XIX, uma outra importante transição que até hoje reluz em nossos dias: metamorfose sofrida pelo tradicional Estado liberal e oligárquico, não intervencionista no campo econômico e abstencionista no campo social (o Estado da “mão invisível” retratado por Adam Smith) para a nova condição de Estado neo-liberal, social e intervencionista da “mão visível”.

Vale dizer: a consolidação da obrigação estatal de indenizar através da constatação de sua responsabilidade patrimonial esteve intimamente atrelada ao paulatino e constante processo de redução das imunidades do Poder e, por conseguinte, do fortalecimento das garantias patrimoniais dos administrados, conforme nos ensina com propriedade o Prof. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR⁹⁴ em seu célebre e substancioso artigo sobre a teoria da Responsabilidade do Estado Legislador⁹⁵.

⁹⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *op.cit.*, 1983, pp. 733/812.

⁹⁵ Segundo GALÁN VIOQUE, *op. cit.*, 2001, p. 33, a expressão “*Responsabilidade do Estado Legislador*” alcinhada por DUGUIT é ambígua, equívoca e incompleta porque “*no permite saber si bajo este tipo de responsabilidad queda comprendida la reparación de todos los daños imputables a la*

E esse processo de fortalecimento das garantias individuais teve início, conforme já salientado, com o advento do texto fundamental de 1789 que deixou consignado — e porque não dizer, eternizados — os seguintes preceitos:

“La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. *Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi*” (Art. 4º)⁹⁶. Destaquei;

“La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n’est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, *et sous la condition d’une juste et préalable indemnité*” (Art. 17)⁹⁷. Destaquei.

Essa interessante e curiosa passagem histórica e social ocorrida originariamente na França resta bem retratada em obra de DUGUIT, 1º (primeiro) administrativista francês, segundo a maioria da doutrina⁹⁸, a defender expressa e publicamente a tese da Responsabilidade do Estado Legislador. Senão, vejamos.

“(…) Si nos es permitido emplear expresiones poco francesas, pero muy características, diremos que los autores de la Declaración de los derechos eran muy estatistas, pero eran

actividad normativa de todos los poderes públicos o si se refiere exclusivamente a las disposiciones con rango de ley”. Todavia, é a mesma empregada de forma universal junto com uma série de sinônimos (v.g.: responsabilidade por atos legislativos, pelo fato das leis, por produção das leis, etc). Na Espanha, diz o autor, a popularização desta expressão deve-se à destacada monografia de SANTAMARÍA PASTOR anteriormente citada.

⁹⁶ “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei”.

⁹⁷ “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada evidentemente o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”.

⁹⁸ A maioria doutrinária atribui ao renomado León DUGUIT o pioneirismo na construção da teoria da Responsabilidade do Estado Legislador em razão das considerações proferidas em sua obra *Traité de droit constitutionnel* publicada por 1ª (primeira) vez em 1911, considerações estas desenvolvidas praticamente no decorrer de todos os seus trabalhos subsequentes. Todavia, alguns (SANTAMARÍA PASTOR, 1983, p. 751) entendem que antes de DUGUIT outros autores já haviam semeado e defendido tímida e indiretamente a responsabilização estatal por ato legislativo. Dito autor atribui a MICHOUUD o estudo do problema sob outro prisma que não o do caráter geral das leis e da correlativa ausência do prejuízo especial que marcavam até 1938 a irresponsabilidade estatal e as doutrinas denegatórias de BONNARD, ROLLAND, DUEZ e BERTHELEMY. Vale dizer: segundo SANTAMARÍA PASTOR MICHOUUD em verdade não defendia a tese da irresponsabilidade estatal, mas apenas negava a obrigação e o dever do Estado em indenizar o administrado lesionado por inexistir mecanismo de controle da atividade legislativa em sede de controle de constitucionalidade das leis que, apesar de teoricamente configurado, na prática continuava inoperante em razão do próprio sistema jurídico da época, conforme deixou transparecer na seguinte passagem de seu articulado, *apud, verbis, ipsis literis*: “En nuestra organización constitucional, al menos, la cuestión de la *responsabilité pour faute* no puede plantearse frente a los actos del poder legislativo. Es rigurosamente cierta la afirmación de que el legislador no comete falta alguna en el sentido jurídico del término, *porque su derecho carece de límite constitucional o legal*” (destaques do autor). Ainda que teoricamente pudesse ser apreciado o cometimento da falta ninguém poderia formalmente declará-la em face da ausência de um controle sobre a constitucionalidade das leis restando, pois, eliminada a possibilidade de exigir responsabilidade ao Estado por seus atos normativos. Deste modo, continuava a lei não fiscalizável e irrepreensível.

todavía más propietarios. Admitían como un dogma la soberanía y como un dogma no menos intangible la propiedad, que es como la soberanía del individuo. Pero cuando estas dos soberanías se encuentran frente a frente, se consideraban obligadas a decir cual de las dos caerá y se deciden a favor de la soberanía individual, de la propiedad.

El hecho de que todos los miembros de la asamblea constituyente fueran más o menos propietarios no fue ciertamente extraño a esta solución. En definitiva la responsabilidad pecuniaria del Estado es reconocida cuando se realiza un atentado contra la propiedad privada. Un poco más tarde se organizó todo un procedimiento para llegar a la expropiación (ley del 3 de Mayo de 1841)⁹⁹.

Conforme fácilmente se denota a DDHC/1789 em seu articulado tratou de resguardar o patrimônio do administrado tão somente quanto aos atos estatais de natureza *expropriatória* (Art. 17) não fazendo qualquer alusão à possibilidade de indenização dos danos de origem *não expropriatórios* decorrentes, por exemplo, das limitações excessivas impostas ao direito de propriedade.

Assim, vislumbra-se que a teoria da Responsabilidade do Estado Legislador teve como origem e ponto de partida, já nos primórdios da pós revolução, a diferenciação entre *dano expropriatório* e *dano não expropriatório* e seus respectivos mecanismos de indenização.

Dita diferenciação, até os dias atuais, cumpre destacar, não se apresenta clarividente sendo ainda objeto de inúmeras confusões técnicas presentes no pensamento de boa parte da doutrina.

DUGUIT, de forma embrionária, com base na premissa estatuída pelo artigo 2º da DDHC/1789¹⁰⁰, encampou a tese de que o objetivo do recém nascido Estado de Direito era primordialmente organizar-se satisfatoriamente com vistas a prestar efetivamente serviços públicos aos jurisdicionados e, sobretudo, assegurar-lhes as melhores condições possíveis de proteção às suas liberdades e aos seus direitos individuais naturais.

⁹⁹ DUGUIT, *op. cit.*, 1913, pp. 337/338.

¹⁰⁰ Artigo 2º - O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Do mesmo modo e intensidade que o renomado Prof. da Universidade de Bordeaux defendeu a substituição do conceito de soberania pelo de serviço público¹⁰¹ e a objetivação e obediência do Direito àquilo que estava formal e legalmente posto, também assim o fez no que se refere a duas particularidades jurídico-sociais que igual e simultaneamente eclodiram da revolução de 1789: o conceito de “*função social do poder ou do exercício social do poder*” pelos governantes e o conceito de “*função social da propriedade*” particular¹⁰².

Noutras palavras: *Messier* DUGUIT entendia que do mesmo modo em que os governantes do novel Estado de Direito deveriam focar suas ações e objetivos a fim de satisfazer o interesse comum (serviço público ao menos ofertado pelo Estado) também os particulares deveriam estar conscientes que a partir de então não mais poderiam defender de forma absoluta e inflexível os seus respectivos direitos de propriedade, posto estarem eles então marcados e caracterizados por uma função social a ser estabelecida pelo poder público através única e exclusivamente da lei.

Ou seja, DUGUIT admitia que o exercício do direito de propriedade do particular poderia ser limitado através de uma atividade interventiva do poder público operada por uma lei emanada do Parlamento, tudo em nome do cumprimento de sua função social¹⁰³.

¹⁰¹ Esse argumento compõe um dos pontos chaves da tese do autor que pressupunha a soberania como algo irreal e inexistente após o advento do Estado de Direito.

¹⁰² A propósito da importância do pensamento de DUGUIT quanto a nova faceta do direito de propriedade manifesta-se Carlos Alberto Dabus MALUF (*Limitações ao direito de propriedade*, 2ª ed., revista, atualizada e ampliada, prefácio do Professor Miguel Reale, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 68) no seguinte sentido: “*Quer se admita ou não integralmente a concepção doutrinária de Duguit, para quem a propriedade já não é o direito subjetivo do indivíduo, mas uma função social a ser exercida pelo detentor da riqueza, o fato é que foi o consagrado publicista francês quem, melhor que qualquer outro, despertou a atenção dos juristas para as transformações que se vinham processando, desde algum tempo, e em ritmo acelerado, na esfera do direito de propriedade — em decorrência de decisões da jurisprudência e das inúmeras leis restritivas de seu exercício, em benefício e interesses mais gerais —, conferindo a esse instituto uma noção jurídica nova, passada despercebida, até então, à maioria dos juristas.*

Tanto assim que, hoje, a ninguém é dado ignorar, a propriedade perdeu já as suas mais fortes características antigas, e que, ante o desenvolvimento das novas correntes do pensamento político e social, inspiradas nas ideais solidarísticas da época, vai sendo paulatinamente substituída a sua concepção clássica por uma concepção dinâmica, mais humana e de maior e mais denso conteúdo social”.

¹⁰³ Eis aqui o resumo do pensamento do autor (*op. cit.*, 1913, pp. 116/117): “*(...) El derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e interrumpido. De la relación de soberano a súbditos no queda nada. Del derecho subjetivo de soberanía, de poder, tampoco. Pero sí una regla fundamental, de la cual se derivan todas las demás: la regla que impone a los gobernantes la obligación de organizar los servicios públicos, de fiscalizar su funcionamiento, de evitar toda interrupción.*

El fundamento del derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y de gestión de los servicios públicos. El derecho público es el derecho objetivo de los servicios públicos. Así

Com base nessas afirmações o cultuado jurista francês fundou a idéia de que a lei do Estado era, ante tudo, a *lei de um serviço público* ou mesmo uma *lei do serviço*. E desse conceito finalista da lei desenvolveu as premissas de sua tese da Responsabilidade do Estado Legislador suscitando e instigando a discussão pública e acadêmica da problemática na França.

Segundo ele, se as leis fossem criadas para organizar o serviço público e regular a sua gestão, prestação e/ou funcionamento eram elas inatacáveis. Entretanto, se não tivessem essa finalidade, caberia aos Estados organizarem e formularem recursos para atacá-las.

León DUGUIT cultuava ademais a generalidade, a abstração e os efeitos *erga omnes* como elementos indispensáveis e caracterizadores das leis de serviços públicos por entender ser a reunião desses elementos um mecanismo seguro de proteção do indivíduo contra a arbitrariedade do poder, em que pese já reconhecer ao seu tempo, *mutatis mutandi*, a existência de leis de caráter singular chamadas leis-convenções, leis estas que, ao seu parecer, deram origem aos questionamentos acerca da Responsabilidade do Estado Legislador.

“Hoy se nota fácilmente que muchas de las relaciones sociales se rigen por leyes que no emanan de una voluntad unilateral, sino de voluntades contratantes. Si este mismo fenómeno se ha producido en la época feudal durante la cual la noción de poder de mando había ido desapareciendo por completo, podemos decir que la aparición actual de las leyes-conveniones es singularmente significativa y nos revela mejor que cualquier otro hecho la transformación del derecho público. El dominio de la ley-convencción¹⁰⁴ se va ensanchando de día en día”.

“(…) Recordado esto, se ve cómo nace el problema de la responsabilidad del Estado cuando las modificaciones introducidas por la ley tienen por consecuencia hacer más onerosa la situación del concesionario. La tendencia dominante hoy inclinase incuestionablemente a reconocer a cargo del Estado la obligación de pagar una indemnización. No hay acuerdo acerca de las razones de derecho más propias para justificar esta solución¹⁰⁵; pero no importa: lo esencial es que

como el derecho privado deja de estar fundado en el derecho subjetivo del individuo, en la autonomía de la persona misma y descansa hoy en la noción de una función social que se impone a cada individuo, el derecho público no se funda en el derecho subjetivo del Estado, en la soberanía, sino que descansa en la noción de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos”.

¹⁰⁴ Para o autor a chamada “lei convenção” era a lei de concessão de um serviço público emergida de um acordo direto entre a Administração e o concessionário, fruto de uma negociação, de uma convenção.

¹⁰⁵ Refere-se o autor ao regime indenizatório aplicável: o expropriatório (justa e prévia indenização) ou o indenizatório decorrente da responsabilidade estatal (danos e prejuízos).

*el principio de la responsabilidad sea reconocido. Lo es, y ello constituye uno de los síntomas más característicos de la evolución jurídica actual*¹⁰⁶.

2.1.b) Os contrapontos doutriniais e a irradiação de teses sobre a teoria do Estado Legislador

Contudo, sob distinto viés posicionaram-se veementemente outros autores contra a explosiva tese do mestre bordolês.

Gastón JÈZE¹⁰⁷, compartilhando os pensamentos anteriormente enraizados por LAFERRIÈRE e BARTHÉLEMY — defensores da primazia da lei como ato de exercício da soberania estatal e popular¹⁰⁸ —, confrontando a DUGUIT, defendia a tese da irresponsabilidade do Estado por danos causados por atos legislativos apresentando como principal argumento a notada falta de limitação que as leis constitucionais da 3ª (terceira) república francesa (1870-1940) atribuíam ao órgão legislativo no que se refere ao controle dos efeitos dos seus atos, pese alinhar-se ao pensamento de que a lei era o resultado prático da prestação do serviço público mais importante, o *serviço de legislação*.

JÈZE¹⁰⁹ defendia explicitamente a idéia de que os atos estatais de conteúdo opressivo (atos legislativos, atos parlamentários e os atos de governo) deveriam passar pelo crivo de um controle jurisdicional especial — e não mais político — nos moldes do sistema do *judicial review* dos Estados Unidos, sistema este cuja introdução, segundo ele, seria menos agressiva para as prestigiosas Câmaras Legislativas ao evitar o recurso direto de nulidade das leis típico de um controle concentrado privilegiando a forma indireta de exceção de inconstitucionalidade argüida no curso de um processo *sub judice*, hipótese mais fácil de ser tolerada¹¹⁰.

¹⁰⁶ DUGUIT, *op. cit.*, 1913, pp. 218 e 359/360.

¹⁰⁷ JÈZE, G. *Principios generales del Derecho Administrativo*, vol. I (*La técnica jurídica del Derecho Público francés*), tradução de Julio N. San Millán Almagro, Depalma, Buenos Aires, 1948.

¹⁰⁸ JÈZE também defendia, ainda que de forma não tão explícita, a idéia de que o caráter geral e impessoal característicos das leis oriundas do Parlamento eram incapazes de causar prejuízos aos administrados.

¹⁰⁹ *Ibidem*, JÈZE, p. 380.

¹¹⁰ A possível inserção do controle *incidental* de constitucionalidade das leis de molde norte-americano ao contexto francês contava também com o apoio de alguns outros importantes autores como BARTHÉLEMY, DUEZ e CARRÉ DE MALBERG, conforme nos salienta Javier PARDO FALCÓN («Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional», em *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 72, 1991 (Abril-Junio), pp. 243-258, disponível em http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=lkh1ab55hldcm045qixmwzut_770749&ART=3,16654,REPN_E_072_244.pdf) (data da consulta: 07/09/2008), p. 253. Apesar da possibilidade, ditos autores a

Comentando em 1912 uma lei italiana de 04/04/1912, que tratou de estatizar e constituir como um serviço público monopolizado explorado exclusivamente pelo Estado todas as operações de seguro de vida na Itália, denega a responsabilidade do Estado pelos prejuízos ocasionados aos particulares afetados com a monopolização por inexistir à época no ordenamento jurídico italiano quaisquer limitações constitucionais à atividade legislativa do Parlamento.

“Prosseguindo em sua análise [da lei italiana de 1912], Jèze enfrenta o tema do rompimento do princípio da igualdade de todos os indivíduos diante dos encargos públicos como fundamento da responsabilidade civil do Estado, ou seja, a idéia segundo a qual o prejuízo sofrido pelo particular dará lugar à indenização estatal toda vez que este prejuízo seja especial em relação a uma determinada categoria de indivíduos. Ele fundamenta sua objeção na noção, já exposta anteriormente por Barthélemy, de que ninguém tem direito adquirido a que a organização social ou econômica geral de um país permaneça sem modificação. O prejuízo causado por uma lei ou um regulamento, na sua concepção, não é jamais um prejuízo especial porque a natureza geral e impessoal da lei a isso se opõe. De uma maneira ou de outra, todos são prejudicados pela interdição de fazer um certo comércio ou uma certa indústria: sejam aqueles que efetivamente a exerciam, sejam aqueles que tinham a intenção de a exercer ou ainda qualquer indivíduo que pudesse vir a ter esta intenção. Para Jèze, a correção das situações de iniquidade porventura ocorrentes não era um dever jurídico do legislador, mas sim algo deixado à sua discricionariedade, à sua generosidade”¹¹¹.

Com tal pensamento, JÈZE inaugurava outro ponto a ser discutido: os limites da discricionariedade e do subjetivismo do legislador causante do dano em qualificar e classificar as hipóteses de compensação de prejuízos impostos aos particulares em face da *iniquidade* gerada pelo ato legislativo, evitando-se o seu livre arbítrio.

Raymond CARRÉ DE MALBERG¹¹², ilustre Prof. de Estrasburgo, atacou a tese de DUGUIT desqualificando-a sobretudo por não adequar-se ao conceito

visualizavam somente num futuro pós 3ª república porque naquele momento a concentração do poder constituinte no próprio Parlamento ordinário desaconselhava politicamente qualquer intento de concretização no sentido de implementação prática de dito sistema.

¹¹¹ Apud MOTA, M.J. *Responsabilidade do Estado Legislador*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999, p. 16.

¹¹² CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*, versão espanhola de José Li6n Depetre, Fondo de Cultura Econ6mica, Pánico (México), 1948, p. 339 e ss.

constitucional de lei irradiado pela então vigente lei constitucional de 23 de fevereiro de 1875.

MALBERG salientava que a generalidade e a abstração como atributos do conceito de lei trabalhado por DUGUIT atrelava-se somente à concepção de lei como matéria, como norma e ordem jurídica, desprezando a concepção essencialmente formal advinda da lei suprema de 1875. Fortemente influenciado pela teoria dualista da lei sustentadas pelos alemães Paul LABAND e Gerhard ANSCHÜTZ, MALBERG advogava que a Constituição francesa não conhecia uma matéria legislativa, mas sim unicamente (art. 1º) um poder legislativo legitimado a emitir toda e qualquer decisão, independentemente de seu conteúdo, sob a forma de lei.

Sob este argumento entendia (1920-1922) que a tese de DUGUIT era atrofiada e de certa forma ilógica ante a impossibilidade de cogitar-se a eventual responsabilidade do Estado-Legislador considerando-se tão somente como lei as do tipo gerais e abstratas.

As linhas doutrinárias denegatórias da *responsabilité du fait de la loi* haviam se tornado dominantes porque de fato tinham o respaldo maciço e consolidado da jurisprudência da época acumulada ao longo dos anos.

Apesar do conservadorismo imperante, a idéia da responsabilização estatal pela emissão de atos legislativos demonstrava-se, há muito, desde o *arrêt Duchatellier* de 11/01/1838, em certa medida, plausível e incutida nos debates inflamados sobre o tema ocorridos até as primeiras três décadas do século XX.

Entretanto, poucos foram os doutrinadores que ousaram adentrar na discussão do mérito da tese impactante lançada por DUGUIT em sua obra datada de 1911 e demais escritos subseqüentes. O rechaço a sua doutrina concentrava-se quase sempre na reafirmação do dogma inerente ao binômio *primazia da lei — soberania estatal* e na falta de competência do Conselho de Estado Francês em apreciar, fiscalizar e contrariar a vontade do órgão legislativo.

Sem embargo, em face da promulgação de inúmeras leis interventivas editadas pelo Senado francês na 1ª (primeira) década do século XX (1900-1910) relativas a

dirigismos contratuais e imposições de proibições de comercialização de certos produtos, de imposições de onerações imprevistas a concessionários de serviços públicos estatais, bem como de instituição de monopólios de certas atividades privadas lícitas, uma outra fase se inaugurava já que o próprio órgão legisferante tratava de reconhecer que em muitos casos fazia jus o particular a uma compensação pelos prejuízos ocasionados pelo ato legislativo emanado impositor de discrimen na distribuição das cargas públicas.

Diante de tais fatos e da própria “*mea culpa*” do principal *corps législatif* francês, o Senado, necessitava-se atribuir ao tema novos contornos dogmáticos. Foi o que fizera por primera vez DUGUIT em sua tese de 1911 lançada sob a égide de 02 (dois) instigantes interrogantes: 1º) *O legislador que dita uma lei cuja aplicação ocasione um prejuízo especial a determinados cidadãos, está constrangido pelo direito superior a nela inserir uma cláusula indenizatória?*; 2º) *Podem os Tribunais conferir direito de indenização a um prejudicado se a lei que ocasionou o dano guarda absoluto silêncio sobre o tema?*¹¹³

Divagando com profundidade sobre tal temática em seus mais diversos aspectos comungamos com o entendimento de que a principal contribuição do ilustre jurista francês com o fito de procurar dar resposta às premissas originariamente lançadas foi a de estabelecer a devida diferenciação entre as leis ditas proibitivas-normativas e as construtivistas-organizativas.

No pensamento teórico de DUGUIT estava presente a idéia de que a obrigatoriedade e a imperatividade da lei não havia de ser explicada com base numa metafísica vontade geral plantada pela teoria rousseuniana. Para ele, antes de tudo, as regras de conduta social derivavam dos próprios fatos sociais que não só davam base e sustentação para o regramento da disciplina social através da lei, mas também, principalmente, constituíam-se em forças motrizes de organização para o consecução do fim maior da atividade estatal: a organização e a prestação de serviços públicos.

Nesse esteio, na visão de DUGUIT, segundo as bem lançadas considerações de Mauricio Jorge MOTA, “*as leis normativas, por serem a própria tradução do fato social já obrigatório (ao qual falta apenas sanção organizada), não acarretariam a*

¹¹³ Cf. SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, pp. 758/759.

responsabilidade do Estado por ato legislativo, uma vez que, não se dirigindo especificamente aos indivíduos, não seriam aptas a acarretar danos. As leis construtivas, dado o seu caráter de particularização e explicitação de regras e dadas as suas características de normas de organização de serviços públicos, poderiam ensejar, em determinados casos [só casos oriundos de atividades lícitas¹¹⁴], essa responsabilidade”¹¹⁵.

De outra banda, posicionou-se Maurice HAURIUO agregando à problemática da responsabilização do Estado Legislador uma nova teoria: a do enriquecimento sem causa do Estado às custas do empobrecimento dos particulares.

HAURIUO manteve-se firme na tese da irresponsabilidade do Estado pelo fato das leis. Contudo, admitia como única exceção a tal assertiva a hipótese em que o Estado soberano, sob o manto de uma medida legislativa proibitiva e onerosa ao particular, escondesse uma operação financeira destinada a enriquecer o patrimônio administrativo. Neste caso, cabível a responsabilização em face do princípio geral de direito de que a ninguém (inclusive o Estado) cabe enriquecer-se gratuita e injustificadamente à custa dos demais.

No mais, admitia que indenizações poderiam também ser fixadas a critério do próprio legislador interveniente de forma expressa nas próprias leis. No que tange às limitações legislativas ao direito de propriedade, não restando configurada a intenção estatal de enriquecer-se sem uma justa causa jurídica em detrimento dos particulares, não havia que se falar em indenizações por responsabilização.

Sobre esse imbróglio teórico também posicionou-se Georges VEDEL, *in fine*:

“La responsabilité de l'Etat du fait de la loi est le lieu d'un conflit entre deux tendances contradictoires de notre droit public: D'une part, l'absence de tout contrôle sur la régularité de la loi promulguée, non contestable et non reprochable comme on l'a dit plus haut tend à maintenir l'idée qu'il n'y a de responsabilité du fait de l'Etat législateur qu'en vertu d'un régime de réparation explicitement ou implicitement accepté par celui-ci. Mais le développement du principe d'égalité devant les charges publiques incite le juge administratif à

¹¹⁴ “*En effet, ce n'est pas seulement lorsqu'il y a atteinte portée à une situation juridique subjective qu'il y a lieu à indemnité; c'est toutes les fois qu'un préjudice est occasionné, dans l'intérêt de la collectivité, à un particulier qui ne se trouve pas dans une situation ilicite*”, citando DUGUIT à p. 23 de sua obra.

¹¹⁵ MOTA, *op. cit.*, 1999, pp. 21/23.

interpréter de façon plus bienveillante pour les «victimes» le silence du législateur”¹¹⁶.

2.2. O labor teórico-constutivo do *Conseil d’État* francês: a responsabilidade pelo fato das leis como fruto do pragmatismo

Diante de todos esses importantes movimentos doutrinários formulados sob o influxo da tendência objetivista da responsabilidade patrimonial do Estado ao Conselho de Estado Francês não restou outra alternativa senão a de rever e reformular a sua jurisprudência adaptando-a à nova realidade que aflorava diuturnamente nos inúmeros reclamos promovidos pelos particulares ditos afetados diretamente pelas medidas legislativas promulgadas.

E o 1º (primeiro) passo tendente a promoção do câmbio jurisprudencial deu-se com o julgamento do *arrêt Société Premier et Henry* em 29 de abril de 1921.

Por intermédio de uma lei datada de 16 de março de 1915 o Estado proibiu a fabricação de absinto por considerá-lo danoso à saúde pública sem, contudo, prever qualquer espécie de indenização aos seus então fabricantes, dentre eles a *Société Premier et Henry* que, incoformada, após a denegação de seu pleito indenizatório pelo ministro das finanças, ingressou com recurso junto ao Conselho de Estado requerendo o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelo fato danoso gerado pela lei.

Nessa instância também restou infrutífero o intento da reclamante cuja demanda fora rejeitada porque entendeu o Tribunal Administrativo que a lei impugnada era uma medida de ordem geral com o simples intento de impedir a fabricação de um produto considerado danoso à saúde da coletividade.

Ao denegá-la deixou o Conselho de Estado consignado no acórdão que a *vontade do legislador*, ainda que implícita ou mesmo pressagiada, era a de não indenizar nenhum dos fabricantes naquele momento¹¹⁷, declaração esta que deu azo a uma outra fase no estudo do tema: a de interpretação da *mens legis*, ou seja, da vontade

¹¹⁶ VEDEL, G. *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1958, p. 415.

¹¹⁷ Poucos dias após a promulgação da lei de 16/03/1915 proibitiva do absinto, tratou o Parlamento francês, por intermédio de uma outra lei datada de 29 de março do mesmo ano, de facultar aos fabricantes o direito de informarem e declararem ao Estado, no prazo de 8 (oito) dias contados da promulgação da lei, as quantidades de plantas de absinto que possuíssem em estoque a fim de possibilitar-lhes, num futuro próximo, uma eventual indenização pelas perdas e danos sofridos conforme ocorrera com os cultivadores da planta que tiveram seus prejuízos abonados.

do legislador subsumida no texto legal. Noutras palavras: inaugurou-se a fase de discussão acerca do sentido finalístico da norma.

“Essa decisão marca uma ruptura com a lógica até então seguida, originária do *arrêt Duchatellier*¹¹⁸. O Conselho de Estado rejeitou o requerimento não se fundando como na citada sentença no *silêncio* mas sim na *vontade* do legislador. Dito de outro modo, o Conselho de Estado não se limitou mais a aplicar a letra dos atos legislativos mas o seu espírito. Concluiu então que a vontade do legislador era a de não indenizar os requerentes. Estava aberto o caminho para o reconhecimento de uma vontade implícita do legislador de indenizar no silêncio da lei e reconhecer que, determinadas situações, não justificadas por razões de ordem pública, poderiam engajar a responsabilidade do Estado legislador”¹¹⁹.

Essa jurisprudência foi confirmada pouco tempo depois na análise de outros julgados e consolidada sem rodeios, de uma vez por todas, no famoso *arrêt La Fleurette* de 14 de janeiro de 1938.

2.2.1. O *arrêt La Fleurette* como quebra de um paradigma. Consolidação prática de uma nova tendência jurisprudencial?

Após o largo e árduo intento de configuração dogmática levada a cabo pela doutrina desde o início do século XIX a responsabilidade do Estado pela edição de ato legislativo lesivo só foi objeto de reconhecimento explícito e direto por parte do *Conseil d'État* na marcante data de 14 de janeiro de 1938, dia no qual fora objeto de apreciação e julgamento o *arrêt Société Anonyme des Produits Laitiers LA FLEURETTE*, *leading case* que assim encontra-se sintetizado nos anais de dito Tribunal Administrativo, *ipsis literis*:

“Par l'arrêt *Société anonyme des produits laitiers "La Fleurette"*, le Conseil d'État a reconnu pour la première fois l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des lois. La loi du 29 juin 1934 relative à la protection des produits laitiers avait interdit la fabrication et la vente de tout produit présentant l'aspect de la crème et destiné aux mêmes usages mais ne

¹¹⁸ Julgado de 11/01/1838 em que o Conselho de Estado desestimou um pedido de indenização formulado pela indústria de tabacos *Duchatellier* em face dos efeitos ruinosos que lhe haviam provocado a lei de 12 de fevereiro de 1835 que proibiu o exercício de suas atividades econômicas. O argumento lançado pelo Tribunal Administrativo foi de que o Estado não era responsável pelas consequências das leis que, em razão do seu interesse geral, estavam aptas a impedir o exercício especial de uma determinada indústria como a tabaqueira em questão estando, pois, o ressarcimento dos eventuais danos condicionados única e exclusivamente à vontade expressa do legislador no sentido de conceder a indenização.

¹¹⁹ MOTA, *op. cit.*, p. 31, *itálicos no original*.

provenant pas exclusivement du lait. La société La Fleurette avait ainsi été dans l'obligation de cesser son activité, consistant dans la fabrication d'un produit, nommé "gradine", qui tombait sous le coup de la nouvelle interdiction. La jurisprudence ancienne selon laquelle l'État ne saurait être responsable des conséquences de lois prohibant une activité dans l'intérêt général avait déjà quelque peu évolué, les arrêts les plus récents se fondant sur ce que les mesures incriminées avaient pour but d'empêcher des produits dangereux ou de mettre fin à des abus. Dans l'affaire de la société La Fleurette, les produits exploités ne présentaient pas de danger et rien dans le texte de la loi ou dans ses travaux préparatoires ne permettait de penser que le législateur ait voulu faire supporter à cette société, semble-t-il la seule concernée, une charge telle que l'arrêt de son activité. Le Conseil d'État considéra par suite que cette charge, créée dans un intérêt général, devait être supportée par la collectivité. La responsabilité sans faute de l'État, sur le terrain de la rupture de l'égalité devant les charges publiques, peut donc être engagée non seulement du fait de décisions administratives légales (voir 30 novembre 1923, *Couitéas*, p. 789) mais également du fait de lois. Toutefois, en raison de la spécificité même de l'acte qui en est à l'origine, la jurisprudence, développée à la suite de l'affaire La Fleurette, a entouré de conditions restrictives l'engagement de cette responsabilité. Il faut en premier lieu qu'il ne résulte pas du texte de la loi et de ses travaux préparatoires que le législateur ait entendu exclure toute indemnisation. Le Conseil d'État a jugé que tel était le cas, implicitement, de toute loi intervenue dans un intérêt général et prééminent, qu'il s'agisse de la répression d'activités frauduleuses ou répréhensibles ou même simplement d'une loi prise dans un intérêt économique ou social général, telle que la loi du 29 octobre 1974 interdisant certaines formes de publicité dans un but d'économies d'énergie (24 octobre 1984, *Société Claude Publicité*, p. 338). En second lieu, il est nécessaire, comme dans les autres cas de responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, que le préjudice soit anormal et spécial. Or la condition de spécialité est difficile à remplir lorsque le dommage trouve son origine dans une loi. Les cas positifs d'application de la jurisprudence *La Fleurette* sont donc très peu nombreux. Le Conseil d'État a également admis que la responsabilité de l'État puisse être engagée, sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques, du fait des conventions internationales (Ass. 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, p. 257). Il a ainsi condamné l'État à indemniser des propriétaires du préjudice résultant pour eux de l'impossibilité d'obtenir l'expulsion d'un locataire qui, du fait de son mariage postérieur à la conclusion du contrat de location, bénéficiait des immunités diplomatiques prévues par l'accord de siège passé entre la France et l'UNESCO (Section 29 octobre 1976, *Ministre des affaires étrangères c/ conjoints Burgat*, p. 452)¹²⁰.

Conforme se denota, a proibição de fabricação de qualquer produto cremoso derivado do leite por parte da lei de 29 de junho de 1934 veio a incidir diretamente no processo produtivo de fabricação do mais significativo e popular produto da empresa *La*

¹²⁰ Disponible em <http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la24.shtml> (data da consulta: 27/07/2007).

Fleurette, líder de mercado e praticamente a única empresa francesa da época a produzir industrialmente tal espécie de alimento.

La Société la Fleurette viu-se então obrigada por lei a estancar *tout court* a fabricação do seu creme denominado comercialmente como “*grandine*” — a 1ª (primeira) denominação social da empresa *La Fleurette* —, creme composto de leite, óleo de amendoim e gema de ovos enquadrado na proibição legal contida na alínea “1” do seu artigo 1º que assim dizia: “(...) *produits sous la dénomination de crème, suivie ou non d’un qualificatif ou sous unedénomination de fantaisie quelconque, un produit présentant l’aspect de la crème, destiné aux mêmes usages, ne provenant pas exclusivement du lait*”.

Negado o seu pedido indenizatório pelo Ministério de Agricultura por silêncio, indignada, tratou a empresa de interpôr recurso ao Conselho de Estado requerendo a condenação do Estado ao pagamento de todos os danos e prejuízos que lhe foram ocasionados diretamente pela referida lei sendo, pois, após inflamados debates e matizações, acolhida a sua pretensão com base no seguinte fundamento, conforme nos informa SANTAMARÍA PASTOR:

“Considerando que la prohibición impuesta en favor de la industria lechera ha colocado a la sociedad reclamante en la obligación de cesar en la fabricación del producto que venía explotando bajo el nombre de “grandine”, que encajaba en la definición dada por el artículo de la ley citada, sin que se haya alegado que constituyese un peligro para la salud pública; que nada, ni en el texto mismo de la ley ni en sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de las circunstancias del asunto permite pensar que el legislador ha querido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, impuesta en interés general, debe ser soportada por la colectividad; que de ello se sigue que la sociedad ‘La Fleurette’ tiene derecho a exigir que el Estado sea condenado a abonarle una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido (...)”¹²¹.

O câmbio jurisprudencial e o avanço conceitual sobre a problemática da responsabilidade do Estado Legislador restaram marcantes em tal *decisum* que dentre outras contribuições ao seu deslinde teórico aportou no campo hermenêutico-dogmático do estudo das leis as seguintes assertivas¹²²: a) os fatos legislativos (trabalhos

¹²¹ SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1983, p. 763.

¹²² Em termos de críticas a tal construção jurisprudencial bem destaca o Professor Franck MODERNE («La Responsabilidad por actos del legislador y por los tratados internacionales en Francia», em

preparatórios prévios que circundaram a feitura da lei¹²³) passaram a ser elementos de valoração judicial com o objetivo de procurar aferir com a maior fidedignidade possível a verdadeira intenção do legislador (*mens legis*) no contexto na medida legislativa emanada; b) o silêncio quanto à indenização no corpo da lei deixou de ser absoluto ou *iuris et de iure* e passou a ser relativo ou *iuris tantum* admitindo prova em contrário por parte do particular lesionado e interessado no que se refere a pretensão ou não do legislador em evitar a indenização. Em síntese: o silêncio do legislador quanto à indenização deixou de ser considerado prontamente como uma negativa à composição dos danos e passou a ser objeto de minuciosa valoração; c) que a limitação e/ou ablação do direito patrimonial do particular através da lei só se legitimava juridicamente com a exposição clara e plausível do motivo e do interesse público a ser alcançado finalisticamente com a medida (ex: proibir determinada atividade lícita¹²⁴ em razão do perigo que proporciona à saúde pública da coletividade, à sua segurança alimentar, etc); d) o princípio da igualdade na repartição dos ônus e encargos públicos afirmou-se como fundamento do dever estatal de reparar os danos causados ao particular; e) a anormalidade e a especialidade do dano passaram a ser requisitos indispensáveis de prova e imputação da responsabilidade estatal ademais de instituírem a noção de

Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia, Tecnos, Madrid, 1995, p. 961), da Universidade de Paris (Panthéon-Sorbonne), os seus pontos mais débeis: “*Tal doctrina [La Fleurette], que es sin duda, favorable a las víctimas del daño causado por actos del legislador, tiene, sin embargo, ciertos puntos débiles: no sólo cede ante la voluntad soberana contraria a la responsabilidad manifestada claramente por la ley (o en sus trabajos preparatorios) o en el tratado internacional, sino también ante el régimen de responsabilidad que la propia ley o las partes en el tratado prevean y articulen. Además, resulta paradójico que el juez administrativo pueda revisar, mediante la exigencia de la eventual responsabilidad del Estado, una ley o un tratado cuyo control de validez no le compete*”.

¹²³ Trabalhos estes nos mais diversos segmentos, advirta-se: campo social, político, econômico, de ordenação e, inclusive, os procedimentos administrativos e internos de aporção de emendas, discussões, concessões, acordos e demais circunstâncias presentes na seara *interna corporis* do Poder Legislativo que sempre antecedem e balizam a edição de um ato normativo.

¹²⁴ O *Conseil d'État* não admitia a causação de prejuízos por parte do Estado a particulares que exerciam atividades ilícitas ou proibidas assim como reconhecia que os particulares não faziam jus à petrificação e manutenção da ordem jurídica que lhe fosse favorável. Nesse diapasão, interessante destacar que no mesmo dia em que fora julgado o *arrêt La Fleurette* (14/01/1938) dito Tribunal do Contencioso-Administrativo acabou por denegar a semelhante pretensão proposta pela *Société Générale de la Grande Pêche*.

“(…) *Esta Companhia estabeleceu-se nas ilhas de Saint-Pierre et Miquelon, adquiriu grandes estoques de álcool e tinha como atividade comercial introduzi-lo por contrabando nos Estados Unidos, então sob o império da Lei Seca. A pedido do governo norte-americano o presidente francês editou um decreto em 09 de abril de 1935 interditando a exportação de álcool de Saint-Pierre de Miquelon, tendo em vista suprimir as práticas fraudulentas que se exerciam em detrimento de um país estrangeiro.*

Tendo seus estoques se tornado inopinadamente invendáveis, a Companhia Grande Pêche ingressa com pedido de indenização perante o Conselho de Estado. Este reconhece que, por ter o Presidente da República poderes para impor nas colônias decretos com força de lei, do ponto de vista da responsabilidade eventual do Estado, o decreto equivale, em todos os sentidos, a uma lei.

No mérito, o Conselho recusa a indenização porque o referido comércio, embora lícito segundo a lei francesa, era moralmente repreensível porque feito de maneira fraudulenta e contra os interesses de um país estrangeiro. Assim, estando os prejuízos especiais sofridos pela Companhia ligados a uma atividade moralmente repreensível, não seriam dignos de proteção” (MOTA, 1999, p. 34).

prejuízo especial individual; f) que o abono pecuniário devido ao particular seria de responsabilidade solidária da própria coletividade e deveria ser pago às expensas dos cofres públicos (conforme já havia pressagiado *mutatis mutandi* DUGUIT com sua teoria do seguro social).

Sob essas novéis premissas seguiu em seu labor jurisprudencial o Conselho de Estado que, após o precedente, por outras inúmeras vezes se deparou com pleitos de natureza indenizatória fundados em leis tidas como danosas. Entretanto, os reforços exegéticos ao entendimento lançado no *arrêt La Fleurette* foram aplicados com maior destaque no *arrêt Caucheteux et Desmont* de 21 de janeiro de 1944, *arrêt Société des Ateliers du Cap Janet*, de 28 de outubro de 1949 e posteriormente, pouco mais de uma década depois, nos *arrêts Lacombe* de 1º de dezembro de 1961 e *Bovero* de 25 de janeiro de 1963, instituidor de um novo câmbio e sutil enfoque.

No caso *Caucheteux et Desmont* essa empresa, fabricante de um dos produtos empregados na fabricação de cerveja, especificamente de glucose de cerveja, voltara-se juridicamente contra os efeitos negativos e restritivos advindos da proibição contida na lei de 09 de julho de 1934 (destinada a organização e defesa do mercado do trigo) que em seu artigo 17 obrigava a todos os fabricantes de cerveja a reduzirem pela metade (de 30% para 15%), nos seus produtos finais, o emprego de seus componentes, com exceção do lúpulo e do malte de cevada, tudo com o fito de estimular a adição de cereais no processo produtivo da bebida.

Essa redução compulsória restringiu consideravelmente o quinhão de mercado dos fabricantes e fornecedores de glucose de cerveja causando-lhes prejuízos financeiros imediatos e, em alguns casos, até mesmo a ruína de determinadas empresas.

Sentindo-se direta e gravemente atingida pela lei a empresa *Caucheteux et Desmont* requereu ao Ministro de Finanças a composição dos danos sofridos não logrando êxito (como de praxe) em tal intento. Ajuizando demanda junto ao Conselho de Estado consagrou-se vitoriosa em seu pleito assim pronunciando-se o Tribunal, *verbis*:

“Considérant qu’il n’est pas contesté par l’administration que la mesure ainsi édictée en faveur des producteurs de céréales a mis les requérants dans l’obligation de réduire, puis de cesser leur fabrication de glucosa de brasserie, ou glucosa dont leur

ouillage permettait la production; que l'activité de leur usine n'aurait pu être maintenue qu'au prix de modifications d'équipement très importantes; Considérant qu'il n'est pas allégué que l'emploi, dans la fabrication de la bière, du porcentage de glucosa antérieurement toléré présentait un danger pour la santé publique; que rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans le ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter aux intéressés une charge qui ne leur incombe pas normalement; que cette charge, créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité; qu'il suit de là que les sieurs Caucheteux et Desmont, qui ont subi du fait de la loi un préjudice spécial suffisamment grave, sont fondés à en demander réparation à l'État”¹²⁵.

No *arrêt* Lacombe entendeu o Conselho de Estado que o Estado francês deveria responder pelos danos e prejuízos causados em face de uma discriminação normativa infundada imposta na regulamentação de uma mesma categoria de funcionários públicos à qual pertencia o demandante Sr. Lacombe, norma esta anteriormente anulada por excesso de poder. Sinalizou na oportunidade o colegiado que o caso poderia ter sido discutido com base na violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos.

No caso *Bovero* tratou o Conselho de Estado por pronunciar-se sobre a caracterização da responsabilidade do Estado Legislador em face da edição de uma ordenação municipal com força de lei datada de 3 de janeiro de 1959 que proibiu aos proprietários locadores de imóveis que efetuassem judicialmente o despejo e expulsão de inquilinos militares (assim como de seus familiares) que prestavam serviço na Argélia, o que impediu que fosse cumprida efetivamente uma ordem judicial lograda neste sentido pelo Senhor Bovero. Apoiando a atitude do Prefeito da municipalidade, autoridade à época responsável pelo cumprimento do mandamento judicial de despejo, assim argumentou a Corte do Contencioso Administrativo:

“(…) no obstante, al enervar la ejecución de una decisión judicial definitiva, la aplicación de la antedicha ordenanza de 3 de enero de 1959 causa a aquéllos en cuyo favor se había dictado la decisión judicial inejecutada un perjuicio grave cuya duración lo hace particularmente gravoso; que tal perjuicio no se ha producido ni a todos los propietarios de viviendas ocupadas por terceros ni a una categoría de ellos, sino sólo a aquellos cuyas viviendas se hallan ocupadas por un militar en servicio en Africa del Norte en el momento en que debía haberse producido la ejecución de una orden de desahucio dictada en su favor o por las personas cuyo padre, que convivía

¹²⁵ Nota de Jurisprudência introduzida por Gaston JÈZE em artigo publicado na *Revue du Droit Public et de la Science Politique* de 1945, citada por Maurício Mota (1999, p. 38) e por nós aqui colacionada.

*anteriormente con ellas, sirviese en dicho momento como militar en Africa del Norte; que tal perjuicio constituye, para aquellos que lo experimentan, una carga especial con relación al conjunto de cargas normales que incumben al conjunto de los propietarios de viviendas ocupadas por terceros; que, por su gravedad y especialidad, tal perjuicio presenta un carácter excepcional suficiente para determinar, en el silencio de los preceptos legales, la responsabilidad sans faute del Estado (...)*¹²⁶.

Do supracitado aresto viu-se forçada a doutrina especializada a estudar a temática sobre um novo viés sinalizado pelo *Conseil d'État* que, às claras, abandonou — ou ao menos omitiu-se propositadamente de abordar — a análise do mérito com base nos fatos legislativos e na vontade de indenizar do legislador preferindo, inteligentemente, solucionar a pendenga sob o crivo tão somente do solidificado princípio da igualdade na repartição dos ônus e encargos públicos aplicado corriqueiramente aos casos típicos de responsabilidade sem culpa ou sem falta do Estado.

Com dito julgado transferiu-se a carga da prova do dano e do silêncio da lei do particular lesionado para o Estado que só quedar-se-ia eximido do seu presumido dever de indenizar se o próprio legislador assim expressamente declarasse no corpo da lei. O silêncio do legislador passou a ser um sinal positivo do Parlamento quanto ao dever estatal de indenizar, como se fora uma confissão tácita.

Nesta novel perspectiva e fundamentação passou o Conselho de Estado a proclamar com maior assiduidade essa doutrina que, até os dias atuais, permanece quase que inalterada.

Depois do *arrêt Bovero* podemos destacar, a título de exemplificação, o reconhecimento da Responsabilidade do Estado legislador nos seguintes julgados colhidos junto à doutrina especializada e ao próprio Conselho de Estado francês: *arrêt Commune de Gavarnie* de 22 de fevereiro de 1963; *arrêt Compagnie général d'énergie*

¹²⁶ SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1983, p. 769. Destaca ademais o autor (p. 770), com apoio em VEDEL, o importante câmbio de tino conceitual e jurisprudencial tomado pelo Conselho de Estado Francês com o julgamento do *arrêt Bovero* ao esclarecer que à época em que fora julgado tal caso a Responsabilidade do Estado Legislador era considerada, até 1963, como uma das modalidades especiais de responsabilidade estatal. “*Sin embargo, al desplazar el centro de gravedad al principio de igualdad ante las cargas públicas, el Conseil d'État viene a subsumir la responsabilidad del Estado Legislador en el marco general de la responsabilidad de droit commun, desvinculándolo de todo problemático intento de investigación de la voluntad legislatoris, para sujetarlo a las reglas generales de la responsabilidad sans faute*”.

radioélectrique de 30 de março de 1966; *arrêt Compagnie d'aménagement et de promotion immobilière (CAPRI)*, de 18 de dezembro de 1981; *arrêt S.C.I. La Cardinale* de 25 de março de 1991; *arrêt Cooperative Agricole Ax'ion* de 02 de novembro de 2005.

Os parcos julgados pós *arrêt La Fleurette* demonstram que mesmo diante dos casos empíricos que diuturnamente eclodiam dos julgados proferidos pelo Conselho de Estado — donde brotaram as soluções mais valentes e originais a respeito do tema das ablações patrimoniais realizadas pela via normativa e que, por conseguinte, contribuíram tanto para o desenvolvimento do próprio instituto jurídico da responsabilidade patrimonial do Estado como um mecanismo de redução da imunidade e irresponsabilidade do poder quanto para a solidificação de um princípio geral de direito justificador do ideal de justiça distributiva alí prevalente, o princípio da igualdade perante as cargas públicas —, não é possível afirmarmos que tenha o *Conseil d'État* firmado e alavancado uma tendência jurisprudencial favorável ao fácil reconhecimento da responsabilidade civil por atos legislativos do Estado, sobretudo os “lícitos”.

Pelo contrário, ao que parece, diante da rigidez e quiçá excesso de prudência por parte do colegiado, percebe-se que a irradiação rejuvenescida de tal doutrina andou em sentido contrário à sua invocação e consolidação prática.

Tal estagnação doutrinária chegou a ser denunciada aqui por GARCÍA DE ENTERRÍA, GARRIDO FALLA e pelo próprio SANTAMARÍA PASTOR que chegou a classificar de “*tacañas*” (acanhadas, em português) e raras as decisões proferidas pelo Conselho de Estado com base em sua própria doutrina¹²⁷.

¹²⁷ Em verdade a frustração de SANTAMARÍA PASTOR também é a de muitos dos atuais autores dedicados ao estudo da matéria que em sua quase unanimidade costumam classificar como decepcionantes e retrógradas as formulações lançadas pelo Conselho de Estado após o caso *La Fleurette*.

3. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO ESPANHOL

3.1. Síntese evolutiva

3.1.1. A fase *pré* LEF/1954

Sinteticamente, podemos apontar que o processo evolutivo da atual configuração da garantia patrimonial¹²⁸ dos jurisdicionados em face da afirmação da responsabilidade civil do Estado (Administrador) espanhol obedeceu o seguinte transcurso histórico-normativo aqui disposto gráfica e cronologicamente:

Art. 10 da CE/1876 → Art. 1.902 CC/1889 → Art. 24 da Lei de Administração e Contabilidade da Fazenda Pública de 1911 → Art. 41.3 da CE/1931 → Art. 405 da Lei do Regime Local de 1950 → **Art. 121 da LEF de 1954** → Art. 40 da LRJA de 1957 → Art. 106.2 da CE/1978 → Art. 139 e 141 da LRJAP y PAC de 1992

Em que pese os resquícios garantistas outrora insertos na ab-rogada Constituição Espanhola de 1876 e na legislação especial que a precedia, conforme nos recorda Maria Pilar OCHOA GÓMEZ¹²⁹, foi somente com o advento da LEF em 1954 que implantou-se um sistema integral de proteção aos cidadãos contra todas as espécies de lesões na esfera de seus direitos e interesses.

Não há dúvida que a base de afirmação do princípio geral de responsabilidade das Administrações Públicas no Direito espanhol está de fato umbilicalmente ligada aos preceitos introduzidos pelo Art. 121 da Lei de Expropriação Forçosa de 1954 que até hoje, seja no plano legislativo seja no interpretativo, em razão de sua refinada técnica, ainda constitui-se, *mutatis mutandi*, como fórmula baluarte no trato da matéria. Exemplo disso é a fidelidade e similiariedade contextual que a vigente redação do Art. 139.1 da LRJAP y PAC/1992 empresta a este ancião dispositivo. Senão, vejamos.

¹²⁸ Para os efeitos deste trabalho entenda-se por «garantia patrimonial» o direito que os particulares têm de manter incólume a integridade econômica de seu patrimônio frente às imissões singulares ilegítimas levadas a cabo pelos poderes públicos, sobretudo pelo Poder Legislativo.

¹²⁹ OCHOA GÓMEZ, M.P. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y el fenómeno urbano*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005, p. 31. A autora faz referência à lei especial de 9 de abril de 1842, que declara a obrigação da nação de indenizar os danos materiais causados em ataques e na defesa de praças, povoados, edifícios, etc. no curso da primeira guerra carlista; ao art. 14 da lei de polícia ferroviária; ao art. 441 do regramento para o regime e serviço interno do Corpo de Telégrafos; ao art. 132 da Instrução de Sanidade de 1904; às leis de 31 de dezembro de 1945 sobre indenizações por morte ou incapacidades ocasionais pelo uso de armas pelas forças militares ou de ordem pública.

Art. 121 LEF/1954: “Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios por tal motivo”.

Art. 139 LRJAP y PAC/1992: “Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

Há que se falar, portanto, que no Direito espanhol o reconhecimento jurídico-evolutivo da responsabilidade patrimonial do Estado e das Administrações Públicas está jungido a entrada em vigor do Art. 121 da LEF/1954 apartando-se, a partir daí, em duas fases distintas: a fase *pré* LEF e a fase *pós* LEF^{130 131}.

Partindo da Constituição Espanhola de 1876 vislumbramos que a 1ª (primeira) garantia patrimonial lançada formalmente em favor do administrado foi aquela prevista em seu artigo 10º (décimo) relativa ao direito de ser o particular indenizado pecuniariamente pela perda de seus direitos ou interesses através de uma expropriação estatal. Assim dispunha dito dispositivo constitucional, *ipsis literis*:

Art. 10 da CE/1876. “No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no procediere este requisito, los jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado”.

Treze anos depois promulgou-se o velho, porém ainda vigente Código Civil de 1889 que em seu artigo 1902 continua dispondo:

¹³⁰ Nesse sentido assim se pronuncia Luis MARTÍN REBOLLO, Professor da Universidade de Cantábria: “(...) se puede decir que es en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 donde surge el sistema actual de responsabilidad de las Administraciones Públicas” («La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España» em *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 815).

¹³¹ Um interessante panorama doutrinário e jurisprudencial das duas primeiras décadas de vigência da LEF/1954 nos oferece Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ em seu artigo «Expropiación y responsabilidad: nuevos criterios jurisprudenciales», em *RAP*, nº 67, 1972, pp. 147-196, disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111375>> (data da consulta: 04/02/2008).

Art. 1.902 do CC/1889. “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”¹³².

Cabe aqui ressaltar que em razão da ausência à época de uma referência legislativa própria e geral acerca das hipóteses e dos fundamentos inerentes à responsabilidade estatal buscou-se no Código Civil a supressão de tal lacuna normativa. O fundamento da obrigação estatal de indenizar (responsabilidade por fato alheio) esboçou-se¹³³ na conjugação, principalmente, de dois dispositivos do referido diploma: o ainda vigente Art. 1.902 (responsabilidade por atos e fatos próprios) e o já revogado apartado 5º do Art. 1.903¹³⁴ (responsabilidade por atos e fatos alheios ou de terceiros) que ao seu tempo assim dispunha, *in verbis*:

Art. 1.903, apartado 5º, do CC/1889 (revogado). “El Estado es responsable en este concepto [actos y hechos de terceros] cuando obra por agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”¹³⁵.

Houve, decerto, em todo esse período em que a responsabilidade do Estado foi regida pelo CC de 1889 uma verdadeira negação da responsabilização por atos estatais

¹³² A vigência secular de dito artigo nos revela que a culpa do agente causador do dano constitui-se no elemento-mor do sistema de responsabilidade civil extracontratual espanhol, ainda de cariz primordialmente individualista inspirado no liberalismo econômico do *Code* francês de 1804.

¹³³ Luis MARTÍN REBOLLO em seu artigo «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», em *RAP*, nº 150, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999 (Septiembre-Diciembre), p. 330, lembra-nos que tal hipótese de responsabilização estatal extraível do CC/1889 planteava sérias dificuldades e por isso tardou em admitir-se prevalecendo, no âmbito jurisprudencial, anos mais tarde, aquilo que preceituava a Lei de 5 de abril de 1904 e sua regulamentação de 23 de setembro do mesmo ano — derrogados pela Lei 4/1999, de 13 de janeiro — que permitiam a instauração de demandas civis contra os funcionários do Estado. De outra banda, na prática, o Estado em si continuava, de certa forma, imune e irresponsável apesar das interpretações *contra cives* que irrompiam do diploma civil.

¹³⁴ Apartado revogado por força do artigo 2º da Lei 1/1991, de 7 de janeiro, relativa a modificação dos Códigos Civil e Penal em matéria de responsabilidade civil do professorado.

¹³⁵ Ricardo de ÁNGEL YÁGÜEZ (1993, p. 405) nos revela que ao tempo de sua vigência dito dispositivo do CC/1889 admitia duas razoáveis teorias: **1ª) a teoria da responsabilidade por fato alheio ou de terceiros**, adotada pela jurisprudência, que afirmava que só o funcionário autor do dano assumia o dever de indenizar, se em sua conduta houvesse mediado culpa, permanecendo objetivamente irresponsável o Estado que em todo caso só poderia ser diretamente responsabilizado numa única hipótese: culpa *in eligendo* ou *in vigilando* de seu «agente especial»; **2ª) a teoria da responsabilidade por ato próprio** admitida pela interpretação remissiva da parte final do apartado 5º do artigo 1.903 do CC/1889 a «*lo dispuesto en el artículo anterior*», ou seja, ao Art. 1.902 permitindo a imputação direta ao Estado dos danos provocados pelos funcionários encarregados pela prática de atos de gestão ou atuação. Por esta teoria, o Estado atuava por conta própria através de seus órgãos e funcionários sub-rogando-se na responsabilidade advinda dos atos por ele emanados, tese à qual o autor se filia.

próprios. A única hipótese excepcionalíssima admitida na prática (ou melhor, em teoria) era a da atuação do agente especial que, advirta-se, nunca chegou a configurar-se¹³⁶.

Em seguida, passados vinte e dois anos, recorda-nos Fernando GARRIDO FALLA¹³⁷ que o Art. 24 da Lei de Administração e Contabilidade da Fazenda Pública de 1º de julho de 1911, esquecido e pouco comitado pela doutrina, apesar de sua não clara redação, também admitia a possibilidade de reclamações indenizatórias pelos particulares em face do Estado.

Art. 24. “Ninguna reclamación contra el Estado a título de daños y perjuicios o a título de equidad, será admitida gubernativamente pasado un año desde el hecho en que se funde el reclamante, quedando a éste únicamente, durante otro año, el recurso que corresponda ante los Tribunales ordinarios competentes, a que hubiere lugar en u caso, como si hubiera sido denegada por el Gobierno”.

Com o advento da Constituição Republicana de 1931 o legislador constitucional espanhol deu um grande passo à concreção de normativa específica destinada a tratar do tema da responsabilidade patrimonial do Estado sem as amarras e influências privatistas derivadas da aplicabilidade prática do Código Civil ao prescrever em seu texto, especificamente no parágrafo 3º (terceiro) do Art. 41, que:

Art. 41, apartado 3º, da CE/1931: “Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, **conforme determine la ley**”. Grifei.

Pese a reserva legal enunciada em favor do legislador infraconstitucional, tal conformação da ordem emanada pelo texto constitucional pela esperada lei integradora nunca chegou a se concretizar. O avance se deu via legislador local e teve pouca

¹³⁶ Segundo MARTÍN REBOLLO (*op. cit.*, 1999, p. 330), o agente especial era um estranho personagem que ninguém conhecia, com exceção do General Primo de Rivera, o único particular até então reconhecível como um agente executor de funções públicas em regime de cooperação com o Estado mediante a prestação de serviços honoríficos sem que fosse funcionário de carreira. Outrossim, mister se faz destacar que a jurisprudência civil espanhola nunca reconheceu nenhum único caso de responsabilização estatal nos termos do supracitado Art. 1.903 do CC/1889.

¹³⁷ GARRIDO FALLA, F. «La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado», em *RAP*, nº 119, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (Mayo-Agosto). Dentre os comentários formulados pelo autor a tal dispositivo destaca-se às fls. 26/27: “(...) A mi juicio, el término «hecho en que se funde el reclamante» es sumamente significativo; se descarta la referencia a «actos administrativos» para apuntar directamente a *actuaciones materiales* de la Administración y que, aparte de las expresamente sometidas al procedimiento de la Ley de Expropiación Forzosa, incluyen desde las producidas con motivo de obras públicas realizadas por el Estado o Corporaciones públicas, daños en propiedades particulares por ocupaciones circunstanciales, maniobras militares..., hasta sacrificio de animales a causa de epizootías (hipótesis indudablemente expropiatoria)”. Destaque no original.

vigência ante os atrozes acontecimentos da recém iniciada (1936) guerra civil espanhola precursora do regime ditatorial facista implantado pelo General Francisco Franco («franquismo») que duraria até 1975, ano de sua morte.

A Lei de Bases Municipais de 10 de julho de 1935 e seu texto articulado de 31 de outubro do mesmo ano, que concretaram tal preceito constitucional, não tiveram qualquer relevância e aplicação prática. O artigo 209 da lei unicamente serviu de base e inspiração para a promulgação da Lei de Regime Local de 1950¹³⁸, primeiro texto legal a plasmar um significativo avance ao preceituar, por exemplo, que o dano ressarcível deveria ser efetivo, material e individualizado. Comparemos a redação do artigo 209 daquela com o artigo 405 desta:

Art. 209 da Lei de 1935. “Las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroque la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos”.

Art. 405 da Lei de 1950. “Las entidades locales responderán civilmente en forma directa o subsidiaria, según se especifica en el artículo siguiente, de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroque la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes en la esfera de sus atribuciones respectivas. El daño habrá de ser efectivo, material e individualizado”.

MARTÍN REBOLLO ainda nos destaca que um ano antes da grande guinada processada pela entrada em vigor da LEF de 1954 o Conselho de Estado através do acórdão de 17 de março de 1953, ao denegar a indenização solicitada em razão de um incêndio provocado num pinhal de Cádiz por ações da guarda civil, tornou a pronunciar-se explicitamente sobre a falibilidade do sistema de responsabilização do Estado então imperante, nestes termos, no que aqui interessa:

“«En reiterados informes viene el Consejo de Estado haciendo ver la situación negativa de nuestro Ordenamiento jurídico respecto al principio general de la responsabilidad de la Administración. En efecto, si bien nuestro Derecho positivo ofrece algunos casos aislados en los que aparece prevista la indemnización por daños, no existe una norma dotada de significación tal que permita generalizar la responsabilidad de la Administración como una consecuencia jurídica obligada de los daños irrogados a un particular en condiciones en que sea de justicia la compensación. El Derecho positivo paraliza toda posible construcción jurídica de tal responsabilidad al

¹³⁸ Em 24 de junho de 1955 o texto de dita lei foi compilado incorporando a reforma que ocorrera em 1953. Porém, no que tange ao tema da responsabilidade dos entes locais, não introduziu variação alguma.

contraerla a los límites estrictos del artículo 1903 CC, según el cual el Estado sólo es responsables por daños “cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, precepto de rigor tan extremado que la jurisprudencia no ha conseguido establecer sobre el mismo un solo caso de responsabilidad de la Administración»¹³⁹.

3.1.2. A fase pós LEF/1954

Após este longo percurso chega-se finalmente em 1954 ao divisor de águas que foi a Lei de Expropriação Forçosa, marco jurídico do almejado câmbio legislativo e sistemático destinado a soterrar o dogma da imunidade do poder e do Estado que ainda persistiam no contexto social, jurídico e político espanhol da 1ª (primeira) metade do século XX.

Substituiu-se a *subsidiariedade* pela responsabilização *direta e objetiva* do ente estatal favorecendo e dando maior equilíbrio aos particulares afetados nos seus litígios contra o Estado.

Dita lei, ademais de dispor e regular meticulosamente a atividade expropriatória sem olvidar-se do devido resguardo e reforço das garantias patrimoniais dos particulares quanto ao ato estatal interventivo e extremado¹⁴⁰, tratou de introduzir em seu bojo¹⁴¹ — por intermédio do Art. 121, apartado 1º (abaixo transcrito), constante

¹³⁹ MARTÍN REBOLLO, *op. cit.*, pp. 333/334.

¹⁴⁰ A LEF de 1954 representou um salto brusco e qualitativo em relação a anterior Lei de Expropriação Forçosa de 10 de janeiro de 1879 no que se refere à proteção dos administrados na medida em que considerou como privação singular toda e qualquer forma de supressão da propriedade privada ou de direitos ou interesses patrimoniais legítimos por causa justificada de utilidade pública ou interesse social ampliando consideravelmente a garantia da lei anterior que limitava-se a proteger a privação da propriedade imóvel contra a realização de obras públicas (construção de estradas de ferro, vias públicas e outras obras de infra-estrutura principalmente).

O seu advento não representou a consolidação de um processo evolutivo doutrinal e jurisprudencial da concepção clássica do instituto da expropriação como ocorrera na Alemanha. Segundo Alejandro NIETO (1962, p. 104), “(...) *La concepción clásica de la expropiación forzosa española ha desaparecido de un golpe, y la nueva expropiación ha adoptado un aire progresista de la mayor audacia. En este sentido sólo se echa de menos la eliminación del principio de Einzelakt [ato individual], que ha pervivido aunque... tampoco puede entenderse en un sentido riguroso*”.

¹⁴¹ A sua exposição de motivos já asseverava com extremada concisão e brilhantês a necessidade de uma transformação histórica e jurídica destinada a regulamentar o instituto e ao mesmo tempo implementar de modo definitivo o princípio da responsabilidade patrimonial do Estado na consciência jurisdicional espanhola, conforme destacado no seguinte excerto: “(...) *Por otra parte, junto a la expropiación típica han surgido figuras como el consorcio o el arrendamiento forzoso, en las que se aprecia la nota común de la satisfacción del interés público por una acción imperativa sobre el aprovechamiento del bien objeto de la misma, que no llega a ser tan radical y enérgica que alcance a la transmisión obligada de la propiedad, pero que implica una limitación individualizada del dominio a la que hay que buscar su adecuada y justa compensación. También los casos en que la acción administrativa exige la expropiación de grandes zonas requerían el arbitrar un procedimiento que hacer aquella efectiva dentro de una tramitación unitaria. En consecuencia, la Ley refleja una concepción de la expropiación, según la cual*

do seu Título IV, Capítulo II, versante sobre «*la indemnización por otros daños*» —, definitivamente¹⁴², o princípio geral da responsabilidade patrimonial do Estado e o regime jurídico próprio para a determinação da obrigação estatal de indenizar em face de atos lesivos, comissivos e omissivos, de cunho *no* expropriatórios.

Art. 121, apartado 1º, da LEF/1954. “Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir a sus funcionarios con tal motivo”.

Firmadas as bases da bipartição dos regimes jurídicos (expropriatório e o de responsabilização patrimonial) aos quais o Estado deveria submeter-se por ocasião do advento da LEF/1954, foi somente com a promulgação da Lei do Regime Jurídico da Administração do Estado de 26 de julho 1957 que a responsabilidade pública extracontratual firmou-se solidamente no sistema jurídico espanhol na redação aperfeiçoada¹⁴³ do artigo 40, apartado 1º, *verbis*:

debe ser el estatuto legal básico de todas las formas de acción administrativa que impliquen una lesión individualizada de los contenidos económicos del derecho del particular, por razones de interés general, y como tal se estructura, sin perjuicio del obligado respeto a las peculiares características de cada figura en particular.

Llevando este principio a sus lógicas consecuencias se ha intentado, finalmente, llamar al atención sobre la oportunidad que esta Ley ofrece, y que no debiera malograrse, de poner remedio a una de las más graves deficiencias de nuestro régimen jurídico-administrativo, cual es la ausencia de una pauta legal idónea, que permita hacer efectiva la responsabilidad por daños causados por la Administración. Bajo el imperio de criterios jurídico-administrativos que habían caducado ya cuando fueron adoptados por nuestro ordenamiento, los límites técnicos dentro de los cuales se desenvuelve entre nosotros la responsabilidad por daños de la Administración, resultan hoy tan angostos, por no decir prácticamente prohibitivos, que los resultados de la actividad administrativa, que lleva consigo una inevitable secuela accidental de daños residuales y una constante creación de riesgos, revierten al azar sobre un patrimonio particular en verdaderas injusticias, amparadas por injustificado privilegio de exoneración. Se ha estimado que es ésta una ocasión ideal para abrir, al menos, una brecha en la rígida base legal que, perjudicando el interés general, no puede proteger intereses de la Administración insolidarios con aquél, como sin más ha venido a demostrar la legislación de régimen local vigente al incorporar, en esta importante materia, los criterios más progresivos sugeridos por la legislación comparada y la doctrina científica. Se ha entendido así, no sin hacerse cargo de que la Ley de Expropiación Forzosa no puede ser, desde luego, la base normativa en que se integren todos los preceptos jurídicos rectores a este respecto, pero sí, al menos, una norma que puede muy bien recoger una serie de supuestos realmente importantes, en los que, al margen de un estrecho dogmatismo académico, cabe apreciar siempre el mismo fenómeno de lesión de un interés patrimonial privado, que, aun cuando resulte obligada por exigencias del interés o del orden público, no es justo que sea soportada a sus solas expensas por el titular del bien jurídico dañado”.

¹⁴² Em que pese as inúmeras formulações e reformas legislativas que a sucederam no trato da matéria, foi com a LEF/1954 que restaram (até aqui) imortalizadas as bases, fundamentos e princípios caracterizadores da responsabilidade civil objetiva do Estado espanhol, há pouco constitucionalizada (1978).

¹⁴³ OCHOA GÓMEZ (*op. cit.*, 2005, p. 52): “Con una incidencia no insignificante en aspectos de tramitación, en el plano sustantivo, la LRJAE asume en términos generales la ordenación precedente en

Art. 40, apartado 1º, da LRJAE/1957. “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquélla lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”.

Sacramentada, a tese da responsabilidade objetiva estatal erigiu-se e incorporou-se, de uma vez por todas, à concepção jurídica espanhola em face de sua constitucionalização em 1978¹⁴⁴ naquilo que hoje preceitua o Art. 106, apartado 2º, da vigente Lei Maior.

Art. 106, apartado 2º, da CE/1978. “Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Na CE/78, ao contrário do que ocorrera com a extinta Constituição de 1931 (falta da *interpositio legislatoris*), a conformação constitucional¹⁴⁵ procedeu-se através da entrada em vigor da Lei 30/1992, de 26 de novembro, que versa sobre o Regime Jurídico das Administrações Públicas e Procedimento Administrativo Comum que em seu artigo 139.1, uma vez mais, preceitua:

Art. 139 da LRJAP y PAC/1992: “Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

No que se refere à responsabilidade do Estado espanhol pela prática de ato lícito, danoso por *faute de service*, a obrigação de indenizar apareceu formal e expressamente disposta no ordenamento jurídico também por intermédio da redação do

materia de responsabilidad extracontractual. Así, desde esta perspectiva material, el texto legal se limita a introducir mejoras técnicas sobre el sistema heredado en los dos aspectos siguientes:

- *accede al articulado de la ley la referencia expresa a la fuerza mayor como causa de exoneración;*
- *desaparece la alusión de los actos discrecionales como categoría libre de revisión jurisdiccional.*

Como un retroceso se siente, sin embargo, la calificación del plazo del año para formular la reclamación indemnizatoria en vía administrativa como de caducidad (art. 41.3 LRJAE)”.

¹⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA (1984, p. 152, nota de rodapé nº 155) nos recorda que a consagração constitucional da responsabilidade da Administração se iniciou com a Constituição de Weimar de 1919 (Art. 131) influenciando todo o movimento constitucional posterior, inclusive na Espanha, que a consagrou por 1ª (primeira) vez na Constituição de 1931.

¹⁴⁵ A reserva desta lei foi prevista pela Constituição de 1978 no seu artigo 149.1.18ª alínea. Após a sua promulgação (lei 30/1992), foi ela regulamentada pelo Real Decreto nº 429/1993, de 26 de março.

Art. 121, apartado 1º, da Lei de Expropriação Forçosa de 1954 — “(...) *siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos(...)*” —, o que não significa dizer que a compensação de danos e prejuízos pela prática de atos *lícitos* levados a cabo pelo Estado e seus órgãos e agentes nunca houvera sido objeto de tutela por outros dispositivos legais como *e.g.* pelo “desapercebido” art. 24 da Lei de Administração e Contabilidade da Fazenda Pública de 1º de julho de 1911 que já asseverava, nas entrelinhas, por intermédio da locução “*a título de equidad*”, a possibilidade de demandar-se o Estado em tal sentido conforme bem lembrado por GARRIDO FALLA¹⁴⁶.

Portanto, desde a LEF enraizou-se no país a possibilidade mais explícita de processamento judicial do Estado não só pela prática do ilícito, mas também pela prática de um ato *lícito* sempre, é claro, quando o dano for consequência (direta ou indireta) da prestação de um serviço público a seu cargo.

3.2. Marco jurídico atual: a responsabilidade administrativa à luz da Lei 30/1992, de 26 de novembro, do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (LRJAP y PAC/1992)

No momento atual a responsabilidade patrimonial do Estado e das Administrações Públicas se configura como uma responsabilidade direta e objetiva que tem como núcleo central a idéia e o conceito de lesão indenizável teorizada pelo eminente GARCÍA DE ENTERRÍA em 1956¹⁴⁷ como um dano antijurídico em que o administrado não tem o dever jurídico de suportar porque inexistem causas de justificação que legitimem como tal o prejuízo, sem que se exija o requisito tradicional da ilicitude ou culpa do funcionário.

“(...) el carácter indemnizable del daño no se predica en razón de la licitud o ilicitud del acto causante sino de su falta de justificación conforme al ordenamiento jurídico, en cuanto no impone al perjudicado esa carga patrimonial y singular que el daño implica. Así se ha reflejado por la jurisprudencia, señalando que la antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas

¹⁴⁶ GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 1989, p. 26.

¹⁴⁷ Ano de publicação da 1ª edição da obra *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la Administración*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, republicada em 1984 pelo Editorial Civitas, 2ª edição à qual manejamos. Nesta, a teoria da lesão indenizável levantada pelo autor vem reafirmada (especialmente) nas páginas 176 e seguintes do seu texto.

de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración (S. 13-1-00 [RJ 2000, 659], que se refiere a otras anteriores de 10-3-98, 29-10-98 [RJ 1998, 8422], 16-9-99 [RJ 1999, 7746] y 13-1-00 [RJ 2000, 659])” — STS de 19 de febreiro de 2008, FJ 3º.

É o que também nos ensina Antonio PÉREZ CRESPO:

“(…) la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura en el momento actual como una responsabilidad directa y objetiva, que tiene como núcleo central la lesión, entendida como daño antijurídico que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar porque no existen causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio, sin que se exija el requisito tradicional de la ilicitud o culpa del funcionario.

Es suficiente que se haya producido una lesión y que ésta sea efectiva, económicamente evaluable, individualizada en relación con una persona o grupo de personas y conectada causalmente con la actividad de la Administración. Es intrascendente que el daño se haya producido como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, de actuaciones materiales o actos jurídicos, de acciones y omisiones, de actos lícitos o ilícitos”¹⁴⁸.

Apesar de sua generalizada aceitação essa espécie de responsabilidade não se afigura nenhum pouco pacífica, especialmente no que tange à responsabilização por funcionamento normal dos serviços públicos, como adiante se verá.

Em termos jurisprudenciais, o reconhecimento da responsabilidade patrimonial do Estado e das Administrações Públicas perante o Tribunal Supremo pode ser sintetizado basicamente em 03 (três) fases, a saber:

“El Tribunal Supremo, en una primera fase (años cincuenta y sesenta), se mostró muy reacio a admitir la responsabilidad patrimonial de la Administración, incluso en los casos de funcionamiento anormal de los servicios públicos, pese a que la legalidad vigente en aquellos momentos ya establecía con total claridad una responsabilidad de tipo objetivo; luego, en una segunda fase, que llega hasta nuestros días, se ha mostrado mucho más proclive a declarar la responsabilidad administrativa, aunque circunscribiéndola en la práctica —a pesar del reconocimiento constante, como mera cláusula de estilo, de su carácter objetivo—, a los supuestos de funcionamiento anormal de los servicios públicos. Durante esta segunda fase, finalmente, algunas sentencias han ido más allá del mero reconocimiento formal del carácter objetivo de la responsabilidad administrativa contenido en la normativa,

¹⁴⁸ PÉREZ CRESPO, A. *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y del Estado Legislador: especial referencia al trasvase Tajo-Segura*, Discurso leído el día 25 de octubre de 1996, en el acto de recepción como Académico de Número, por el Excmo. Sr. D. Antonio Pérez Crespo y contestación del Excmo. Sr. D. Emilio Pérez Pérez, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Murcia, 1996, pp. 96/97.

condenando a la Administración en supuestos en los que el servicio público había funcionado con total normalidad. Es más, en la actualidad [3ª fase, assim reputamos] se critica a los Tribunales por la desmesura con que, de manera bienintencionada pero en ocasiones de simplista actitud, se lanzan a reconocer el derecho del demandante por responsabilidad a obtener una compensación con cargo a los presupuestos públicos”¹⁴⁹.

Essa síntese evolutiva e o atual estado da responsabilidade administrativa no vigente ordenamento podem ser visualizados no condensado retrato histórico contido na STS 321, de 13 de março de 1989 cujo fundamento jurídico 3º (terceiro) assim prelaçiona, *ipsis literis*:

“**Tercero:** La responsabilidad directa y objetiva de la Administración, iniciada en nuestro ordenamiento positivo por los arts. 405 a 414 de la Ley de Régimen Local de 1956, y consagrada en toda su amplitud en los arts. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121, 122 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y concordantes de su Reglamento, ha culminado, como pieza fundamental de todo Estado de Derecho, en el art. 106.2 de la Constitución, al establecer que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. La copiosa jurisprudencia sobre la materia ha estructurado una compacta doctrina de la que pueden significarse como pilares fundamentales sintéticamente expuestos los siguientes: a) La legislación ha estatuido una cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados sufran en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, fórmula que abarca la total actividad administrativa; b) Servicio público viene a ser sinónimo de actividad administrativa y para su calificación hay que atender, más que a una tipificación especial de alguna de las formas en que suelen presentarse, al conjunto que abarca todo el tráfico ordinario de la Administración; c) De ahí que siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular sin que este venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello, ya que al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración que esta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal; d) Los requisitos exigibles son los siguientes: 1.º La efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente evaluable; 2.º Que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa y exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (reglamento, acto administrativo legal o ilegal, simple actuación material o mera omisión); 3.º Que no se haya producido por fuerza mayor y que no haya caducado el derecho

¹⁴⁹ OCHOA GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 32/33, nota de rodapé nº 11.

a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley (Sentencias de 15 y 18 de diciembre de 1986, 19 de enero de 1987 y 15 de julio de 1988)”¹⁵⁰.

3.2.1. A responsabilidade patrimonial do Estado pelo funcionamento normal dos serviços públicos

A LEF/1954 demarcou 02 (dois) regimes jurídicos indenizatórios bem definidos aos quais o Estado espanhol deveria submeter-se por consequência de seus atos: o regime de compensação dos danos expropriatórios e o regime de indenização dos danos não expropriatórios (art. 121).

O 1º (primeiro) é consequência de um dano imposto e querido pelo Estado-Legislador ou pelo Estado-Administração em razão da prática de atividades lícitas e legítimas (expropriações). O 2º (segundo) tratava de estabelecer a reação jurídica *ex post factum* aos danos de cunho não expropriatório provocados por atividades direcionadas à prestação de serviços públicos.

Nesta perspectiva a LEF/1954 inaugurou com a redação dada ao seu artigo 121 que o Estado, ou melhor, a Administração Pública deve ser direta e objetivamente responsável pelos danos causados aos cidadãos e usuários dos serviços públicos em razão do seu funcionamento anormal ou mesmo normal.

Constatado o mau funcionamento do serviço público prestado, a sua não prestação ou sua prestação tardia e a lesão causada ao usuário do serviço resta configurado o dever de indenizar em razão desta atividade prestacional ilegítima, anormal, ineficiente.

Por outro lado, aos demais danos não expropriatórios não decorrentes diretamente desta “anormalidade” na prestação do serviço público estatuiu o legislador de 1954 o direito dos eventuais lesados por condutas administrativas lícitas e legítimas, porém de algum modo lesivas, de imputarem à Administração correspondente os prejuízos sofridos. Para estes tipos de danos “eventuais e acidentais” não oriundos da autêntica *faute de service* estabeleceu o legislador o dever estatal de compensação dos prejuízos¹⁵¹.

¹⁵⁰ Disponível em <<http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>> (data da consulta: 06/08/2007).

¹⁵¹ “Los daños causados en los supuestos de funcionamiento *normal* son aquellos daños incidentales que se producen pese a que, analizada desde la perspectiva de la diligencia exigible, la actuación de la

A cláusula garantista expressa na locução «*funcionamiento normal de los servicios públicos*» ampliou de forma demasiada o dever de indenizar da Administração Pública e deu origem a uma série de controvérsias doutrinárias.

Majoritariamente tomou-se de bom grado a medida extensiva da responsabilização por acreditar-se, basicamente, que a fórmula adotada enquadrava-se na concepção de uma antijuridicidade do tipo objetiva e não subjetiva como nos moldes civilistas. Essa mudança representou, como vimos, a “independentização” da responsabilidade pública frente às amarras da responsabilidade civil da seara privada.

Minoritariamente, defende-se que o intento de objetivação da antijuridicidade para abarcar a responsabilidade por atos lícitos decorrentes da prestação de serviços públicos foi um ledó engano, eis que o subjetivismo ínsito na idéia de culpa (ainda que sob a forma de culpa anônima da Administração) não sucumbiu diante do intento de concentração do fundamento da responsabilização na figura do risco da atividade administrativa.

Dentre as vozes minoritárias que ecoam no sentido de rechaçar e de condenar a sua existência como uma das facetas da responsabilidade patrimonial do Estado podemos destacar a título exemplificativo a incredulidade constante no recente e sisudo desabafo feito pelo eminente administrativista Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR no prólogo da 2ª (segunda) edição da obra de Francisco Javier de AHUMADA RAMOS publicada em 2004¹⁵².

Em concreto SANTAMARÍA PASTOR reafirma de forma genérica o seu descontentamento com o desvirtuado e equivocado deslinde que o sistema espanhol da responsabilidade pública objetiva apresenta desde as suas origens na LEF/1954.

Administración haya sido irreprochable —porque se hayan cumplido los estándares y las reglas técnicas propias del sector de actividad del que se trate—, lo cual viene a significar que el criterio de imputación de la responsabilidad civil a las Administraciones Públicas no puede ser la culpa, sino uno distinto que, normalmente, se considera que es el del riesgo que para terceros supone la actividad potencialmente dañosa desarrollada por la Administración. En efecto, el criterio del funcionamiento *normal* como título de atribución de daños causados con la ocasión de la prestación de servicios públicos permite imputar a la Administración titular todos aquellos que sean consecuencia de tal actividad de prestación, incluidos los que sean atribuibles a los llamados casos fortuitos” (BUSTO LAGO, J.M. «La responsabilidad civil de las administraciones públicas», em *Tratado de responsabilidad civil*, coordenação de Luis Fernando Reglero Campos, *op. cit.*, pp. 1.750/1.751, destaques no original).

¹⁵² AHUMADA RAMOS, F.J. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexó causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

Sustenta o renomado autor que o Estado espanhol lamentavelmente não assumiu geneticamente, desde o início do processo de objetivação de sua responsabilidade civil pela LEF/1954 (Art. 121), por não estar convicto de que suas atividades (mesmo as lícitas) poderiam causar danos e ser objeto da competente indenização, o seu dever de indenizar por tudo (funcionamento normal e anormal de serviços públicos) e frente a todos.

Essa gestação mal concebida permitiu, sem resistência, que se implantasse um sistema de responsabilização que arrancava de um princípio exatamente oposto dotado de uma aparente objetividade porque desenvolvido com base em técnicas subjetivas — reversíveis e excludentes de toda capacidade de previsão — fadadas a serem utilizadas arbitrariamente por juízes independentes forçados a adotar soluções casuísticas e impulsivas destituídas de quaisquer critérios objetivos, tudo com vistas a reduzir os supostos indenizatórios incidentes sobre o Estado¹⁵³.

Ou seja, o argumento da objetivação da responsabilidade trazido pela LEF/1954 (Art. 121) só se concretizou no plano puramente formalístico da lei não chegando a implantar-se no plano concreto dos tribunais que não se distanciaram das amarras da teoria subjetiva da responsabilidade civil estatal. Para ele, até o presente momento, não houve um deslocamento da base subjetiva da culpa para a objetiva do risco o que dificulta tratarmos a responsabilidade estatal como uma responsabilidade objetiva sem culpa ou sem falta.

O autor é coerente neste sentido com aquilo que deixou consinado em seu artigo sobre a teoria da responsabilidade do Estado-Legislator quando da análise da problemática sob a perspectiva dos sistemas italiano e alemão, sistemas mais conservadores que o francês.

Segundo ele, o estudo do tema nestes dois países não deveria ter partido da premissa de se saber se o Estado responde ou não pelos danos patrimoniais causados por uma norma como ocorrera na França, mas sim se o Estado assume objetivamente, de algum modo, um dever de ressarcimento pelas ablações patrimoniais produzidas por um

¹⁵³ O autor parece denunciar nas entrelinhas, no mesmo sentido que PEÑA LÓPEZ (v. nota de rodapé nº 48) que os juízes e tribunais, movidos pelo afã justiciero de promover a reparação de danos e prejuízos injustamente causados aos particulares — através de uma interpretação *pro damnato*—, buscam rotineiramente criterios de objetivação da culpa do agente causador do dano e não de firmar posição jurídica quanto à antijuridicidade objetiva que dá fundamento à responsabilidade por risco.

ato normativo ou regulamentar, e sob que condições já que tanto na Itália como na Alemanha, ademais da diversidade de outros títulos indenizatórios que não a expropriação e a responsabilidade (ex.: indenização, sacrificio, responsabilidade por atos ilícitos culpáveis, etc), ambos contavam com um controle jurisdicional especializado de constitucionalidade das leis ao contrário da França.

A sua análise também é aplicável à Espanha se considerarmos que a responsabilidade objetivada não chegou a assentar-se definitivamente no âmbito dos tribunais espanhóis, a exemplo do problema que outrora ocorrera na Itália e na Alemanha conforme tratou de por em releve.

Com base nestas premissas estruturais, voltando-se agora sobre a problemática da responsabilidade do Estado por funcionante *normal* dos serviços públicos — umbilicalmente relacionada com o tema da responsabilidade do Estado Legislador, relembre-se —, assim se contrapôs o jurista ao pensamento majoritário defendido pela doutrina, inclusive por seu pupilo AHUMADA RAMOS, nestes termos, *ipsis literis*:

“La reducción del conjunto de daños indemnizables ha de efectuarse, pues, con arreglo a otros criterios que, a mi entender, deben consistir en la exclusión del deber indemnizatorio en los supuestos de funcionamiento normal de los servicios públicos y limitando éste, por tanto, a los supuestos de funcionamiento anormal. Esta restricción, por dura que pueda parecer, resulta imprescindible para introducir un mínimo de claridad en el sistema; una claridad de la que hoy carecemos ostensiblemente por la pavorosa incertidumbre que rodea el concepto de funcionamiento normal. Si lo que se quiere decir con esta noción es que la actividad dañosa, para dar lugar a indemnización, no ha de ser contraria a Derecho, dígase derechamente; y lo mismo si se quiere incluir entre los supuestos indemnizables los derivados de la responsabilidad por riesgos.

Pero mantener este concepto, sin más, es un desatino, por cuanto interpretado de modo sencillo puede conducir al absurdo de que la Administración debería indemnizar cualesquiera daños de los que fuera causante; y no me sirve el obvio recordatorio de que sólo serán indemnizables las lesiones ilegítimas, por cuanto el criterio que se emplea para definir las es perfectamente ambiguo. Afirmar que el daño es legítimo (esto es, no indemnizable) cuando su producción se basa en un título que determine o imponga como jurídicamente querido el perjuicio contemplado, es por completo insuficiente, desde el momento en que, en la mayor parte de los casos, no es posible saber con un adecuado nivel de certeza si tal título existe o no. (...) En definitiva, las nociones de inexistencia del deber jurídico de soportar el daño o, alternativamente, de existencia de un título jurídico que imponga el daño no suponen limitación efectiva alguna a un potencial deber universal de resarcimiento, porque no resuelven sino algunos pocos supuestos, pero la inmensa mayoría de los que integran la

actuación administrativa, en los cuales podría producirse, pues, una condena de resarcimiento. Hablar de responsabilidad en los casos en que los servicios públicos funcionen normalmente carece, pues, de toda lógica. El sentido común indica que la vida social entraña inconvenientes y cargas ineludibles que, cuando no exceden de determinados límites, deben ser soportados por todos sus miembros sin posibilidad alguna de pretensión indemnizatoria; (...) La responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos es, pues, un sueño tan vano como peligroso”¹⁵⁴.

Neste mesmo sentido — e com algum matiz pela aceitabilidade da responsabilidade por funcionamento normal de um serviço público — já havia se manifestado com certa polémica o civilista Fernando PANTALEÓN PRIETO¹⁵⁵ ao afirmar que a Espanha não tem o sistema mais “avançado” do mundo, mas sim o mais “caro”¹⁵⁶. A seu juízo o regime legal da responsabilidade patrimonial das Administrações Públicas está mal concebido tanto desde a perspectiva dogmática como de um ponto de vista de política jurídica que deveria calcar-se num critério de imputação objetiva e não, de forma camuflada, na culpa¹⁵⁷.

¹⁵⁴ SANTAMARÍA PASTOR no prólogo à obra de AHUMADA RAMOS, *op. cit.*, pp. 32/33.

¹⁵⁵ PANTALEÓN PRIETO, F. «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», em *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Documentación Administrativa – DA, nº 237/238, INAP, Madrid, 1994 (Enero-Junio), pp. 239-253 e também em «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas)», em *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, coordenadores: Ricardo de Ángel Yáguez e Mariano Yzquierdo Tolsada, Dykinson, Madrid, 2001, especialmente páginas 205 e seguintes) onde tratou de reiterar com certa veemência as severas críticas doutrinárias quanto ao instaurado sistema de responsabilização das Administrações Públicas — que ainda hoje gravita em torno ao conceito de lesão ressarcível/indenizável inventado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA em 1955 — investindo toda a sua indignação sobre a posição intelectual “cortijera” adotada pelo Prof. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ na obra coletiva que há muito publica em conjunto com ENTERRÍA (Curso de Derecho Administrativo) pelo fato de FERNÁNDEZ defender dita teoria mesmo diante dos constatados “resultados insensatos” derivados de sua hodierna aplicação prática [o autor cita o caso da responsabilidade da autarquía INSALUD], “insensatez” esta já percebida e (supostamente) já modulada pelo seu próprio criador [GARCÍA DE ENTERRÍA — *cf.* nota de rodapé nº 41 do mencionado artigo] em seus contemporâneos escritos sobre a matéria.

Replicando a PANTALEÓN podemos citar a Jesús JORDANO FRAGA («La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas», em *RAP*, nº 149, 1999, pp. 321-336, disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17442>> (data da consulta: 10/05/2008).

¹⁵⁶ Esta é idéia é compartilhada por José Manuel BUSTO LAGO na obra *Tratado de responsabilidad civil* coordenada por Reglero Campos, *op. cit.*, p. 1.752.

¹⁵⁷ PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, 2001, pp. 215/216: “(...) *Tal como la responsabilidad extracontractual está regulada en el Derecho español, y en muchos como él, no ha sido diseñada para prevenir actividades antisociales o económicamente ineficientes; y por eso, si previene, sólo lo hará atinadamente por casualidad. Tampoco ha sido diseñada para realizar la justicia en la distribución de la renta; y por eso, la redistribuye a menudo muy injustamente.*

La primacía de la culpa como criterio de imputación de dicha responsabilidad tiene excelente sentido; también, e incluso especialmente, para la responsabilidad de las Administraciones públicas. La Sala Tercera del Tribunal Supremo debería dejar de repartir dinero público sobre un base tan arbitraria como la de que el daño tenga, o no, relación causal con el funcionamiento de un servicio público; y su Sala Primera debería dejar de hacer caridad con el bolsillo ajeno. Pero la sombra del "buen juez" Magnaud es alargada”.

Quanto ao tema da responsabilidade por funcionamento *normal* dos serviços públicos estas são suas palavras, *in extenso*:

“(…) Me parece profundamente erróneo parificar a efectos de responsabilidad de la Administración «funcionamiento normal» y «funcionamiento anormal» de los servicios públicos, en el sentido de que tanto el uno como el otro reclamen con carácter general la indemnización de los daños que ocasionan, salvo que se dé en las referidas expresiones un significado distinto al que generalmente se les asigna al incluir en la responsabilidad «por funcionamiento normal» la llamada responsabilidad por riesgo. (...) A mi juicio:

a) La responsabilidad por «funcionamiento normal de los servicios públicos» debe conectarse estrictamente con el principio de igualdad ante las cargas públicas (deducible del art. 31.1 CE) y restringirse a los que propongo llamar «daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio», entendiéndolo por tales aquellos que son (producto indeseado, pero) consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión; siendo también necesario, obvio es, que los daños de que se trate representen para quien los padece un sacrificio individualizado que no le sea exigible soportar;

b) Deben excluirse, pues, del ámbito de la responsabilidad de la Administración por «funcionamiento normal de los servicios públicos» los que llamaríamos «daños producto de accidentes», en cuya etiología aparezca implicada, ciertamente, la actividad típica de una Administración pública, pero que no sean consecuencia de una medida finalmente dirigida a causar, ni connatural, intrínseca o inmediatamente generadora de los daños infligidos. Porque para los «daños producto de accidentes», una responsabilidad objetiva general de las Administraciones públicas —de forma que hubieran de responder de todos los daños que sean consecuencia adecuada o previsible (ausencia de fuerza mayor), bien que sólo indirecta o mediata, de cualesquiera acciones u omisiones encuadrables en el giro o tráfico administrativo, por el solo hecho de que ninguna ley imponga al perjudicado el deber de soportar el daño en cuestión— es económicamente insoportable y, en mi opinión, indefendible en términos de simple justicia. (...) Y por lo que respecta a los que aquí hemos llamado «daños producto de accidentes», las Administraciones públicas responderán de los daños derivados de fautes de service, que son las lesiones «consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos» del artículo 139.1 de la ley 30/1992.

(…) En mi opinión, ha llegado ya el momento de abandonar esa cautivadora obra de imaginación jurídica que fue la construcción unitaria de la responsabilidad patrimonial de la Administración y del instituto de la expropiación forzosa sobre el concepto de lesión que no hay deber de soportar: entre la responsabilidad por lo que hemos llamado «daños cuasiexpropiatorios», de evidente conexión con la expropiación forzosa, y la responsabilidad por riesgo existe una profunda sima principal”¹⁵⁸.

¹⁵⁸ PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, pp. 247/248, 251 e 253.

Nesta mesma linha crítica quanto à malfadada responsabilidade das Administrações Públicas pelos danos oriundos da prestação *normal* de serviços públicos também advoga Mariano YZQUIERDO TOLSADA com estas palabras:

“(…) Pocas veces se han alzado, y de modo reciente, contra un sistema como el español en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas que lleva casi medio siglo recibiendo parabienes doctrinales y siendo considerado como uno de los más protectores del mundo. No podía ser de otra manera, pues nuestras normas le dicen al perjudicado que recibirá una indemnización aunque el daño haya sido consecuencia del funcionamiento **normal** del servicio público. Un sistema de responsabilidad que, si se me permite el chascarrillo, tiene como factor de atribución a ‘la pólvora del Rey’, que repara daños que muchas veces no encontrarían reparación si su autor fuera un empresario privado y que se aproxima más a las normas de asistencia social que a las que deben regular la responsabilidad civil de manera sensata”¹⁵⁹.

O repúdio doutrinal contra a jurisprudencialmente chamada «responsabilidade quase-objetiva» pelo risco criado não compreende que do TS possam eclodir afirmações deste tipo:

“La constante y uniforme doctrina de esta Sala se orienta hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, ora por el acogimiento de la llamada «teoría del riesgo», ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante, para desvirtuarla, el cumplimiento de Reglamentos, pues estos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantías se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos (Sentencias de 16 octubre 1989 [RJ 1989\6923], 8 mayo, 8 y 26 noviembre 1990 [RJ 1990\3690, RJ 1990\8534 y RJ 1990\9047], 28 mayo 1991 [RJ 1991\3940], entre otras) y...daños previsibles y evitables (Sentencias de 4 febrero 1976, 22 noviembre 1983 [RJ 1983\6490], 25 abril y 31 octubre 1988 [RJ 1988\3277 y RJ 1988\7781], 20 enero 1992 [RJ 1992\192])” — STS de 09 de febreiro de 1996, FJ 4º.

“(…) la doctrina jurisprudencial ha evolucionado en forma acomodada a las exigencias de la realidad social, a cuasi-objetivar la responsabilidad extracontractual, sobre todo en casos como el presente [danos decorrentes de obras em imóvel contíguo], en que concurre un riesgo advertido y conocido y no obstante se mantiene al no adoptarse medidas adecuadas para evitar lo que se presenta como peligro materializado (STS de 17 de abril de 1998 [RJ 1998, 2055], y, en la misma línea, SSTs de 24 de abril de 1986, 19 de julio de 1993 [RJ 1993, 6161] y 8 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7059]); igualmente, en los casos de grave riesgo, en que es necesario adoptar extremas, intensas y efectivas medidas previsoras y cuando se aprecia que las mismas no existieron, es precisamente lo que

¹⁵⁹ YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, 2001, p. 234, destaques do autor.

determina la negligencia empresarial y propicia la condena (STS de 12 de julio de 1999 [RJ 1999, 4772], y en parecidos términos, SSTS de 10 de marzo de 1994 [RJ 1994, 1736] y 18 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 9105]), cuya doctrina jurisprudencial es decisiva para el perezimiento del motivo [de cassação do recurso]” — STS de 07 de fevereiro de 2008, FJ 2º.

AHUMADA RAMOS defende em sua obra¹⁶⁰ exatamente o contrário daquilo que é pregado por este importante setor doutrinal ao entender que o novo regime de responsabilidade patrimonial da Administração implantado pela LRJAP y PAC/1992 constitui um “*mecanismo objetivo de protección integral de la esfera jurídica de los ciudadanos*” sempre que se tenha produzido uma lesão ou menoscabo a direitos e bens juridicamente protegidos como consequência do funcionamento de um serviço público.

O autor é mais otimista que o seu tutor na medida em que defende a objetividade sem, contudo, desprezar a relevância da culpa na aferição da causa que, em que pese a atuação *legítima e normal* da Administração Pública, deu origem a lesões ressarcíveis que lhes podem ser imputadas a título de responsabilização civil, eis que para ele “*la culpa no es más que un requisito exigible en determinadas modalidades de producción del evento lesivo*”.

Basicamente a diferença — refletida também em muitos setores da doutrina — de pensamento havida entre ambos é que SANTAMARÍA PASTOR entende que o *fundamento* da responsabilidade civil estatal por funcionamento normal dos serviços públicos auto-intitulada objetiva recai ao fim e a cabo na concreta aferição da culpa e da antijuridicidade (contrariedade ao direito) da conduta estatal ao passo que AHUMADA encara a culpa como um *elemento e um requisito mais* a ser observado no processo de imputação da responsabilidade com efeitos concretos sobre a extensão e a medida indenizatória eventualmente devida pelo Estado. Em concreto chega a afirmar que:

“I) no hay duplicidad o multiplicidad de títulos fundadores de la responsabilidad extracontractual de la Administración. El único título es la existencia de la *lesión de un derecho o interés jurídicamente protegido imputable al funcionamiento de un servicio público*. Rechazamos, pues, que la culpa sea el *fundamento* de la responsabilidad de la Administración, ni siquiera en relación con algún supuesto concreto; II) sí hay veces en que la lesión del derecho (daño antijurídico en sentido objetivo) imputable al funcionamiento de un servicio público sólo tiene lugar mediando la culpa o

¹⁶⁰ AHUMADA RAMOS, *op. cit.*, p. 56.

negligencia de la Administración; y III) lo determinante para apreciar la existencia de la lesión de un derecho se nos muestra centrado en el análisis de la respectiva posición jurídica en que se encuentran las personas en relación con los distintos bienes cualesquiera que éstos sean”¹⁶¹. Destaques do autor.

Mais adiante (à página 217) arremata o doutor que “(...) *entender que sólo en tales casos de dolo o culpa grave la Administración tendrá que responder de «todos los daños que conocidamente se deriven» comporta, implícitamente, afirmar que en los casos de funcionamiento normal o en los que exista culpa leve la Administración no tendrá que indemnizar todos los daños que conocidamente se deriven, sino tan sólo los daños directos; con lo que se da por buena la no imputación a la Administración de determinadas lesiones — las calificadas como indirectas o derivativas — realmente producidas como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Pero esto supone, se reconozca o no, negar el carácter integral de la reparación del patrimonio jurídico lesionado*”.

3.2.2. A responsabilidade do Estado Legislador como uma “anomalia”

A tratativa científica sobre a responsabilidade do Estado Legislador no Direito Espanhol é algo um tanto quanto recente. É um fenômeno jurídico em constante discussão ainda carente de bases doutrinárias e jurisprudenciais sólidas.

A sua norma de regência encontra-se prescrita, segundo defendido por grande parte da doutrina, na novel redação do Art. 139, apartado 3º, da LRJAP y PAC/1992, *verbis*:

Art. 139.3 LRJAP y PAC/1992: “Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

Na praxe forense (adiantamos) esta espécie de responsabilidade do Estado só veio a ser enfrentada por 1º (primeira) vez de forma profunda e frontal no âmbito dos tribunais superiores^{162 163} na data de 30 de novembro do ano de 1992 em acórdão lavrado pelo Tribunal Supremo em sessão plenária de sua sala 3ª (terceira).

¹⁶¹ *Ibidem*, AHUMADA RAMOS, p. 211.

¹⁶² Vicente GARRIDO MAYOL (*La responsabilidad patrimonial del Estado: especial referencia a la responsabilidad del Estado Legislador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 154/155) nos recorda que a

Inserida no Capítulo I (Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública) do Título X (Da responsabilidade das Administrações Públicas e de suas autoridades e pessoas a seu serviço) da LRJAP y PAC de 1992 dita norma de “regência” apresenta-se como uma evidente exceção ao sistema geral estabelecido originariamente pelo artigo 106.2 da CE/78 que obriga a Administração Pública (e não o Estado-Legislator) a indenizar os danos causados em decorrência da *prestação de serviços públicos*.

O estabelecimento desta “exceção” tida como norma de regência da matéria não estabelece qualquer congruência lógica entre a conhecida teoria da responsabilidade legislativa e a “reação jurídica” proposta pela lei de 1992 na medida em que esta, ao ignorar a responsabilidade do Estado-Legislator como uma causa imediata e direta de responsabilidade patrimonial do Estado — o citado artigo de lei fala em responsabilidade da *Administração* por ato de *aplicação* da lei —, acaba por eliminar qualquer possibilidade de ativamento do mecanismo de imputação desta controversa espécie de responsabilidade civil.

É dizer, ao determinar a LRJAP y PAC que a suposta “responsabilidade do Estado-Legislator sub-rogada na responsabilidade da Administração” só se afigura se o próprio ato legislativo assim expressamente reconhecer a imposição do sacrificio causado, está ela a configurar uma imprópria espécie de “responsabilidade” sem possibilidade de imputação por parte do lesionado.

A lei de 1992 em seu artigo 139.3 confunde objetivação da responsabilidade civil com ausência de imputação ao estabelecer, *ex ante*, uma conseqüência jurídica *ex*

1ª (primeira) vez que o tema da responsabilidade do Estado Legislador fora abordado na Espanha foi através da sentença ditada em 2 de janeiro de 1978 pela Magistratura do Trabalho nº 11 de Madrid que decidiu pela não aplicação ao caso concreto da Lei 46/1977, de 15 de outubro, de Anistia, em favor do então trabalhador demandante. Outro suposto gerador em que discutiu-se nos tribunais o tema da responsabilidade do Estado Legislador antes do advento da CE/78 foi o do processo descolonizador do Sahara imposto pela Lei 40/1975, de 19 de novembro, sendo que neste caso o próprio Estado previu uma indenização aos espanhóis que em razão de tal lei se viram obrigados a abandonar definitivamente a região do Sahara Ocidental (Marrocos e Mauritânia). Ditos casuísmos encontram-se citados no corpo da STS de 30 de novembro de 1992 (FJ 7º).

¹⁶³ Destaque-se que a sala do contencioso-administrativo (sala 1ª) da antiga Audiência Territorial de Valência já tratara detidamente da questão da responsabilidade do Estado Legislador por ocasião do recurso de cassação julgado em 9 de maio de 1987, ocasião em que dito órgão judiciário pronunciou-se favoravelmente à indenização originariamente pleiteada remetendo-se à fase de execução da sentença o momento para determinação do *quantum debeatur*. Entretanto, em sede de recurso extraordinário de revisão, o Tribunal Supremo por ocasião da sentença lavrada no dia 3 de dezembro de 1990 (Ar. Núm. 9573) revisou tal posicionamento ratificando a doutrina previamente fixada em sentença datada de 15 de julho de 1987 que tratava de declarar a ilegitimidade passiva do Conselho Geral do Poder Judicial para responder pelos reclamos indenizatórios estabelecendo, pois, que tal dever unicamente competia ao Conselho de Ministros.

post qual seja, o dever de indenizar, apresentando uma solução incompatível com o problema gerado pela responsabilidade por danos legislativos.

A medida legislativa mais parece uma confissão, uma assunção, um ato potestativo de mera liberalidade do legislador do que uma resposta jurídica derivada da comprovação do dano sofrido pelo particular destinatário da lei e do nexo causal entre esse dano e o ato legislativo lesivo imputados ao Estado-Legislator.

Segundo essa “norma de regência da matéria” o dever de indenizar não é fruto da ordem judicial que impõe a transferência dos danos e prejuízos sofridos pela vítima ao patrimônio constituído do ente lesante em face da prova da ingerência estatal, mas sim da própria graça e benevolência do agente causador do dano, o legislador.

A imputação do *dever de indenizar do legislador* que deveria mover e justificar a aplicação do instituto da responsabilidade civil na solução do imbróglio, na LRJAP y PAC/1992, adquire um inaceitável contorno: o do *poder de indenizar do legislador*.

Por todas estas e outras razões a serem posteriormente apresentadas (*cf.* especialmente item 8), não resta duvidoso afirmarmos desde já que o enquadramento da disposição contida no artigo 139.3 da LRJAP y PAC/1992 como “norma de regência” da responsabilidade civil por danos e prejuízos causados por atos legislativos do Estado não passa de uma falácia e de uma verdadeira *anolamia*, um impropério jurídico que não resolve o dilema porque desvirtua o instituto da responsabilidade civil.

4. A ATIVIDADE LEGISLATIVA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978

4.1. A força normativa da Constituição

A elevação das Constituições como textos aglutinadores de um conjunto de normas supremas¹⁶⁴ situadas na cúspide dos sistemas jurídicos contemporâneos — especialmente através do movimento constitucionalista da fase entre guerras do passado século XX (1914-1945) — deu base para que entre nós se implantasse uma nova sistematização da ordem jurídica dos Estados.

O necessário respeito a uma hierarquia entre os atos emanados pelo Estado, em razão das diferentes atribuições de competências para o exercício de determinadas funções públicas previstas nas Cartas Políticas, contribuiu não só para que as Constituições se firmassem como o ato normativo maior dos Estados, mas também para a consagração da premissa de que delas derivam sistemas normativos mais ou menos organizados com vistas a dar operacionalidade prática à execução das atividades públicas.

A Constituição, como norma suprema e fundamental, alçou-se como o centro unificador e o ponto de convergência de todas as diversas expressões normativas dos ordenamentos jurídicos complexos¹⁶⁵.

Do ato normativo mínimo e primário fundador da ordem jurídica, a Constituição, desdobram-se todas as demais normas jurídicas secundárias numa relação de verticalidade universal descendida do ato normativo geral e abstrato criador ao seu respectivo ato individual de aplicação no plano concreto.

Dessa vinculação verticalizada havida inicialmente entre a Constituição e todos os demais atos normativos e de organização estatal emergem outras relações verticais paralelas observáveis num plano mais restrito e secundário das relações entre os poderes

¹⁶⁴ “Aunque habitualmente se aluda a la Constitución como norma jurídica, en sentido estricto no es «una» norma, sino un conjunto de normas, una disposición normativa que incluye una multiplicidad de normas jurídicas. Todas las normas que la Constitución contiene gozan del mismo valor: ser normas constitucionales, ocupando, también todas, la misma posición en el ordenamiento, el máximo rango. En el texto de la Constitución no hay normas constitucionales subordinadas a otras normas constitucionales” (ARAGÓN REYES, M. «Tipología de las normas constitucionales», em *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Civitas, Madrid, 2003, p. 6.351).

¹⁶⁵ BOBBIO, N. *Teoría general del Derecho*, trad. esp. de Eduardo Roza Acuña, Debate, Madrid, 1993, p. 173.

constituídos dos Estados, paralelismo este destinado fundamentalmente a organizar e harmonizar não a hierarquia mas sim o modo, a forma, o tempo e os limites das respectivas atuações estatais no processo de satisfação das necessidades públicas.

Assim ocorrera na relação havida entre a lei, ato preponderantemente emanado pelos Parlamentos, e os regulamentos, atos inferiores em regra praticados pelo Poder Executivo, sem prejuízos do respeito às outras relações de subordinação *interna corporis* formadas na estrutura organizacional dos poderes dos Estados.

Nessa perspectiva de afirmação da supremacia da Constituição como um ato normativo fundamentalmente criador da ordem jurídica sobre os demais atos normativos destinados ao seu desdobramento — mais bem ao estilo da construção piramidal kelsiana de um ordenamento jurídico estruturado hierarquicamente e convergente na Constituição do Estado — erigiu-se a concepção do que se tem hoje por *sistema constitucional normativo*¹⁶⁶.

Na Espanha essa concepção só pôde ser visualizada e vivida com o advento da revolucionária e inovadora Constituição de 1978 já que todos os textos constitucionais anteriores não passaram de ser considerados como meras normas programáticas de cunho político-filosófico sem qualquer vocação de ato superior vinculante em relação aos demais atos jurídico-normativos emanados pelo Estado.

O constituinte de 78, fortemente influenciado pelo tradicional modelo sistemático-normativo defendido outrora por John Locke (*freedom, property and civil law*¹⁶⁷), atribuiu à vigente Lei Maior espanhola a natureza de *supreme law of the land*

¹⁶⁶ Em que pese o processo de constitucionalização europeu ter sido iniciado com a Constituição Francesa de 1791 foi somente após o término da 2ª grande guerra mundial em 1945 que as Constituições passaram a ser tratadas como *norma normarum* dos sistemas jurídicos dos Estados. Assim ocorreu na Áustria em 1945, na Itália em 1948, na Alemanha em 1949 e inclusive na própria França em 1958 quando só então a Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos de 1789 adquiriram força normativa e vinculante conforme nos relata CAPPELLETTI, M. «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y a legitimidad de la «justicia constitucional»», trad. de Pablo Luis Durán, em *REDC*, a. 6, nº 17, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986 (Mayo-Agosto), p. 13 e ss.

¹⁶⁷ John LOCKE em sua famosa obra *The second treatise of civil government. An essay concerning the true original, extent and end of civil government* de 1690, defendendo a substituição da soberania monárquica pela soberania popular expressa no Corpo Legislativo e político da sociedade civil, estabeleceu a tese de que a governança estatal deveria compaginar-se sob a base de um tripé ideológico: a preservação da liberdade natural dos homens própria do *iusnaturalismo* («*freedom*»), a necessária proteção e ordenação da propriedade privada («*property*») e a regência do corpo social através de leis que representassem não mais um Estado onde cada homem fosse juiz de sua própria causa (Estado da Natureza), mas sim um Estado onde a autoridade e o império da lei regulassem a vida social (Estado da *civil law*), extirpando-se as resoluções absolutistas arbitrárias. Segundo ele, “*la libertad de los hombres*

relegando à lei e a todos os demais atos estatais 02 (duas) “alternativas”: a de fiel e indiscutivelmente cumpri-la ou, no mínimo, “acomodarem-se” aos seus princípios e preceitos, sob pena de restarem condenados à invalidez e à ineficácia¹⁶⁸.

Várias foram as evidências estatuídas pelo constituinte no intuito de declarar expressamente o seu intento de atribuir à CE/78 a condição de norma jurídica suprema e matricial de regência da então recém instaurada ordem jurídica.

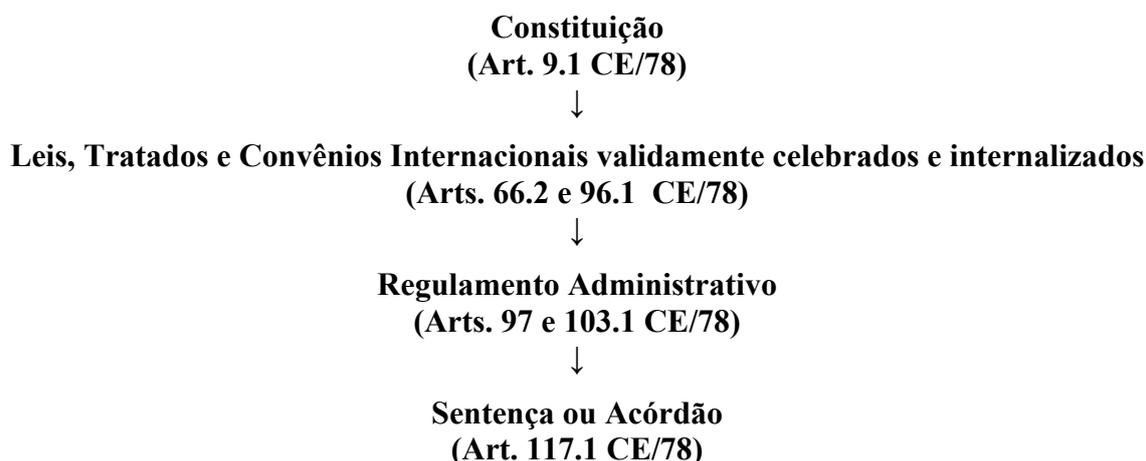
Analisando a atual Carta Magna temos que o sistema de fontes hierarquicamente instaurado encontra forma e corpo mediante a articulação havida basicamente entre os seguintes atos normativos verticalmente assim dispostos¹⁶⁹:

en un régimen de gobierno es la de poseer una norma pública para vivir de acuerdo con ella; una norma común establecida por el poder legislativo que ha sido erigido dentro de una sociedad; una libertad para seguir los dictados de mi propia voluntad en todas esas cosas que no han sido prescritas por dicha norma; un no estar sujetos a la inconstante, incierta, desconocida y arbitraria voluntad de otro hombre, del mismo modo que la libertad natural consiste en no tener más trabas que las impuestas por la ley de naturaleza”. (...) Habiéndosele encomendado al gobierno, esté en manos de quien esté...la misión y el propósito de hacer que los hombres puedan conservar y asegurar su propiedad, el príncipe, o el senado, si bien tienen el poder de hacer leyes para regular la propiedad entre los súbditos, nunca pueden tener el poder de tomar para sí mismos, ni total ni parcialmente, la propiedad de los súbditos sin el consentimiento de éstos; pues esto equivaldría a dejarlos sin propiedad en absoluto” (Cf. LOCKE, J. Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil, tradução, prólogo e notas de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 1990, pp. 52/53 e 147).

¹⁶⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA em seu artigo «El valor normativo de la Constitución española de 1978», em *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, p. 81, destaca que esse dever de “acomodação” deriva da terminologia empregada no artigo 5.3 da Lei Orgânica do Poder Judicial de 1985 que encontra-se assim redatado, *ipsis literis*: “Procederá [qualquer órgão judicial] el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la **acomodación** de la norma al ordenamiento constitucional”. Grifei.

¹⁶⁹ A grosso modo tentamos aqui esboçar um retrato gradativo, em linha vertical, de cima para baixo, das 04 (quatro) esferas de atuação normativa do poder público espanhol representando, respectivamente, a «Constituição» e suas reformas a fase de criação originária e derivada da ordem jurídica e das balizas do Direito do Estado; a «lei» e os «tratados e convênios internacionais» a fase de conformação e complementação da ordenança jurídica; o «regulamento administrativo» a fase subsidiária de complementação e, sobretudo, de aplicação/execução mais concreta dos mandamentos impostos pela Constituição e pelas leis e normativas internacionais e, por fim, a «sentença ou acórdão» representando a fase de verificação e controle de adequação de todos os atos de cunho normativo à ordem jurídica posta, aplicando-lhes aos litígios concretos *sub judice*.

Além destas fontes normativas previstas expressamente no bojo da CE/78, podemos encontrar no artigo inaugural do CC/1889 outras fontes subsidiárias igualmente válidas e aplicáveis ao atual sistema jurídico posto como os usos e costumes, os princípios gerais de direito e, até mesmo — a nosso juízo porque o artigo 1.1 do CC/1889 não classifica expressamente a jurisprudência como uma fonte normativa do ordenamento—, a jurisprudência dos tribunais como fruto do exercício prático de sua função nomofilática.



A força da Constituição como ato normativo superior, a submissão dos demais atos infraconstitucionais à Lei Maior do Estado e um prelúdio do sistema normativo ora vigente encontram-se dispostos na redação do artigo 9º do texto constitucional que assim prelaçona, *in verbis*:

“Art. 9º CE/78.

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

O apartado 1º é bem claro no sentido de afirmar categoricamente que a Constituição é a Lei Maior do Estado espanhol de cumprimento e observância obrigatória por todos, inclusive pelos 03 (três) poderes.

É o dispositivo constitucional encarregado de elevar a Constituição ao posto de norma suprema de efeitos vinculantes imediatos e diretos sem a necessidade de complementação e desdobramento por outro ato normativo inferior como a lei ou mesmo um regulamento. Em resumo: é o preceito que considera a Constituição como uma norma auto-executável invocável contra tudo e contra todos¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Posição bem clara neste sentido da auto-executoriedade de direitos e liberdades fundamentais — especialmente quanto aos preceitos contidos nos artigos 14 a 38 da CE/78 — em face do valor normativo da Constituição podemos encontrar na STC 80/1982, de 20 de dezembro, em cujo FJ 1º destaca que o texto constitucional de 78, desde a sua publicação e entrada em vigor, está cargado em

O apartado 2º é o dispositivo que encomenda aos poderes, órgãos, autoridades e agentes públicos constituídos a tarefa de fazer cumprir e levar a cabo os mandamentos presentes no texto constitucional através das respectivas ações públicas destinadas a concretar e dar efetividade aos anseios nele descritos.

O apartado 3º estabelece os princípios basilares em que se devem desenvolver incondicionalmente as atividades públicas tratando de congregar os limites *mínimos* que devem nortear a realização de qualquer ato público.

Ao exigir respeito aos princípios da legalidade, hierarquia e publicidade normativa, irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas de direitos individuais, segurança jurídica, responsabilidade e interdição de arbitrariedade está a CE/78 a exigir a grosso modo tanto do legislador, do administrador ou do magistrado, personagens co-autores do roteiro por ela dirigido, que as suas condutas e os seus atos no cenário da vida em sociedade devem respectivamente estar compostos basicamente pelos seguintes elementos:

- a) fidelidade no cumprimento estrito das autorizações e respeito aos limites impostos pela Constituição, pelas leis ou mesmo por outros atos normativos hierarquicamente superiores;
- b) validade e eficácia dos atos condicionada ao conhecimento público prévio através da publicação nos veículos de comunicação (mídia impressa e eletrônica, jornais, televisão, botetins, etc) oficiais;
- c) respeito aos atos jurídicos já consolidados na esfera patrimonial dos jurisdicionados sem a intenção de sancionar, lesar ou gravar com ônus e cargas fatos ou circunstâncias passadas e resolvidas;
- d) coerência, previsibilidade e firmeza na prática de atos com vistas a preservar a estabilidade necessária à consolidação da ordem jurídica posta;
- e) fiel cumprimento das respectivas atribuições constitucionais e legais sem causar danos aos jurisdicionados, sob pena de responsabilidade civil e/ou criminal;
- f) exercício do poder com vistas a satisfação dos interesses públicos primários sem a prática de abusos, desvios, discriminações ou arbitrariedades de nenhum tipo.

inúmeros dispositivos de uma «*vinculatoriedad inmediata*» ou de um «*valor normativo inmediato*» que dispensam uma *interpositio legislatoris* (intervenção legislativa) para que lhe outorguem vigência e eficácia. No mesmo sentido a STC 22/1984, de 17 de fevereiro (FJ 3º) que diz literalmente que “(...) *la Constitución no es sólo la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico entero, sino que es también una norma de ejecución y efectos inmediatos*”.

4.2. O papel da lei no vigente sistema constitucional normativo: a lei como ato normativo coadjuvante

Vistas estas premissas não é difícil compreendermos que a lei antes do advento da Constituição de 1978 era a fonte primária de criação do Direito espanhol sendo a sua principal protagonista. Todavia, após, foi destituída de seu papel principal passando a atuar apenas como coadjuvante no sistema normativo implantado, o que não significa precipitadamente concluirmos que perdeu a sua importância, força e valor.

Não, absolutamente! A lei foi “vítima” do processo organizacional do Estado que felizmente centralizou numa única norma matriz universalmente válida a ordem jurídica mínima a ser observada e respeitada. A Constituição de 78 relegou-lhes (às leis) o papel diuturno de desdobrá-la conformando-a, complementando-a, efetivando-a e concretando-a evitando que se apresente como uma condenável e reles “folha de papel” (*ein Stück Papier*) como outrora pôs em xeque Ferdinand LASSALLE em sua clássica obra *O que é uma Constituição?*^{171 172}.

¹⁷¹ Manejamos a obra em sua versão castelhana intitulada *¿Qué es una Constitución?*, estudo preliminar de Eliseo Aja, Ariel, Barcelona, 1989. LASSALLE entendia que se a Constituição não refletisse os fatos reais (fatores reais do poder) não poderia ser considerada como uma Constituição realmente jurídica, mas sim um pedaço ou folha de papel. Para ele, a normatividade estava submissa à realidade fática, força motriz e ordenadora da sociedade dominante. A essência da Constituição era a de simplesmente servir de instrumento à conformação desses interesses. Para ele a força normativa da Constituição não vinha de cima para baixo, mas sim de baixo para cima. O sentido de “folha de papel” que empregamos aqui quer simplesmente destacar que a Constituição por si só não é capaz de reger a ordem jurídica do Estado em que pese ser a sua fonte criadora por excelência.

¹⁷² Contrapondo-se à tese de LASSALLE, Konrad HESSE defendeu em sua obra *Die Normative Kraft Der Verfassung* publicada em Tübingen pela editora J.C..B. Mohr em 1959, traduzida ao português pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes (*A força normativa da Constituição*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991), às fls. 15/16 que: “(...) A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (...) Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo das forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”.

4.3. A lei e sua diversidade tipológica

4.3.1. A depreciação da concepção clássica de norma jurídica: a lei em forma e conteúdo

A clássica concepção de *norma jurídica*, reavivada e amoldada com tanto afincamento e rigidez pelo positivismo jurídico^{173 174} fundado na relação *Direito = norma jurídica* pura positivada, há muito^{175 176} não mais pode aplicar-se no Estado dirigista e extremamente regulador de nosso tempo¹⁷⁷.

Os atos legislativos emanados pelo Poder Legislativo não mais possuem o sentido e o espírito de normatizar criando normas materialmente jurídicas providas de

¹⁷³ Um apanhado histórico conciso de todas as principais manifestações positivistas (escola da exegese, escola histórica, jurisprudência de conceitos e a teoria pura do Direito de Kelsen) pode ser encontrado no articulado de José Enrique BUSTOS PUECHE com o título «Consideraciones sobre la llamada metodología jurídica», em *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 277-298.

¹⁷⁴ O Positivismo Jurídico representou a máxima euforia e crença no poder normativo do Estado levando à falsa conclusão de que o Direito era uma ciência pura de núcleo intangível que não admitia a interferência e, sobretudo, a influência de circunstâncias sociais e de outras ciências. Essa “pureza” antes sustentada na diferenciação entre o “mundo do ser” (v.g. realidade social, política e econômica) e o mundo do “dever-ser” (Direito) hoje nos revela que empirismo e positivismo são dois elementos indissociáveis.

¹⁷⁵ Para nós, a polémica gerada na Alemanha pela aprovação governamental, sem intervenção do legislador prussiano, de gastos orçamentários de guerra talvez seja o acontecimento jurídico que melhor representa a debilidade aplicativa do conceito clássico de norma jurídica antes mesmo da difusão e posterior descrédito da doutrina do positivismo jurídico. A propósito vide item 4.3.2.1.

¹⁷⁶ Concisas são as palavras de Federico DE CASTRO Y BRAVO (*Derecho Civil de España*, introdução de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1984, pp. 45/46) a respeito de todo o processo evolutivo normativo observado antes e depois do positivismo: “Los juristas romanos veían el Derecho como un conjunto de reglas fundadas en la *auctoritas*; el Derecho medieval como una ordenación del mundo, como jerarquía reglamentada de estados; el absolutismo, como una manifestación de la voluntad del príncipe; la corriente del liberalismo individualista, por el contrario, considerará al Derecho como un gran haz de derechos subjetivos. El positivismo estatista, además, en su doble lucha contra el Derecho natural y la escuela histórica se basará en la norma; se aísla para ello la regla jurídica de todo elemento “extra-positivo” y se le separa de la voluntad individual, creando una abstracta *voluntas legislatoris*; el modo de nacer la ley en los países de régimen parlamentario todavía hará acentuar la abstracción, hasta hablarse de una *voluntas legis*. La corriente política del Estado de Derecho y el deseo de seguridad del capitalismo, llevará a suprimir toda posible referencia psicológica, y el normativismo kelseniano tratará de extirpar toda conexión con la realidad, reduciéndola a una mera relación lógica”. Destaques do autor.

¹⁷⁷ Isto não significa que não somos conscientes de que hoje, em razão dos efeitos gerados pela excessiva proliferação de normas jurídicas e pela evidente inflação legislativa (v.g. a insegurança jurídica e a implantação da cultura de câmbios legislativos contínuos) e da denegrida imagem da lei nos tempos atuais, é comum tomar-se o Direito como sinônimo de legislação (*Direito = legislação*). Não comungamos de tal afirmação por mais realista que possa parecer. Preferimos, no ponto, seguir o que outrora deixou consignado Pedro Francisco GAGO GUERRERO («El exceso legislativo como atentado a las libertades. En torno a la libertad y la ley, de Bruno Leoni», em *Revista de la Facultad de Derecho*, curso 1994-1995, nº 85, Universidad Complutense, Madrid, 1996, p. 106): “*El Estado debe tener el monopolio de la ley, pero no el del Derecho. Si tuviera este monopolio, tal como pretendía Rousseau, al decir que todos los derechos están determinados por la ley, se reduciría la sociedad a una comunidad jurídica. (...) Un sistema así diseñado de legislación no permite añadir una sabiduría aprovechable para el Derecho. No sólo porque nos encontramos ante un sistema elitista en el que los legisladores crean leyes para que se beneficien unos pocos, sino porque la sociedad no se enriquece con la cultura creada por las relaciones jurídicas. Curiosamente se hace historia de la negación del Derecho como Derecho*”.

comandos e sanções destinadas a conformar a realidade social projetando *pro futuro* os anseios e os rumos a serem seguidos pela comunidade.

A lei é hoje, antes de mais nada, um poderoso, eficaz e arrebatador instrumento de imposição de vontades políticas inescrupulosamente concertadas, lesivas e, não raro, alheias aos interesses públicos. É um produto do «*falseamiento democrático*»¹⁷⁸ fruto da condenável «*chapuza*» (trapaça) legislativa¹⁷⁹ imperante num Estado conduzido democraticamente sob as bases de um «*Direito dúctil*»¹⁸⁰.

O vigente cenário legislativo, no dizer de Francisco J. LAPORTA, não mais se amolda aos ideais construtivistas desenvolvidos e enraizados ao longo do século XX na figura de uma *teoría da legislação* que vê a lei como produto de uma decisão voluntária de criar o Direito, mas sim está emergido numa *realidade* (da legislação) onde a lei nada mais aparenta ser do que um produto incessante, epilético e descontrolado do voluntarismo das assembleias parlamentárias, realidade esta que acaba por impingir-lhe (à lei) duas «almas», uma volitiva e outra racional, um «*ímpetu*» e um «*diseño*»¹⁸¹.

Noutra perspectiva quer o autor acertadamente ressaltar que muitas vezes este *ímpetu* ou *diseño* traduz-se numa atividade irracionalmente levada à cabo por um legislador reacionário («*reactivo*») a uma democracia mediática cujo resultado final não passa de um *output* normativo aprisionado pelas garras daquilo que nomeia como «*tiranía de lo simbólico*», ou seja, pelo sentimento — quiçá um padecimento, acrescentamos — automático e incrustado que o legislador atual tem de que o problema social que se lhe apresenta (geralmente por meio da imprensa) só pode ser solucionado através de um ato público simbólico dotado de força jurídica como uma nova lei.

A lei admitida pela CE/78 não é única e exclusivamente a lei como uma norma jurídica formal e procedimentalmente perfeita cargada de um conteúdo material ordenador, normatizador, regulador.

¹⁷⁸ *Ibidem*, GAGO GUERRERO, p. 104.

¹⁷⁹ OLIVA SANTOS, A. «El Estado de Derecho, en crisis», em *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 6-7, 1º e 2º quadrimestre, Granada, 1985, p. 11.

¹⁸⁰ ZAGREBELSKY, G. *El Derecho dúctil*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2003.

¹⁸¹ LAPORTA, F.J. «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general», em *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, directores: A. Menéndez Menéndez e A. Pau Pedrón, seminário organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003 (ponencias, Manuel Atienza Rodríguez...[et al.]; comunicaciones, Bonificacio de la Cuadra...[et al.], prólogo de Rodolfo Martín Villa, 1ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 29-88.

Conforme nos diz Francesc de CARRERAS^{182 183}, em termos tautológicos, *a lei é aquilo que a Constituição diz que é*. É todo o ato emanado pelo Poder Legislativo com forma, título e força de lei.

Vale dizer, o legislador constituinte privilegiou a forma e não o conteúdo do ato legislativo, forma esta não necessariamente vinculada ao caráter geral e abstrato de seu alcance no corpo social.

A estrutura e o critério formalístico constitucionalmente empregado à lei permite então que tanto leis do tipo geral quanto leis do tipo singular, independentemente de que seus respectivos contextos estejam dotados de conteúdos materiais, convivam harmonicamente num mesmo sistema normativo e, sobretudo, legislativo, o que não significa dizer, esclareça-se de uma vez por todas, que hodiernamente estas (leis individuais) sejam a regra e aquelas (leis gerais) a exceção. Não, definitivamente não!

Pelo contrário. O ordenamento jurídico espanhol prima pela justeza e equidade ínsitas nas leis gerais clássicas. Só não as adota como um modelo de *standard legislation* (legislação padrão) para não incorrer no equívoco de limitar do campo de atuação do legislador infraconstitucional o uso racional de legislações setoriais e, em caráter excepcional, de leis individuais como um eficiente instrumento de conformação dos insaciáveis reclamos públicos, afinal, hoje, “*la singularidad de las normas no son una patología del sistema sino un de sus signos de identidad*” conforme bem precisado por Manuel SALGUERO¹⁸⁴.

¹⁸² CARRERAS, F. «La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española», em *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 15, Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 312. O autor destaca, com apoio em Ignacio de Otto, que a distinção dualista entre lei material e lei formal proposta por Laband no século XIX não está presente no vigente sistema constitucional espanhol do Estado Social porque, ademais de não existir no corpo constitucional matérias reservadas ao Poder Executivo, o orçamento é uma lei aprovada pelas Cortes Gerais segundo o artigo 134 da CE/78.

¹⁸³ Pedro CRUZ VILLALÓN («Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley», em *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, a. 11, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, p. 151) não está totalmente acorde com a afirmação de Francesc de CARRERAS. Para ele, “(...) por más que hayamos vivido conceptualmente bajo el *imperio*, en el sentido más literal, del concepto formal de ley, ley no ha sido nunca «cualquier cosa» aprobada por el parlamento por el procedimiento legislativo” — destaques no original. Entende o autor que a imagem constitucional da lei está adstrita fundamentalmente a um caráter abstrato imposto de forma expressa em alguns casos e sobretudo implicitamente pelo constituinte de 1978.

¹⁸⁴ SALGUERO, M. «Producción normativa de la jurisprudencia y límites del decisionismo en la aplicación analógica», em *Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 6, Granada, 2003, p. 162.

Em breve síntese: a CE/78 respeitou e permitiu que o legislador ordinário pudesse se manifestar livre e legalmente das mais diversas formas no estrito âmbito de sua discricionariedade e liberdade de atuação porque afinal “(...) es [a CE/78] un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. (...) las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo” (STC 11/1983, de 08 de abril, FJ 7º).

Nesse diapasão, mister se faz afirmarmos que a CE/78 é fiel às inovações jurídico-políticas advindas da pós guerra européia finda em 1945, especialmente no que tange ao acolhimento da concepção moderna de lei emergida com a evolução ao Estado Social de Direito.

Fugindo ao tradicionalismo da concepção clássica liberal da lei como um ato jurídico-político geral, abstrato e *erga omnes* tomou-a num outro sentido muito mais aberto ao admitir como normas jurídicas também as leis singulares, leis-medida e uma multiplicidade de tipos de normas com categoria e força de lei derivadas do bem articulado e racional (ao menos politicamente) binômio *formalidade-finalidade* legislativas.

4.3.2. A simbiose legislativa: da generalidade ao particularismo: do racionalismo ao decisionismo

O modelo de juridização da vida política e social implantada pela Revolução Francesa de 1789 (surgimento do Estado de Direito) por força da aplicação prática da teoria de separação de poderes e funções e do princípio da legalidade há muito não mais imperam — na forma em que foram originariamente concebidos por MONTESQUIEU — no cotidiano jurídico-político dos Estados contemporâneos.

A depreciação da concepção inicial da lei (norma geral, abstrata e de efeitos *erga omnes*)^{185 186} é notória, assim como a instalação de verdadeiros microssistemas

¹⁸⁵ A lei deixou de ser tão somente *voluntas* e passou a ser *ratio*. A concepção de igualdade perante a lei também sofreu transformações consideráveis com o câmbio sutil da idéia de que a lei igual para todos não consistia — e atualmente ainda não consiste — em procurar promover uma disciplina idêntica para a totalidade das situações fáticas abstratas nela contidas, mas sim instituir uma norma comum a quaisquer situações que objetivamente não requeiram ou não consintam uma regra diferenciada.

jurídicos fundados em leis especiais e extracodificadas destinadas não mais a integrar o ordenamento estrutural dos sistemas jurídicos, mas sim propiciar uma compreensão política imediatista e conjuntural de realidades setorizadas mediante a conexão dos vários ordenamentos jurídicos hodiernamente existentes e estratificados, fundamentalmente, na ordem econômica, ordem social, ordem financeira, ordem laboral, etc.

“Hoje há a predominância de leis especiais e microsetoriais marcadas por uma dogmática débil, em substituição da racionalidade pela eficiência”, conforme nos adverte Luís S. CABRAL DE MONCADA¹⁸⁷. Estamos da era de um Direito extremamente atomizado, por desfragmentado, preocupantemente justificado por uma racionalidade instrumental voltada mais à escrituração (forma) do que à própria normatização jurídica (conteúdo).

A exigência de generalidade, liberdade, irretroatividade, interdição de arbitrariedade, publicidade e segurança jurídica que para o britânico John LOCKE (1632-1704) deveriam caracterizar a lei parlamentar (e, portanto, representativa) do Governo Civil, aliada à racionalidade, abstração e infalibilidade (que se confundia com o próprio soberano) traduzidas na *volunté générale* (vontade geral) de contornos republicanos proclamadas na tese do Contrato Social defendidas pelo suíço genebrino Jean-Jacques ROUSSEAU (1712-1778), tornam hodiernamente as teorias que sustentam a irresponsabilidade do Estado pelo fato das leis — construídas na passagem do Estado Natural ao Estado Civil — verdadeiros mitos, pois não encontram lastro nos *standards* atuais pelos quais se guiam os vigentes ordenamentos jurídicos.

¹⁸⁶ A necessidade de conformação, pelo legislador infraconstitucional, dos interesses da coletividade aos programas e fins sociais previstos nas constituições dirigentes e programáticas redundou, inevitavelmente, no dilaceramento da concepção clássica da lei (geral, abstrata e de efeitos *erga omnes*) que cedeu passo à formação de microssistemas e um cabedal de leis setoriais e específicas destinadas a regulamentar os detalhismos principiológicos-normativos trazidos no texto magno. Tornou-se, pois, imperioso que o legislador transitasse do campo da abstração para o da concreção transmutando o foco de sua atividade legisferante até então baseada quase que exclusivamente na legalidade para o da equidade. Esse câmbio de atitude percebeu-se fortemente na aplicação prática do princípio da igualdade cujo aspecto *formal* (igualdade *perante* a lei) imperante até princípios do século XX foi a partir do pós guerra substituído por sua concepção *material* (igualdade de todos *segundo* a lei). É o que nos revela TARDÍO PATO, J.A. «El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales», em *RAP*, nº 162, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003 (Septiembre-Diciembre), pp. 189-225.

¹⁸⁷ CABRAL DE MONCADA, L.S. *Ensaio sobre a lei*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 167.

Por certo que os elementos generalidade e abstração das leis defendidos a princípio com bastante vigor na Ilustração¹⁸⁸ e no Iluminismo pelos jus-filósofos revolucionários oitocentistas¹⁸⁹ ainda se apresentam como um dos principais mecanismos de defesa contra a tirania, arbitrariedade e opressão dos detentores do poder^{190 191}.

Entretanto, não mais parecem ser a regra na sociedade contemporânea. Exigir que o legislador atual produza apenas leis gerais e abstratas como ícones da liberdade e da paz social, ademais de utópico, seria sacramentar a inoperância do Poder Legislativo frente às exigências sociais e dirigistas prescritas nos textos constitucionais contemporâneos.

SAURA também trata de destacar que “*Está claro...que el Estado Social de Derecho ha producido un cambio profundo en la actividad legislativa. Las diversas formas de incidencia legislativa sobre la economía y el mercado de trabajo y la presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad*

¹⁸⁸ “(...) los elogios que se dedican a la ley a finales del siglo XVIII resultaban explicables a la luz de las cualidades que se predicaban de la misma: la ley única, pública y sencilla, precisa y clara, abstracta y general, garante de la libertad y, sobre todo, expresión de la voluntad esclarecida del príncipe o de la soberana del pueblo constituye el instrumento de la razón ilustrada para alcanzar la justicia y la felicidad de las sociedades; las leyes ya no son el reflejo de las costumbres, creaciones inconscientes de una historia de ignorancia oscurantista, sino, al contrario, programas de racionalización social (...)” — PIETRO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 15.

¹⁸⁹ Cumpre salientar que as leis oitocentistas e decimonônicas típicas do legicentrismo formal pós-revolucionário (1789) revelavam outras importantes características que fundamentavam em uma ou outra medida o sistema jurídico e sócio-político da época, tais como a sua origem democrática, a sua supremacia frente as demais normas, a onipotência do legislador, uma finalidade libertária e igualitária, caráter essencialmente público, generalidade, abstração, clareza, simplicidade, justeza, razoável estabilidade, efeitos quase sempre prospectivos, etc. É o que *mutatis mutandi* nos recordam MARTÍNEZ ROLDÁN, L; FERNÁNDEZ SUÁREZ, J.A. e SUÁREZ LLANOS, L. *La ley desmedida (Estudios de legislación, seguridad y jurisdicción)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 40/42.

¹⁹⁰ Principalmente pelos defensores da generalidade associada à idéia de justiça e validade universal e temporal das normas e regras jurídicas.

¹⁹¹ Gaspar ARIÑO ORTIZ («Leyes singulares, leyes de caso único», em *RAP*, nº 118, Madrid, 1989 (Enero-Abril), pp. 65/66) vê na generalidade da lei um instrumento necessário à promoção da liberdade e não da opressão ao defender que “(...) la ley falseada, manipulada, prostituida, puede ser camino de servidumbre y tiranía. (...) La ley no es soberana, ni su poder es ilimitado, ni su contenido puede ser cualquiera, ni son admisibles leyes singulares que afecten o restrinjan de una manera particular los derechos fundamentales. (...) Para que no se produzca una quiebra del Estado de Derecho, lo que supondría una perversión de la ley, es preciso que las reglas de conducta en ella contenidas reúnan ciertas características o requisitos. Deben ser:

- generales y sustantivas, no referidas a personas u objetos concretamente identificados;
- conocidas y ciertas, de modo que sea posible a los ciudadanos predecir las decisiones de los Tribunales;
- que respeten el principio de igualdad, de no discriminación: igualdad ante la ley y en la ley, sin trato discriminatorio;
- que no prive a los destinatarios de la tutela judicial efectiva;
- que, como consecuencia, no tengan carácter retroactivo pleno;
- que respete la separación de poderes (y funciones) constitucionalmente establecida”.

civil remiten a una nueva configuración del instrumento legislativo, de manera que la ley contemporánea incorpora cada vez más medidas tendentes a regular las relaciones socio-económicas de sus destinatarios, con lo que asume poco a poco un decidido ‘carácter contractual’. (...) De modo que cuando se expande la gama de desigualdades sociales inaceptables, se acrecienta la necesidad de tratamientos individualizados, ya que la justicia sustantiva sólo se puede alcanzar tratando diferentes situaciones de forma diferente”¹⁹².

4.3.2.1. O modelo alemão das leis-medida

Nessa neo-perspectiva fruto da pós-guerra finda em 1918 (1ª guerra mundial) começam a emergir no campo prático leis dotadas de uma estrutura formal singular como um fenômeno tendente a adaptar a atuação do ascendente Estado Social às necessidades e interesses específicos na realização prática de intervenções prestacionais ínsitas em sua novíça “cláusula social”, intervenções estas impossíveis de serem levada à cabo por leis do tipo geral.

Contraopondo-se ao clássico princípio da generalidade da lei exsurgia com toda a força no campo regulatório o princípio da particularidade legislativa impulsionado pela edição de verdadeiras medidas legislativas.

Antes, porém, no plano teórico-argumentativo não pragmático, já haviam se pronunciado alguns renomados autores com vistas a analisar aquilo que convenciou-se chamar *crise da lei ou da legislação*¹⁹³.

¹⁹² SAURA, Á.G. *La legislación en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 65/66.

¹⁹³ A expressão “*crise da lei*” ou “*crise da legislação*” utilizada para caracterizar a desordem jurídica e as incoerências regulatórias estatais não é um bordão emergido do Estado de Direito. Antes, já na Ilustração, eram empregadas em tal sentido conforme se pode extrair dos relatos de SAURA (*Ibidem*, 2003, p. 15): “*Con la Ilustración la cuestión de la calidad de las leyes adquiere relevancia y operatividad práctica, fundándose en el repúdio al Derecho. Tras los últimos años del siglo XVII y primeros del XVIII, se percibía en los países europeos la necesidad de una reforma radical de las fuentes normativas, cuya organización seguía aún, sustancialmente, el modelo medieval. Este modelo estaba formado por estratificaciones de material jurídico heterogéneo (costumbres locales, leyes feudales, canónicas y reflejaban el particularismo institucional de una sociedad basada en el carácter autónomo de los ordenamientos jurídicos y la diferenciación estramental. Las recopilaciones legislativas realizadas en los siglos XVI y XVII no habían logrado modificar sustancialmente la situación que, en el umbral del siglo XVIII, seguía caracterizándose por un desorden extremo, causa de incertidumbre en el Derecho y de una situación de injusticia entre sus destinatarios. En general, se puede afirmar que el Derecho anterior a la codificación estaba compuesto por disposiciones caóticas, desordenadas, asistemáticas, incompletas, muchas veces contradictorias, y en cierta medida inaplicables; dictadas bajo la presión de necesidades específicas, con un elevado grado de imprecisión y cuyo origen era generalmente consuetudinario, con lo que resultaba tremendamente difícil su identificación*”.

O pontapé inicial deu-se a partir da segunda metade do século XIX quando juristas alemães, imersos na análise da Constituição Prussiana de 1850 (baseada na Constituição belga de 1831), outorgada pelo regime monárquico-constitucional então imperante, passaram a avaliar sob o prisma dos ideais de justiça e equidade as notadas transformações no conteúdo das leis, das matérias competenciais (reserva de leis) e, sobretudo, a prevalente força impositora do Poder Executivo fulcrado no absolutista *monarchische prinzip*¹⁹⁴ (princípio monárquico) em relação aos princípios e ideais de uma soberania parlamentar (Estado Legislativo Parlamentário) difundida no restante da Europa a partir da revolução de 1789, mas que não alcançava naquele momento a Alemanha.

Reflexionavam os teóricos sobre o fenômeno que convenciou-se denominar *carácter dualístico da lei* onde, contrastando os mandamentos e comandos de reservas de leis autorizados pela Constituição de 1850 e a estrutura e conteúdo das leis emanadas pelo Governo e Parlamento prussianos, identificou-se que alguns (não poucos) comandos legislativos estavam desprovidos de qualquer conteúdo material inovativo e ordenante constituindo-se em verdadeiras *medidas materialmente administrativas* expedidas no mundo jurídico com força e título de lei em sentido estritamente formal.

Em que pese o memorável desvelo e a notada contribuição dogmática de alguns destacados autores^{195 196}, reconhece unanimemente a doutrina de que fora Paul

¹⁹⁴ “Como «princípio-garantia institucional» e simultaneamente como linha rectora de caracterização constitucional dos Estados alemães, o princípio monárquico encontrou a sua expressão no art. 57º da Acta Final de Viena, de 15 de Maio de 1820:

«Dado que na Confederação Germânica, com exceção das cidades livres, existem príncipes soberanos, a totalidade do poder estatal deve, em conformidade com o princípio fundamental aqui expresso, ficar incindido no Chefe de Estado, podendo o soberano ser limitado por uma constituição estamental somente na medida em que para o exercício de determinados direitos necessite da cooperação dos estamentos».

Esta fórmula significou politicamente uma reação oficial contra as ânsias de soberania popular nascentes, que, nas duas décadas anteriores, se haviam revelado especialmente no sul da Alemanha. A fórmula deveu-se a METTERNICH e refletiu o compromisso entre as correntes radicais de soberania popular e as correntes absolutistas e legitimistas, ambas presentes na Conferência Ministerial de Viena” (AFONSO VAZ, M. *Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, tese doutoral, Porto, 1993, p. 115).

¹⁹⁵ Conforme destacado por Concepción Martínez-Carrasco PIGNATELLI (*Naturaleza jurídica de las leyes «ad hoc»*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 38/39) alguns outros autores também debruçaram-se anteriormente a estudar a proposta teórica lançada por Laband envolvendo a diferenciação entre lei em sentido material e lei em sentido formal, dentre eles Robert Von Mohl (1829), Paul Achatius Pfizer (1836), Friedrich Schmitthenner (1843), Joseph Gerstner (1862). Posteriormente, destacam-se em sua visão Alfred Christian Von Stockmar em seu *Studien zum preussischen Staatsrecht* publicado em *Aegidis Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte*, I, 1867, Haenel (*Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*. Leipzig, 1880 e também Georg Jellinek em sua obra intitulada *Gesetz und Verordnung* publicada em Friburgo de Bresgovia em 1887. Alguns detalhismos a respeito do controverso pioneirismo e paternalismo atribuído a tal concepção dualística germânica podem ser consultados na obra de Santamaría Pastor (1988, p. 518 e ss.) e também nos comentários que Álvaro

LABAND¹⁹⁷ através de sua obra *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des norddeutschen Bundes* publicada em Berlim em 1871¹⁹⁸ o autor que fixou bases sólidas para a aceitação da teoria dualista da lei em razão da sistematização de seu estudo dogmático.

LABAND, apoiado na ainda imatura e movediça concepção da lei como matéria e como forma, centrando-se exclusivamente na análise das controvérsias políticas e jurídicas geradas pelo longo conflito (1861-1866) constitucional-orçamentário havido entre a Coroa e o Parlamento prussianos acerca da aprovação e aporte de recursos para o exército e as forças armadas — e que tinha como foco de discussão a interpretação contida nos artigos 45, 62 e 99 da Constituição Prussiana de 31 de janeiro de 1850¹⁹⁹ —, construiu a tese de que a Lei Orçamentária do Estado constituía-se em sua natureza como uma lei apenas em sentido formal desprovida de qualquer mandamento de cunho jurídico.

Dita tese obteve grande repercussão dentro e fora do império alemão pois revelava, dentre outras coisas, a prevalência na Alemanha, ao contrário do ocorrido no resto da Europa, da vontade soberana do monarca sobre a vontade democrática expressada na soberania parlamentária posto que a lei não passava de um *mandado* da Coroa aos súditos. A predominância do princípio monárquico naquele momento representava, ademais, um conflito organicista na estrutura do *Reich* Alemão em face do manifesto choque existente entre duas conviventes soberanias (em certa medida,

Rodríguez Bereijo aporta a obra traduzida (ao espanhol) de Laband (*op. cit.*, 1979, p. LI, estudo preliminar).

¹⁹⁶ Christian STARCK (*El concepto de ley en la Constitución alemana*, prólogo e tradução de Luis Legaz Lacambra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 110/111) a propósito da tratativa do tema das leis-medidas destaca com detalhe que “La *escisión del concepto* de ley formal y de ley material es de fecha relativamente reciente; es un fruto de reflexiones *dogmáticas* sobre el Derecho del Estado constitucional en Alemania. Su formulación definitiva mantuvo el doble concepto de ley en la obra de Paul Laband (1838-1918), Georg Meyer (1841-1900), Georg Jellinek (1815-1911), Otto Mayer (1846-1924) y Gerhard Anschütz (1867-1948). En cambio, fue criticado sobre la base del Derecho constitucional del Estado constitucionalista, ante todo, por Albert Haenel (1833-1918), su adquisición metódica por Otto von Gierke (1841-1921) y posteriormente sobre la base de la democracia weimariana, por Hermann Heller (1891-1933)”. Destaques no original.

¹⁹⁷ Um estudo interessante e detalhado acerca da vida pessoal e jurídica de Paul LABAND pode ser encontrado no artigo de Francisco SOSA WAGNER intitulado «La formación jurídico-privada de los grandes iuspublicistas alemanes», em *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Civitas, Madrid, 2003, pp. 6.663/6.671.

¹⁹⁸ Manejamos a versão espanhola intitulada *Derecho presupuestario*, estudo preliminar por Álvares Rodríguez Bereijo, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

¹⁹⁹ Dita Constituição serviu de base tempos depois para a elaboração da Constituição Imperial Alemã de 1871.

harmônicas), a soberania *do* Estado representada pela Coroa e a soberania *no* Estado representada pelo Parlamento.

Segundo bem nos relembra Federico DE CASTRO Y BRAVO, o valor prático das afirmações de LABAND estava no fato de que “*si se separaba del concepto de leyes en sentido material a todas las que no creaban de modo inmediato derechos y obligaciones para los ciudadanos y se delimitaba el Poder legislativo, haciéndolo competente sólo para la legislación en sentido material, se obtenía la consecuencia importantísima de que no correspondía al Poder legislativo (Parlamento), sino que era atribución exclusiva del Poder ejecutivo (el monarca) el dictar las disposiciones relativas a la organización del Estado y, en especial, lo que era objeto del debate político, la confección del Presupuesto del Estado*”²⁰⁰.

Noutros termos: revelava que o constitucionalismo alemão era naquele momento organizacionalmente estatutário e ao mesmo tempo apenas formalmente democrático porque as decisões concentravam-se na Coroa e não no Parlamento. Uma profunda e insustentável contraposição em termos dogmáticos conforme qualificado por STARCK²⁰¹.

Recém coroado, o Rei Guilherme I apresentou na data de 10 de fevereiro de 1860 projeto de lei junto ao *Landtag* objetivando promover uma grandiosa reforma militar que exigiria do Estado uma importante aportação econômica também para financiar os gastos de guerra.

O projeto recebeu logo a negativa do *Landtag* sendo rejeitado. Inseridos os gastos pretendidos na previsão orçamentária do ano seguinte (1861) também restou infrutífera a manobra do monarca pois rejeitada a aprovação da lei orçamentária nesta pontual despesa.

²⁰⁰ DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 1984, p. 356. O renomado civilista espanhol rechaçava a aplicação do caráter dualista da lei ao Direito Espanhol por entender que “*la distinción de las leyes en formales y materiales, que por fuerza de la inercia se ha recogido en tantas obras jurídicas, no tiene justificación en ninguna de sus formulaciones; incurren en iguales errores que los sufridos por Rousseau y Kant, de quienes son las ideas matrices. El único criterio de distinción que, dentro de las normas estatales, admite nuestro Derecho es el de el fin de las normas, alcanzando sólo el valor técnico de la ley la que afecte a la organización general del Estado*” (*Ibidem*, p. 356).

²⁰¹ STARCK, *op. cit.*, 1979, p. 135.

Em setembro de 1862 o Rei e também Imperador Guilherme I nomeia como Chefe de Estado a Otto Von Bismarck que, dentre outras muitas articulações políticas direcionadas a por fim à discórdia havida entre Coroa e Parlamento, concentra suas argumentações em favor da aprovação dos gastos militares e de guerra queridos pelo Governo na lacuna constitucional advinda da interpretação dos artigos 99 e 62 da Constituição Prussiana de 1850 (teoria das lacunas).

Enquanto que o artigo 99²⁰² exigia que todas as receitas e despesas fizessem parte da lei orçamentária anual o artigo 62²⁰³ exigia que qualquer projeto de lei, para ser convertido efetivamente em lei, deveria ser fruto de um *consenso* entre a Coroa e as 02 (duas) casas parlamentárias, o *Landtag* (câmara parlamentária baixa/Congresso de Deputados) e a *Herrenhaus* (Câmara dos Senhores/Câmara Alta/Senado), casa legislativa esta que tinha segundo o mencionado artigo 62 a competência e o poder para vetar a aprovação da lei orçamentária anteriormente votada pelo *Landtag*.

Diante deste cenário Bismarck defendeu política e juridicamente a idéia de que a Constituição de 1850 não previa para os casos de *discórdia* entre o Executivo e o Parlamento (no caso direcionava a sua argumentação ao dissenso quanto ao orçamento do Estado) uma solução e que, diante da lacuna, deveria prevalecer o princípio norteador do então imperante sistema político da monarquia constitucional limitada: o princípio monárquico (*monarchische prinzip*).

Com este argumento chave o Poder Executivo passou desde 1862 a impor a sua vontade orçamentária de fins beligerantes através da edição de ordenanças (*Verordnung*) ínsitas em anuais e sucessivos decretos reais.

Em 1864 a Prússia entrou em guerra contra a Áustria sendo a sua vitória em 1866 o fato político que resolveu a crise que se alargava desde 1861 já que “*Ante la presión de la opinión pública el Landtag cedió y en septiembre de 1866 votó un bill de indemnidad acordando el descargo del Gobierno por los gastos efectuados desde 1862 sin Presupuesto regular y fijando en bloque los gastos del año en curso. Por su parte, el*

²⁰² “Todas as receitas e despesas do Estado deverão estar previamente estimadas para cada ano e deverão figurar no Orçamento Geral do Estado. Este último se estabelece anualmente mediante lei” (Livre tradução ao português da versão castelhana colhida da obra de Paul LABAND, *op. cit.*, p. 07).

²⁰³ “O Poder Legislativo se exerce conjuntamente pelo Rei e as duas Câmaras. Todas as leis requerem a conformidade do Rei e das duas Câmaras” (Livre tradução ao português da versão castelhana colhida da obra de Paul LABAND, *op. cit.*, p. 16).

Gobierno se comprometió a someter a la Cámara, en tiempo oportuno, el Presupuesto para 1867”²⁰⁴. Estava, portanto, acabado o conflito entre os dois poderes.

Paul LABAND, jurista partidário do positivismo jurídico que tinha como princípio de sua doutrina a idéia de que o Direito deveria ser interpretado sem a influência de outras ciências externas e que o ordenamento jurídico do Estado não era passível de lacunas, encampou a tese de que conflitos como o que tinha vivenciado entre 1861 e 1866 entre os poderes do Estado não tinham qualquer fundamento ante a falta de legitimidade do Parlamento em desaprovar o orçamento estatal e, por conseguinte, engessar os movimentos da máquina administrativa.

Partindo da já concebida idéia do caráter dualista da lei LABAND, adotando como premissa de sua argumentação a idéia de que o qualificativo de “lei” só era admitido a atos legislativos de cunho exclusivamente *material* capazes de intervir no sentido de regular e afetar os direitos individuais dos jurisdicionados, advogou que “lei” eram as regras de direito e as manifestações da vontade estatal com conteúdo de preceito jurídico para regular ou resolver relações jurídicas, ou seja, as leis eram tão somente as *normas jurídicas (Rechtsgesetze)*²⁰⁵.

Diante desta afirmação deixou consignado o douto que a lei orçamentária do Estado, objeto de discórdia durante 5 (cinco) longos anos, por não impor qualquer regra de ordenação jurídica na relação com os jurisdicionados mas sim diretrizes organizacionais acerca da captação e gastos de recursos necessários à execução das funções e serviços públicos por parte da Administração, deveria ser entendido como um *ato administrativo* revestido de forma e título de uma *lei administrativa (Verwaltungsgesetze)*²⁰⁶.

²⁰⁴ As assertivas são de Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO e foram colhidas da página XXXVII do estudo preliminar que faz sobre a versão espanhola da obra de Paul Laband *Derecho Presupuestario, op. cit.*

²⁰⁵ “No se puede dar el nombre de ley a una regla sino en el caso de que ésta tenga un contenido jurídico, de que afecte en algún modo a la esfera jurídica del individuo o de la comunidad política” (LABAND, 1979, p. 22).

²⁰⁶ “La fijación de la estimación previa de gastos e ingresos no es una ley en sentido material estricto, sino un acto administrativo, por más que esta estimación previa se acuerde entre la Corona y la representación popular y se promulgue en la *Gaceta* de las Leyes bajo la denominación de «ley». De otro lado, el establecimiento de una verdadera regla de Derecho no pierde la significación y la fuerza de ley por el hecho de que tenga lugar con ocasión del establecimiento del Presupuesto y *uno actu* con él” (*Ibidem*, p. 29, destaques no original).

Sendo a “lei” orçamentária um ato da Administração sob a forma de lei entendeu LABAND que o conflito havido entre a Coroa e o *Landtag* não teve qualquer lastro plausível porque o Parlamento não tinha nenhuma competência constitucional para *desaprovar* a peça orçamentária enviada pelo Executivo negando-lhe licitude jurídica a qualquer ato tendente a executá-la no plano prático da realidade social do Estado. Tratava-se de um não-direito seu (*Nichtrecht*).

O comando advindo do artigo 62 da Constituição Prussiana de 1850 exigindo a participação do *Landtag* no processo de apreciação da peça orçamentária do Estado proposta pelo Poder Executivo/Governo era, portanto, um mandamento constitucional que não atribuía ao Parlamento a competência de atuar e qualificar como “lei” no sentido técnico-material do termo a proposta orçamentária do Estado.

Sem mais delongas: a mensagem de LABAND era que a Coroa poderia praticar atos administrativos revestindo-lhes de título, força e forma de lei sem qualquer interferência ou controle por parte do Parlamento.

No plano político a tese de LABAND demonstrava a flagrante submissão da representação (democrática) parlamentária prussiana aos mandos e desmandos do Rei, máxima autoridade soberana no sistema monárquico-constitucional então imperante²⁰⁷. No plano jurídico estava formado o silogismo ao que se propôs demonstrar (coerentemente, diga-se) o autor na medida em que não havendo a questionada lacuna era o próprio ordenamento jurídico posto capaz de explicar o “acerto” e pulso firme em que o Governo levou a cabo o enfrentamento do Parlamento.

Todavia (no que aqui mais interessa), mister se faz reconhecer que LABAND, apesar de defender num tom um tanto quanto conservador a sua construção teórica acerca da natureza jurídica administrativa da lei orçamentária, em verdade defendia que as normas jurídicas/leis não necessariamente deveriam estar dotadas de atributos de

²⁰⁷ Segundo nos informa Dietrich JESCH (*Ley y Administración: estudio de la evolución del principio de legalidad*, 1ª ed., tradução de Manuel Herebero, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, p. 25) “*La teoría dualista de la ley en sentido material y formal fue desenvuelta para dominar con una fórmula racional la problemática competencial de la Monarquía constitucional*”. JESCH foi contrário a teoria dualista de LABAND por acreditar não haver forma desprovida de conteúdo. Para ele, seguindo a KELSEN, não havia que se falar em leis formales, mas sim de forma legal (p. 14). O conceito de lei puramente formal teve a específica significação de marcar a transgressão das fronteiras funcionais estatais por parte do Legislativo na medida em que a lei formal constituía um meio de ampliação da competência legislativa além do marco que materialmente lhe foi dado pela Constituição (p. 29).

generalidade e permanência para serem tratadas como tal como exigia o seu conceito clássico.

Pelo contrário, entendia que normas jurídicas também eram as leis ou normas aplicadas a determinadas categorias de pessoas ou setores rigorosamente delimitados tendentes a regular uma particular e concreta relação jurídica ainda que aplicada uma só vez a um único caso. Também o eram as leis limitadas temporalmente ou, ainda, as leis que do ponto de vista *material* equivaliam a uma medida administrativa.

A seu juízo, não mereciam o qualificativo de “lei” ou “norma jurídica” as disposições do poder estatal que não contivessem nenhuma norma jurídica nem declarassem regra alguma aplicável a uma determinada situação fática²⁰⁸, em que pese ser ele conhecedor de que à época a terminologia “lei” era empregada sem rigor técnico a qualquer ato ordenador emanado pelo Estado (ordens reais, editos, decretos dentre outros “equivalentes” de leis).

Tempos depois, após o término da 1ª guerra mundial e início da revolução de novembro de 1918²⁰⁹, e sobretudo após a proclamação da Constituição Republicana de Weimar de 1919²¹⁰, a discussão acerca do caráter dual da lei pôs-se novamente em voga com a necessidade de alavancar, através do pluralismo legislativo²¹¹, as aspirações do emergente Estado Social Alemão.

²⁰⁸ LABAND, *op. cit.*, 1979, p. 09.

²⁰⁹ “La revolución de noviembre de 1918 llevó, hacia el final de la Primera Guerra Mundial, al cambio desde la monarquía del Reich Alemán a una república pluralista, parlamentaria y democrática. La revolución comenzó con un alzamiento de marineros de la flota de guerra en Kiel que se negaban a maniobrar para sacar la flota al Mar del Norte para realizar una última batalla contra la escuadra inglesa, como pretendían hacer sus superiores. En pocos días abarcó toda Alemania y forzó la abdicación del Káiser Guillermo II el 9 de noviembre de 1918. Los objetivos de avanzada de los revolucionarios, guiados por ideales socialistas, fracasaron en enero de 1919 ante la oposición de los líderes del Partido Socialdemócrata Alemán (SPD). Éstos tenían un ‘caos revolucionario’ y posteriormente se esforzaron en reconciliar a los partidos burgueses y la élite afín al Káiser frente a las nuevas relaciones del poder. Adicionalmente acordaron una alianza con el Supremo Comando Militar alemán y permitieron la sofocación violenta del llamado Levantamiento Espartaquista (Spartakusaufstand). El desenlace formal de la revolución ocurrió el 11 de agosto de 1919 con la rúbrica de la nueva Constitución de la República de Weimar”. *Revolución de Noviembre*. (2008, 6) de abril. *Wikipedia, La enciclopedia libre*. Fecha de consulta: 09:01, abril 21, 2008 from http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Revoluci%C3%B3n_de_Noviembre&oldid=16412481.

²¹⁰ A Constituição de Weimar representou na Alemanha a transição do Estado monárquico e liberal do século XVIII à ascensão do Estado Social do século XX na medida em que consagrou direitos sociais mediante a reorganização estatal em função da sociedade e não mais do indivíduo. Iniciou a era republicana na Alemanha.

²¹¹ Ignacio DE OTTO (1988, p. 165) salienta que “(...) *la generalidad de la ley, un concepto olvidado en el siglo XIX, renace súbitamente en la dogmática jurídica más conservadora cuando las transformaciones sociales desencadenadas por la guerra convierten a los Parlamentos en el escenario de la lucha política democrática*”.

Coube pioneiramente a Carl SCHMITT, analisando e interpretando a redação empregada ao artigo 48.2²¹² da Constituição de Weimar versante sobre o Estado de Exceção, plantar o seguinte questionamento: como diferenciar uma lei em sentido próprio de uma medida legislativa²¹³? Exsurgia, portanto, juridicamente a noção de *lei propriamente dita* e de *medida legislativa*.

Segundo bem nos destaca José Antonio MONTILLA MARTOS²¹⁴ SCHMITT defendia que o Art. 48.2 da Constituição de Weimar expressava um exemplo de superação do Estado Legislativo pelo Estado Administrativo em face da normalidade de medidas administrativas emanadas com forma, alcance e força de lei (lei de objeto) circunstância esta que precisava ser desmascarada e obstada a sua corrente utilização.

Enquanto que em SCHMITT a noção de medida (em contraposição ao conceito de lei) estava associada às noções de exceção e ditadura, em FORSTHOFF a autêntica *lei-medida* — *Massnahmegesetze* na expressão alemã que alcinhou — significava a negação da noção clássica de lei como uma repercussão jurídica da transformação social e política do modelo de Estado plasmada na intervenção do Poder Legislativo em âmbitos de atuação próprios do Executivo, eis que orientada não à criação de uma ordem jurídica geral, justa e racional, mas sim a objetos concretos e determinados. Daí a necessidade de diferenciar-se não o conceito de lei propriamente dito da medida legislativa de cunho notadamente administrativo ínsito na contraposição havida entre generalidade e singularidade, mas sim na contradição existente entre *norma jurídica* e *ato legislativo*²¹⁵.

²¹² Em livre tradução ao português assim preceituava o mencionado dispositivo constitucional: “Se no Reino alemão se altera ou se põe em perigo gravemente a segurança e a ordem pública, o Presidente poderá adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública intervindo em caso necessário com a ajuda das forças armadas. Pode, a propósito, suspender temporalmente, total ou parcialmente, os direitos básicos estabelecidos nos artigos 114, 115, 118, 123, 124 e 153”.

²¹³ SCHMITT classificou de “medida” a relação entre o meio utilizado (a via legislativa) e o objetivo concreto almejado pelo Estado.

²¹⁴ MONTILLA MARTOS, J.A. *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994, p. 98 e seguintes.

²¹⁵ Ernst FORSTHOFF apresentava um certo conservadorismo e prudência na análise da então desafiante noção de *lei medida*. Afirmava que a Lei Fundamental de 1949 (Art. 19) não se posicionava claramente acerca da aceitabilidade das leis medidas por não definir com precisão a estrutura formal das leis limitadoras dos direitos fundamentais (se geral, se singular ou ambas). Destarte, entendia que esses tipos de leis não poderiam derivar da simples característica formal empregada ao conceito de lei do Estado de Direito, mas sim do próprio conceito de medida. Para ele a lei era *ratio* e a medida uma *actio* condicionada a uma razoabilidade e proporcionalidade práticas entre meios e fins. Apesar de defender que violavam o princípio da separação dos poderes por invadirem a esfera de competência do Poder Executivo, não as negava para aquelas situações de senso *unicum* como, por exemplo, a conservação do acervo cinematográfico do *Reich*. É o que se pode inferir de sua obra *Rechtsstaat im wandel* de 1964

Se SCHMITT descreveu o núcleo da questão, a diferenciação entre lei e medida legislativa, foi Ernst FORSTHOFF quem delimitou conceitualmente o conceito de *Massnahmegesetze* (lei-medida) a partir da diferenciação entre *norma e ato*, conforme nos relembra o citado autor espanhol.

FORSTHOFF, centrando-se tempos depois na interpretação do artigo 19.1 da LF/1949, estabeleceu como premissa da sua argumentação o seguinte prisma: a contraposição da lei-medida (ato administrativo formalmente legislativo) ao conceito de lei-jurídica ou norma.

Entendeu o jurista que enquanto a *lei-jurídica* apresentava as características de normar, racionalizar, limitar e ordenar de maneira abstrata e geral a *lei-medida* estava caracterizada pelo obrar e pela simples vontade de agir com o fito de dar uma rápida concretude e solução a uma finalidade determinada, numa típica e curiosa usurpação de função, pelo legislador, de poderes inerentes ao exercício da função executiva/administrativa do Estado.

Emergidas neste contexto as leis-medidas apresentavam como principais parâmetros diferenciadores com relação às leis clássicas binômios diametralmente opostos como os de *abstração-concreção*, *generalidade-individualidade e permanência-temporalidade (ou durabilidade-efemeridade)*.

As características das leis-medidas eram basicamente os qualificativos contrários à idéia revolucionária francesa, ou seja, de uma lei dotada de generalidade, abstração e de efeitos duradouros *erga omnes*. A racionalidade das leis clássicas cedia passo à eficiência das leis-medidas²¹⁶.

traduzida ao italiano sob o título *Stato di diritto in trasformazione*, tradução de Carlo Amirante, Giuffrè, Milano, 1973, p. 106 e seguintes.

²¹⁶ Conforme nos adverte SAURA (2003, p. 71) “(...) *Las leyes medidas son, en esencia, normas orientadas a una precisa finalidad. Las leyes ceden su reputada generalidad y abstracción a favor de la individualidad y concreción, y reducen su considerable duración al breve lapso de tiempo que la urgencia social impone. La multiplicidad normativa es, en consecuencia, lo que con más tino puede decirse de la época que con el Estado Social arranca: normas que se multiplican por doquier para hacer frente a las garantías jurídicas con que el Estado ha decidido amparar a los ciudadanos. De alguna manera el Estado Social acaba con buena parte del Estado de Derecho, ya que no es el ejecutivo, sino que el legislativo mismo, quien adopta medidas, leyes que acaban por convertirse en la regla y no en la excepción*”.

O caráter finalístico das medidas administrativas²¹⁷ aliado aos efeitos imperativos das leis passaram a compor o eixo central das leis-medidas, potentes e eficientes instrumentos para a consecução dos objetivos imediatistas estatais²¹⁸.

Com o advento da sucessora Lei Fundamental de Bonh de 23 de maio de 1949 e do período republicano na Alemanha a concepção do dualismo da lei com base na distinção entre lei justa (lei/norma jurídica) e lei de conveniência (lei-medida) perdeu protagonismo ante as características da nova fase constitucionalista inaugurada que relegou definitivamente ao Parlamento (e não à Coroa como assim o fizera a Constituição Prussiana de 1850) o protagonismo na feitura das leis do Estado.

O argumento de que a lei-medida era um ato legislativo de natureza essencialmente administrativa orientado a uma finalidade específica e até mesmo casuística em contraposição aos interesses gerais da sociedade passaram a ser demasiado simplistas quando cotejados à nova ordem jurídica. A tese enraizada por LABAND perdeu aplicabilidade prática, por inadequada e imprecisa.

Dentre alguns doutrinadores que se voltaram a atacar a construção dogmática encabeçada por LABAND destacou-se Christian STARCK que tangenciando o seu raciocínio do eixo da discussão das *Massnahmengesetze* (leis-medidas) — referimo-nos aos contrastes dos binômios *generalidade - individualidade*, *abstração - concretude* e *normação - solução* que caracterizaram estas espécies de leis — construiu, interpretando fundamentalmente os artigos 19 e 80, a tese de que o conceito de lei na Lei fundamental de 1949 estava atrelado necessariamente a uma proporcionalidade entre a sua forma de criação (procedimento legislativo) e o seu conteúdo.

STARCK entendeu que a lei é um preceito jurídico fundamental produzido por força de um procedimento democrático qualificado²¹⁹ estatuído na Lei Maior do Estado

²¹⁷ “A lei-medida pode apresentar duas facetas: ou incorpora um acto administrativo propriamente dito ou uma decisão política de conteúdo individual e concreto” (CABRAL DE MONCADA, 2002, p. 88).

²¹⁸ José Luis VILLAR PALASÍ (*Derecho Administrativo: introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, Madrid, 1968, pp. 348/349) chegou a preceituar que a estrutura lógica das leis-medidas é essencialmente instrumental na medida em que constituem-se nos meios de ação utilizados para alcançar um fim específico e uma finalidade concreta.

²¹⁹ STARCK, *op. cit.*, p. 239: “La ley como resultado de un procedimiento regulado constitucionalmente está en oposición con la ley como mandato del soberano. La acentuación desmedida de la voluntad en la segunda fórmula queda sustituida en la primera por la argumentación, la publicidad, la razón, el compromiso y la protección frente al imperio incontrastado de la mayoría”.

tendente a promover a igualdade e garantir a liberdade dos jurisdicionados através do uso da racionalidade e da busca pela justiça.

Acreditava o renomado jurista que o conceito e a justeza da lei não deveriam estar calcados numa *generalidade formal* de cunho mais que tudo quantitativo de acordo com a determinabilidade dos seus destinatários, mas sim numa *universalidade material* que buscasse promover, dentro do âmbito da regulação e do círculo de incidência dos efeitos concretos sobre a esfera jurídica protegida de seus destinatários, a liberdade e a igualdade²²⁰.

A lei não precisava ser geral e essencialmente jurídica para ser uma lei justa. Ao revés, poderia ser específica, individualizada²²¹ e mesmo assim justa se procurasse através da racionalidade e proporcionalidade promover a igualdade e garantir a liberdade dos seus destinatários em relação às ordenações gerais impostas à sociedade.

Em resumo: STARCK defendia que independentemente de sua estrutura formal singular ou geral e de sua natureza jurídica o ato legislativo emanado pelo Parlamento alemão recebia a alcunha de “lei” se destinada racional e proporcionalmente a tratar desigualmente os desiguais sem, contudo, incorrer em inconstitucionalidade. A regulação particularizada para STARCK não era um problema porque não representava só por si uma afronta à Carta Magna e ao Estado de Direito. A desigualdade normativa não necessariamente era injusta e irracional e, sobretudo, não era sinônimo de inconstitucionalidade.

²²⁰ *Ibidem*, STARCK, pp. 320/321 e 344: “La ley universal se caracteriza, pues, porque toma como medida, y actualiza, la libertad e igualdad de los ciudadanos. Ciertamente, el rango de una ley que responde a las ideas de libertad e igualdad es inferior al de estos principios jurídicos fundamentales. Pero les da la necesaria condensación normativa y su fuerza de acción, porque la ley representa la mediación entre la realidad (materia) y los principios jurídicos fundamentales y crea la precisión requerida para una norma obligatoria. (...) Pero la verdad es que toda ley va referida tanto a la realidad como a la justicia y la libertad. El Derecho es una medida de valor que —orientado hacia la justicia y la libertad— pondera, elabora, piensa cuidadosamente sobre determinados ámbitos jurídicamente significativos de la realidad concebida por el hombre. Toda ley tiene una fuerte impronta de la realidad y de la vida. Una ordenación sólo puede ser justa cuando se orienta hacia la realidad”. Itálico no original.

²²¹ STARCK defendia a possibilidade de individualização através de “leis não gerais”, mas excluía a lei medida do conceito de “lei do Estado de Direito” (*op. cit.*, pp. 346/348 e pp. 379 e 445): “(...) *la ley es un precepto jurídico abierto, importante y fundamental, producido en un procedimiento cualificado, que en cuanto tal tiene efectos jurídicos e influencia sobre la vida real, y además es aplicado, y de ese modo precisado más próximamente en un procedimiento continuado de fuentes de Derecho. Este resultado es válido tanto para las leyes generales como para las no generales.* (...) La ley no necesita ser general, si el estado de cosas sometido a regulación no es fácil de regular genéricamente, porque no encaja en un género, pero en su particularidad como suceso individual precisa regulación legal y no existe reserva constitucional a favor de otras funciones estatales; pero esta ley no general necesita ser, sin embargo, universal en sentido material, es decir, responder adecuadamente, y actualizarlos, a los principios fundamentales de libertad e igualdad”. Itálicos no original.

A posição mais ponderada de STARCK parece ser a que hoje todavia impera majoritariamente na concepção doutrinária alemã apesar da (infinita) discussão existente acerca do real alcance das expressões “lei geral” e “caso individual” constantes da redação do artigo 19.1 da LF/1949.

Como exemplo mais recente do rechaço à construção dualista de Paul LABAND e da doutrina de Carl SCHMITT podemos destacar a BÜLOW²²² que entende que a lei é toda regulação jurídica vinculante que não tenha caráter de norma interna da Administração.

Segundo ele, a natureza de *norma* não é critério decisivo para a lei parlamentar atual, eis que seu fator determinante é mais bem a forma de sua tramitação (procedimento legislativo) do que o seu conteúdo não estando, pois, o Parlamento obrigado a produzir tão somente normas jurídicas vinculantes.

Na Alemanha atual reconhece-se a importância das leis não gerais evitando-se com toda prudência retomar-se o polêmico dualismo da lei em sentido formal e material; dá-se protagonismo à formalidade do procedimento legislativo; prega-se que a lei seja racional, essencialmente justa e que busque promover proporcionalmente a igualdade e garantir a liberdade dos jurisdicionados, ainda que por meio de uma discriminação normativa singularizada.

4.3.2.2. As leis singulares de intervenção no contexto espanhol

Assim como ocorrera na Itália²²³ podemos afirmar que na Espanha as leis singulares de intervenção têm como *genesis* a teoria alemã das leis-medida (*Massnahmegesetze*).

A terminologia própria «*lei singular*» foi empregada por 1ª (primeira) vez pelo Tribunal Constitucional na STC 166/1986, de 19 de dezembro²²⁴. Antes, porém, na STC

²²² BÜLOW, E. «*La legislación (Capítulo XIV)*», em *Manual de Derecho Constitucional*, apresentação de Konrad Hesse; edição, prolegômeno e tradução de Antonio López Pina, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 728/729.

²²³ Na Itália o debate da constitucionalização de *medidas* com valor de lei deu origem ao fenômeno das *leggi provvedimento* estudada com maior detalhismo por Constantino MORTATI (*Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano, 1968).

²²⁴ “Lei singular de intervenção” e “lei singular de expropriação” também foram termos empregados pelo TC nesta referida STC 166/1986.

111/1983, de 2 de dezembro (Fundamento Jurídico 10º), quando de seu pronunciamento acerca dos requisitos de urgência e necessidade que embasaram a edição do Decreto-lei nº 2/1983, de 23 de fevereiro, que ordenou a expropriação de todo o capital acionário do grupo RUMASA S/A em favor do Estado tratou o TC de deixar consignado a sua linha de entendimento acerca da possibilidade de intervenção estatal sobre empresas através da emanção de uma *lei singularizada de intervenção* com estas palavras:

“La expresión «mediante ley» que utiliza el mencionado precepto [referência ao artigo 128.2 da CE/78]²²⁵, además de ser comprensiva de Leyes generales que disciplinan con carácter general la intervención, permite la ***Ley singularizada de intervención*** que mediando una situación de extraordinaria y urgente necesidad y, claro es, un interés general legitimador de la medida, está abierta al Decreto-ley, por cuanto la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de Ley en sentido formal”²²⁶. Grifei.

É bem verdade que a expressão alcunhada pela Alta Corte foi originária e conceitualmente empregada como sinônimo de uma lei-medida alemã²²⁷, concepção esta posteriormente abandonada pelo TC em seus arrazoados acerca da questão de fundo da problemática envolvendo o caso RUMASA: a expropriação *ope legis* e a garantia indenizatória que lhe era inerente²²⁸.

Construiu-se aqui casualmente uma distinta concepção não atrelada necessariamente à contradição generalidade-individualização e, por conseguinte, uma tendência a qualificar uma lei como singular única e exclusivamente com base em seu alcance quantitativo. É o que em seguida (item 7.1.2.) teremos a oportunidade de apreciar com maior detalhe.

²²⁵ Art. 128.2 CE/78: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

²²⁶ STC 111/1983, de 2 de dezembro, FJ 10º.

²²⁷ O Tribunal Constitucional, com base nas argumentações do Advogado do Estado, direcionou o seu julgamento adotando como parâmetro o conceito de lei-medida advindo da Alemanha na medida em que deixou registrado nos “Antecedentes”, letra “C”, da STC 111/1983 o seguinte: “Si hemos [Advogado do Estado] demostrado que era constitucional la expropiación legislativa por Decreto-ley con mayor razón lo será también la intervención. Pero, sobre todo, es que se impone la interpretación racional del «mediante Ley» del art. 128.2. La expresión indicada conviene a dos tipos de leyes sobre intervención. Primer tipo: las leyes generales que disciplinan con carácter general la intervención habilitando al Gobierno, o a una autoridad inferior, a decidir la intervención bajo ciertos supuestos. Junto a este supuesto, debe entenderse posible otro: el de la ***Ley-medida de intervención***”. Grifei e destaquei.

²²⁸ Na posterior STC 166/1986 o *pretório excelsius* também não centrou-se no labor de definir propriamente o que seria uma lei singular. Focou a sua análise tão somente na lei ajuizada (Lei 7/1983) classificando-a genericamente como uma lei singular de intervenção, e especificamente como uma lei de caso único de intervenção/expropriação por considerar que ademais de possuir uma estrutura singular também previu uma intervenção expropriatória legítima no âmbito jurídico subjetivo concreto do seu destinatário, o grupo Rumasa.

Isto não nos impede porém de trazermos desde já à colação, em sede de intróito, um aspecto crucial (ao menos em termos pedagógicos) a ser considerado nesta narrativa: a nossa preferência pelo emprego da expressão «*lei singular de intervenção*» na tratativa do fenômeno das leis singulares no contexto em que se inserem no ordenamento espanhol.

Neste específico²²⁹ ponto somos fiéis a doutrina de MONTILLA MARTOS exposta em sua obra de 1994 à qual incorporamos neste singelo trabalho. Referimo-nos ao detalhamento (a partir da concepção acerca de uma lei singular) do conceito de uma das suas incontáveis subspécies, vale dizer, do que se pode entender por aquilo que o doutrinador convencionou denominar *lei singular de intervenção*.

Sob as bases dos abalizados raciocínios jurídicos expostos pelo Tribunal Constitucional na sentença relativa ao famoso caso Rumasa (STC 166/1986, de 19 de dezembro) na sua primeira tratativa acerca da matéria acabou o TC por contribuir teoricamente no sentido de explicitar a lei singular de intervenção como uma subspécie (quicá a mais importante) do gênero lei singular ao contrário do que a primeira vista havia deixado transparecer ao interpretá-las como sinônimos atrelados ao conceito alemão de lei-medida e sua vinculação a determinado objeto²³⁰.

Tal partição do gênero *lei singular* em sua subspécie *lei singular de intervenção*, conta o autor, representa uma das mais avançadas evoluções na interrelação Estado-sociedade na medida em que agregou-se à lei, além de sua capacidade ordenadora, a sua utilidade prática como instrumento eficaz de intervenção.

²²⁹ Divergimos quanto à equivalência das expressões “lei singular de intervenção” e “lei singular expropriatória” que o autor emprega em boa parte de sua obra conforme oportunamente restará exposto — p. 247 e ss.

²³⁰ Esta é a sua posição (MONTILLA MARTOS, 1994, pp. 132/133): “*Si la ley medida ha sido definida en función de la noción de medida, de la relación predecible y lógicamente realizable, entre el medio utilizado y el objeto en el que se agota la actuación normativa, la ley singular es identificada, en primer término, por su estructura singular aunque, además, atiende a la relación medio-objeto para encuadrarse en el subtipo «de intervención». La diferencia entre ambas radica en su definición estructural o sustancial: mientras las leyes-medida remiten a la clásica distinción entre norma y medida que determina su naturaleza administrativa o legislativa, la ley singular de intervención atiende a la estructura formal, general o singular, de la formulación legislativa que no incide en su naturaleza legislativa, amén de la concurrente relación medio-objeto que le permite incluirse en el subtipo «de intervención». La distinción es posible porque la intervención legislativa puede manifestarse no sólo condicionando la esencia del acto sino también sobre un plano formal, a partir de la definición de ley desde otros criterios, como elemento extrínseco a su condición legislativa*”.

*“La ley singular de intervención es una consecuencia de la proyección intervencionista del Estado que el legislador coadyuva a satisfacer”*²³¹.

Assevera ainda o doutrinador que ao agregarmos ao conceito de lei singular proposto pelo TC o condicionante secundário «*de intervenção*» estamos objetivando reenviar — e reincorporar em seu neoconceito, completamos — à lei a sua função intervencionista nas distintas relações sociais. Isto é, estamos a destacar que em sede de leis de estrutura singular está presente mais do que nunca o caráter interventivo e imponente da força estatal objetivando a satisfação de um interesse geral e não particular.

“La ley singular de intervención, al margen de su estructura formal, es un medio para alcanzar un objeto, está caracterizada por la relación específica establecida con el objeto en aras de una determinada finalidad. Las medidas legislativas constituyen el instrumento-medio en aras de un objeto-finalidad, *la intervención está orientada ab initio a un fin determinado*. Su alcance efectivo proviene de la concordancia entre el instrumento legislativo de intervención y una finalidad a la que se adapta y subordina [condicionamiento teleológico]”²³².
Destaquei.

Por tais razões adotamos aqui, com este enfoque, dita terminologia «*lei singular de intervenção*» com o propósito de destacar que atrelado a uma lei de estrutura singular dedicada a limitar (podendo potencialmente acabar de fato restringindo) o exercício de um direito fundamental — como v.g. o de propriedade de certo ou determinados particulares — está presente a intenção²³³ deliberada do Estado em intervir ativamente em suas esferas jurídicas patrimoniais protegidas.

²³¹ MONTILLA MARTOS, *ibidem*, 1994, p. 134.

²³² *Ibidem*, MONTILLA MARTOS, p. 135. O particularismo, acrescentamos, deve estar presente tão somente na técnica levada a cabo pelo legislador intervencionista de limitar o alcance e os efeitos pontuais do ato legislativo regulatório não devendo a sua atividade desbordar para a consagração legislativa de um casuísmo marcado pela satisfação de um interesse particular do próprio parlamentar ou mesmo de terceiros implícitos na lei apresentada à votação. A conduta parlamentar deve sempre procurar satisfazer um anseio público apesar da singularidade estrutural da lei utilizada em tal desiderato. Os eventuais excessos devem ser combatidos e corrigidos.

²³³ Exemplo claro desta intencionalidade do legislador podemos encontrar, por exemplo, naquilo que PIGNATELLI (1995, p. 91) convencionou classificar como uma lei singular do tipo «*ad hoc*»: “(...) *Mientras que para las leyes norma la eficacia resultará de su justa (justicia en abstracto) adecuación a la realidad que procura regular, a las leyes «ad hoc» la eficacia les vendrá dada cuando mediante su aplicación se alcancen los resultados concretos perseguidos (finalidad). Hay por tanto una idea de finalidad que rompe con la abstracción de sus contenidos y también con la potencialidad de sus mandatos. Se trata, en definitiva, de la intencionalidad de su existencia, a la que ya nos hemos referido y que motiva el que hayamos preferido denominarlas «leyes para esto», leyes «ad hoc»*”.

4.4. A lei e o seu biotipo contemporâneo

A supremacia racional oitocentista encontra-se hoje irremediavelmente substituída pela hegemonia política dos Governos e Parlamentos. Esse é o atual cenário em que nos encontramos.

Diante desta nuance é razoável compreendermos que as leis contemporâneas cada vez menos expressam a soberania popular e a vontade geral da sociedade através da figura de um legislador virtuoso. O legislador contemporâneo contrariando de forma acintosa a tese voluntarista de Rousseau expressa hoje nas incontáveis leis que diariamente são promulgadas uma infinidade de outros interesses alheios aos interesses públicos.

Embora eficazes — talvez seja esse o maior argumento para a sua existência e alastramento nos vigentes ordenamentos legalistas — representam as leis especiais, as leis-medidas, as leis singulares de intervenção, as leis *ad hoc*, as leis de caso único, etc. um perigo constante para o Estado de Direito na medida em que afetam diretamente a reserva de competência da Administração Pública, impossibilitam em certa medida que o particular promova a sua defesa diretamente junto aos Tribunais Constitucionais e provocam o congelamento do conteúdo das matérias reguladas.

Ante esta notada *pulverização do direito legislativo*²³⁴ não causa mais estranheza o temor que se tem pelo uso indiscriminado e desorientado de uma atividade legisferante pautada por um contratualismo jurídico cada vez mais crescente na era do “mercado das leis”²³⁵ e da “legislação de pânico”²³⁶ aprovada diuturnamente nos

²³⁴ A expressão é de ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2003, p. 37.

²³⁵ “Con el *desmoronamiento del originario sistema liberal*, la emergencia de la legislación intervencionista y la consolidación del tipo de Estado social, se produce una complejización en el sistema jurídico. A las normas generales se le suman las leyes especiales reguladoras de determinadas relaciones sociales. Ese proceso adquiere su máxima expresión en la crisis de la ley general y abstracta. De tal manera que la actual fase histórica se caracteriza por la «pulverización» del Derecho legislativo, derivada de las dificultades de gobierno uniforme de una sociedad pluriconflictual y la profusa *multiplicación de la legislación sectorial y transitoria para atender a los problemas específicos y a las rápidas mutaciones en curso*. Se trata de la proliferación de las «leyes medida», en las que prevalece más la «medida» que el componente propiamente de norma regulativa. Esa legislación sectorial, y buena parte de las leyes medidas se vinculan a la tendencia hacia una cierta contractualización de la legislación estatal se corresponde con un cierto debilitamiento del Estado social y con la acusada fragmentación de la sociedad civil en grupos que tratan de influir sobre el contenido de la legislación pública. Se sitúan en el «mercado de la legislación» para obtener el particular tipo de tratamiento legislativo. Ello puede ser tanto reflejo de las exigencias loables de realización del principio de igualdad, como de la más problemática presión de los grupos de interés dominantes sobre la actividad legislativa. La[s] legislaciones [de] sectores cambiantes repercuten en la crisis de los principios de legalidad y abstracción” (Destaque no original).

Parlamentos, sede não mais das proposições e debates políticos e democráticos de questões afetas ao interesse social comum, mas sim lugar onde se publicam, legitimam e ratificam interesses lobistas e as decisões políticas advindas do Poder Executivo por intermédio de uma *legibus solutus*²³⁷.

A *ratio legis* de hoje é, sem dúvida, sinônimo de decisionismo e eleição de finalidades conforme nos adverte o civilista italiano Natalino IRTI²³⁸.

O atual ceticismo e temor quanto à deturpação finalística ínsita nas incontáveis e mais diversas leis contemporâneas não poderiam estar melhor expressados senão no sentimento outrora exposto pelo jurista português Luis S. CABRAL DE MONCADA:

“Preocupada com a eficiência das medidas que corporiza, inserida em estratégias políticas partidárias e cada vez mais elaboradas fora do quadro do contraditório parlamentar, à mercê, portanto, dos grupos de interesses e dos arrivistas, a lei é amiúde um texto que deixa a desejar do ponto de vista de sua qualidade normativa. (...) A lei obedece pois às exigências dos programas partidários que conseguiram vingar nas eleições e não a considerandos racionais. De instrumento racional a lei passa a instrumento estratégico e tecnológico. Legisla-se por legislar e não por imperativo racional ou ético. Como os partidos cada vez menos se distinguem por razões ideológicas profundas, é através da nova legislação que eles,

Este pensamento do professor José Luis MONEREO PÉREZ inserto no estudo preliminar intitulado «La organización jurídico-económica del capitalismo: el Derecho de la Economía», que antecede a obra do consagrado jurista francês George RIPERT traduzida ao castelhano sob o título *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, tradução do Professor José Quero Morales e estudo preliminar do Professor José Luis Monereo Pérez (La organización jurídico-económica del capitalismo: el Derecho de la Economía), Comares, Granada, 2001, p. XCIV, bem retrata (a nosso juízo, e no que aqui interessa) a mensagem desenvolvida por RIPERT sobre o declínio do direito e da conseqüente crise da legislação que anteriormente abordara com maestria e detalhismo em sua clássica obra *Le déclin du droit: études sur la législation contemporaine*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1949.

²³⁶ A expressão é de SAURA (2003, p. 80/82). Segundo se interpreta de suas assertivas a denominada “legislação do pânico” seria uma legislação fruto de projetos de leis enviados pelo Poder Executivo aprovada sem muitos critérios pelo Parlamento em sessões maratonianas e breves para satisfação de interesses específicos imediatos em regime de “esforço concentrado” constituído de um *iter* procedimental condensado compreendendo a análise, a inclusão em pauta e a respectiva votação quase que de forma simultâneas.

²³⁷ Um panorama geral acerca do fenômeno do “contratualismo legal” e sua influência no Direito espanhol pode ser consultado no artigo de MAESTRO BUELGA, G. «Negociación y participación en el proceso legislativo», em *Revista de Derecho Político*, nº 32, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1991, pp. 55-118.

²³⁸ IRTI, N. *La edad de la descodificación*, tradução e introdução de Luis Rojo Ajuria, apresentação de Agustín Luna Serrano, Bosch, Barcelona, 1992, p. 27: “En la lógica de normas que, en lugar de predisponer meros instrumentos, persiguen fines determinados, la intención del legislador se confunde con esta *elección de finalidades*: no —se advierte— con una «ratio» general, común al sistema entero o a grupos orgánicos de instituciones, sino con una única y específica finalidad. (...) La norma no se limita ya al esquema hipotético, que asocia determinadas consecuencias jurídicas al acaecimiento de un hecho, sino que indica las finalidades preelegidas, como si tuviese una intrínseca necesidad de describir a los destinatarios un orden económico y un proyecto de sociedad”. Destaques do autor.

*uma vez no poder, têm a ambição de se demarcarem dos seus rivais. (...) A lei agora é solução, não uma norma*²³⁹.

Não é outra a preocupação de PIGNATELLI²⁴⁰ que assevera que é inadmissível que se produzam situações de “superpoder parlamentar” transcritas em manobras mais políticas que jurídicas cuja grave frequência aumenta nos casos de governos com maiorias absolutas. Afirmo a autora espanhola que a prática cada vez mais corriqueira de resolver problemas de grande envergadura por meios de leis *ad hoc* (leis “para isto”), além de ser não raro inconstitucional, é, sem embargo, muito perigosa ao Estado de Direito embora sejam elas bastante eficazes.

E essa notada desconfiança aliada à crescente intervenção estatal visando tutelar supostamente interesses coletivos, intervenção feita principalmente através de leis, tem culminado na imposição cotidiana de reais sacrifícios especiais a grande parcela considerável de jurisdicionados.

A lei dos dias atuais apesar de sua primazia não é mais incontestavelmente soberana nem possui poderes ilimitados, muito menos é sinônimo de impunidade. É, pois, sem dúvida, ato jurídico efetivamente capaz de provocar danos a seus destinatários e de dar causa a obrigação estatal de indenizar.

É bem verdade que a vontade do legislador assim como da autoridade administrativa e judiciária sempre devem buscar a melhor solução e a menos onerosa para os direitos e liberdades que compõem a cidadania. Entretanto, nota-se que em muitos casos a atividade de feitura das leis pode não conter ofensas diretas e frontais às diretrizes e princípios pré-estabelecidos na Constituição provocando, contudo, danos à esfera jurídica dos particulares.

Podem também as leis comumente apresentarem-se — como já vimos — no mundo jurídico como verdadeiras leis apenas em seu sentido formal, ou seja, as leis podem obedecer a todo o trâmite constitucional exigido para a sua elaboração, mas seu conteúdo pode vir desprovido da materialidade que dele se espera no sentido de normatizar, de forma genérica, abstrata e impessoal, condutas sociais visando congrega os anseios comuns.

²³⁹ CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, pp. 06 e 89.

²⁴⁰ PIGNATELLI, *op. cit.*, 1995, p. 26.

Observa-se não mais haver uniformidade de conteúdo nas leis. Os conteúdos formais e materiais que antes elas apresentavam em seu bojo a cada dia tornam-se mais independentes, isto é, não há mais uma conexão entre o formalismo e o materialismo inovativo da lei, mas sim uma verdadeira dicotomia que ora a caracteriza como lei formal ora como lei material sendo hodiernamente infreqüente a conjugação desses conteúdos no bojo de uma mesma lei.

Podem, pois, formalmente rotularem-se os atos emanados pelo Parlamento aparentemente no mundo jurídico como verdadeiras leis, tratando-se, porém, em sua materialidade, de manifestos atos administrativos representados em *pseudo leis* “*em tese*” já que a sua estrutura tem forma de lei, mas o seu conteúdo é essencialmente administrativo porque não ostenta o atributo da generalidade conforme nos sugere José CRETELLA JÚNIOR²⁴¹.

Essas espécies de lei comuns nos ordenamentos jurídicos contemporâneos produzem para os seus restritos destinatários efeitos que incidem concretamente sobre sua esfera jurídica patrimonial provocando danos e prejuízos certos e injustos que não merecem ser gratuitamente suportados.

4.5. O pluralismo legislativo no contexto da CE/78

Exemplo claro dessa neo-concepção legal e da aparente sinonímia entre norma e lei no corpo da CE/78 é a própria intitulação empregada no Capítulo Segundo (Da elaboração *das leis*) do seu Título III (Das Cortes Gerais), seção onde o constituinte de 1978 chamou indiscriminadamente de “lei” a quase totalidade dos atos normativos emanados pelo Estado não se limitando a tratar de ato legislativo/lei tão somente o ato emanado pelos Parlamentos.

Em sentido pouco léxico equiparou o constituinte de 1978, no campo das palavras, as leis orgânicas e ordinárias exclusivamente emanadas pelas Cortes Gerais aos atos normativos emanados pelo Governo tais como os Decretos-legislativos e os Decretos-leis, todos com a alcunha de “lei”²⁴².

²⁴¹ CRETELLA JÚNIOR, J. «Responsabilidade do Estado por ato legislativo», em *RDP*, vol. 71, RT, São Paulo, 1984 (jul./set.), p. 64.

²⁴² “*El lenguaje constitucional, al referirse a la ley, es a veces equívoco. De los ciudadanos y de los poderes públicos se dice que están sometidos ‘a la ley y al resto del ordenamiento jurídico’ (art. 9.1) de los partidos y sindicatos, que deben actuar con respecto ‘a la Constitución y a la ley’ (art. 6); la*

Optou o constituinte quiçá pelo emprego de uma linguagem mais simples acessível a todos os cidadãos e também por deixar explícito de que toda lei é de fato uma norma jurídica. Nesse aspecto acertou.

Ao equiparar ato normativo à lei errou por difundir a falsa idéia de que toda norma jurídica constituiu-se numa lei, o que não é verdade porque a recíproca não é necessariamente verdadeira. Toda lei é uma norma jurídica, mas nem toda norma jurídica pode ser tomada como uma autêntica lei.

Nesse diapasão, feito o alerta, é possível apreciarmos ao longo do texto constitucional de 1978 uma infinidade de referências legislativas enquadradas no popular e atécnico conceito de lei ligado à vaga idéia de norma escrita ditada pelo Parlamento ou mesmo por uma autoridade pública constituída.

Leis orgânicas, leis delegadas, leis ordinárias, decretos-legislativos, decretos-leis, leis de base, leis de harmonização, Estatutos de Autonomia, lei orçamentária, leis-marco são alguns exemplos da diversidade tipológica colhida do texto da CE/78 que nos permite, sem atenção a critérios, enquadrá-las facilmente neste conceito folclórico de lei.

Diante de tal impropério faz-se necessário que caminhemos no sentido de procurarmos extrair da própria Constituição — norma suprema de onde derivam o conceito, as características, limites e conteúdos das leis do Estado — o verdadeiro sentido técnico daquilo que juridicamente possa ser qualificável como um ato legislativo.

Só assim, com base nesta premissa por demais importante ao deslinde do presente estudo, teremos condições de avançarmos no sentido de analisar sob que fundamentos é crível imputarmos ao Estado uma responsabilidade civil/patrimonial em razão de sua emissão no mundo jurídico.

*Administración actuará con sometimiento pleno 'a la ley y al Derecho' (art. 103), mientras que los jueces están sometidos 'únicamente al imperio de la ley' (artículo 117). Como estas aseveraciones figuran en contextos separados, puede pensarse que indican lo mismo con distintas palabras; pero, evidentemente, la imprecisión técnica del lenguaje empleado no parece precisamente encomiable. Con todo, se puede pensar, con interpretación 'razonable', que la dicotomía 'ley y derecho' viene a expresar lo mismo que la de 'constitución y resto del ordenamiento jurídico', sin que haya lugar a sustituirla por la de 'ley' y 'principios' fundamentales de Derecho". Esta é a impressão de Luis LEGAZ LACAMBRA à página 25 do prólogo e tradução que faz à obra citada de Christian STARCK intitulada (em castelhano) *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.*

4.6. Existe um conceito unitário de lei na Constituição?

Diante da diversidade tipológica da lei no contexto da CE/78 é possível congregarmos num único conceito técnico todas as espécies legislativas admitidas pela norma fundamental? Noutras palavras: é possível afirmarmos que há um conceito unitário de lei extraível da Constituição Espanhola de 1978? A nosso juízo, não resta dúvida que sim.

O constituinte de 78, atento às transformações conceituais da lei, empregou-a em seu sentido moderno não adotando como princípio que uma lei só pode receber esta alcunha se dotada dos clássicos elementos de generalidade, abstração e de efeitos *erga omnes* (para todos)²⁴³.

Por certo não os desprezou muito menos negou-lhes aplicação. Todavia, não admitiu-lhes como elementos únicos imprescindíveis para moldar uma forma e um modelo estrito de lei.

Essa abstenção — necessária ao Estado intervencionista prestacionista e provedor de nosso tempo — permitiu então que se mutiplicassem as espécies legislativas emanadas pelo Parlamento estabelecendo um leque bastante extenso de variantes entre a sua acepção mais puritana a lei genérica, abstrata, *erga omnes* e sem efeitos lesivos, e a sua forma mais obscena as leis singulares de caso único.

Apesar disso não houve um dilaceramento dessa unidade conceitual e teleológica da lei extraível da Constituição com a conseqüente difuminação e repartição de novos sub-conceitos. Pelo contrário, a diversidade encontrou nessa unidade conceitual o seu justificante e a sua fortaleza.

Em razão do sistema constitucional rígido ao qual todo o ordenamento jurídico está vinculado observa-se haver uma hierarquia imprópria de leis já que todas elas, em tese, possuem comandos normativos igualmente imperativos e cogentes. Todas elas

²⁴³ Importante salientar que a CE/78 a exemplo de todas as passadas Constituições não exige das leis os atributos de generalidade, universalidade e abstração para ser considerada como tal. Neste esteio, não há dúvidas que as leis singulares, as leis medidas e outras espécies de leis de conteúdo concreto e particularizado que destoam desse tripé clássico são verdadeiras leis inclusas no sistema geral de fontes normativas do ordenamento jurídico espanhol.

convergem para um único ponto que é a Constituição que, por sua vez, pelo simples fato de existir, atribui caráter unitário ao conjunto e à multiplicidade das normas hoje existentes, conferindo-lhes, portanto, certa homogeneidade e interação.

O dever de conformar toda a sistemática jurídica implantada pelo Estado à sua Lei Maior exige o escalonamento de todas essas normas inferiores. É uma consequência lógica dos sistemas jurídicos (dentre eles o espanhol) que adotam uma Constituição rígida resguardada por um controle jurisdicional das leis.

O que realmente as diferencia é o tipo de processo legislativo exigido constitucionalmente para a sua elaboração. Uns são mais específicos e rígidos que outros em razão das matérias previstas no texto constitucional.

Com essa hierarquização de diferentes espécies normativas a partir do texto constitucional o legislador constituinte originário pretendeu não só assegurar certa estabilidade, segurança jurídica e um mínimo de rigidez às normas que regulam determinadas matérias, eliminando, por conseguinte, eventual discricionariedade do legislador ordinário, mas também procurou moldar e limitar a atividade do legislador à supremacia da Constituição impondo-lhe o dever de agir com respeito e submissão a uma verdadeira ordem de vinculação verticalizada.

Daí conclui-se desde já que a produção legislativa não pode violar normas de competência ou de processo de formação das leis, ou ainda, não pode conflitar com os dispositivos da Constituição, sob pena de serem submetidas a uma controlabilidade jurisdicional, tanto na forma difusa (questões de inconstitucionalidade perante as instâncias de 1º e 2º grau) quanto na concentrada (recursos de inconstitucionalidade perante o TC), com a consequente responsabilização do Estado, em havendo a provocação de danos e prejuízos a terceiros particulares.

Por outro lado, a lei elaborada pelo Parlamento pode não afrontar os ditames da Constituição, entretanto, pode causar danos injustos, desiguais e/ou desproporcionados aos particulares obrigando o Estado a compensá-los e indenizá-los. É o que mais adiante tentaremos explicitar.

4.7. O sistema legislativo de elaboração das leis

O sistema legislativo espanhol adota há muito em nível nacional o *modelo legislativo* do tipo bicameral sendo composto por duas câmaras deliberativas, uma alta e outra baixa, isto é, pelo Senado (Câmara Alta) composto por *representantes das Comunidades Autônomas e das provincias* (Art. 69 CE/78) e pelo Congresso de Deputados (Câmara Baixa) composto por representantes do *povo espanhol* (Art. 68 CE/78).

Ambas compõem as Cortes Gerais (“Cortes Generales”), corpo legislativo que exerce²⁴⁴ com primazia o Poder Legislativo do Estado (Art. 66 da CE/78): “1. *Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado; 2. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución; 3. Las Cortes Generales son inviolables*”.

Em nível das Comunidades Autônomas, agora sob o modelo legislativo do tipo unicameral, temos as Assembléias Legislativas (Art. 152 CE/78), e nas províncias e nos municípios as Câmaras de Deputados e Vereadores (“Diputaciones”), verdadeiros “Parlamentos-Mirins”.

4.7.1. Processo legislativo: especial referência às leis orgânicas e ordinárias

No que diz respeito a feitura das leis temos que o seu *processo* de elaboração compreende como já vimos, dentre outros atos normativos, a edição de leis orgânicas, leis delegadas, leis ordinárias, decretos-legislativos, decretos-leis, leis de base, leis de harmonização, Estatutos de Autonomia, lei orçamentária, leis-marco, a elaboração de emendas à Constituição, etc.

A CE/78 não emprega nenhuma terminologia no sentido de denominar todo o emaranhado de condutas, atos e resultados das discussões legislativas envolvendo a

²⁴⁴ Cabe lembrar que todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição (Art. 1.2 c/c 66.1, ambos da CE/78). A titularidade do poder, principalmente do órgão democrático por excelência que é o Poder Legislativo é, indiscutivelmente, do povo. Os seus representantes que atuam perante as Cortes Gerais é que o exercem na condição de mandatários.

edição de uma norma em sentido lato como um verdadeiro *proceso* normativo ou mesmo legislativo.

No entanto, se preservarmos o jogo dialético empregado pelo constituinte no Capítulo II do seu Título III do atual texto constitucional intitulado “*Da elaboração das leis*” e, sobretudo, se o confrontarmos com a redação dos artigos 74.2 e 86.2 e 3, todos da CE/78, que tratam de empregar claramente a terminologia “procedimento” («procedimiento» em vernáculo original), é possível deduzirmos e presumirmos que em verdade todo o *iter* legislativo de edição e aprovação de uma lei pode ser considerado como um autêntico *proceso legislativo* composto de determinados *procedimientos*²⁴⁵ estabelecidos *interna corporis* pelos próprios regulamentos das Casas Legislativas²⁴⁶ que ao fim e a cabo culminam na edição de um ato final concludente, sistêmico e exteriorizado: o ato legislativo.

Diante de um sem fim terminológico atribuído aos diversos tipos de leis admissíveis pela CE/78 faz necessário concentrarmos o nosso estudo nas leis orgânicas e nas leis ordinárias, tipos de leis *exclusivamente emanadas* pelas Cortes Gerais do Estado²⁴⁷.

Antes, porém, é imprescindível sabermos que os seus respectivos *procesos legislativos* obedecem basicamente a 07 (sete) fases procedimentais essenciais a saber:

1) **Iniciativa**: os legitimados²⁴⁸ iniciam o processo de formação e criação da lei

²⁴⁵ *Procedimiento legislativo* é o modo pelo qual os atos do *proceso* legislativo se realizam. Diz respeito ao andamento das matérias nas Casas Legislativas. É o que na prática coloquialmente se chama “tramitação do projeto”. Jurisprudencialmente o «procedimento» legislativo ou de elaboração das leis pode ser entendido como “*el conjunto de actos o actividades que conducen a la creación de la ley, desde la iniciativa que pone en marcha el procedimiento hasta la publicación de la misma*” (STC 234/2000, de 03 de outubro, FJ 10º).

²⁴⁶ O Regimento Interno do Congresso de Deputados (RICD), no que se refere ao procedimento legislativo ou de elaboração das leis previsto no seu Título V, pode ser visualizado no seguinte endereço eletrônico:

<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Informacion/Normas/Reglamento/T5>.

No mesmo sentido *cf.* o Regimento Interno do Senado (RIS), Título IV, na seguinte página web: <http://www.senado.es/reglamen/index.html>.

²⁴⁷ Não apreciaremos aqui, advirta-se, figuras jurídicas em que as Cortes Gerais (Senado e Congresso de Deputados) apenas intervenham direta ou indiretamente como partícipes dos seus respetivos trâmites e processos de elaboração tais como sucedido com as *leis delegadas* — porque ao fim e a cabo o produto jurídico potencialmente lesivo caberá ao Governo mediante a promulgação de um Decreto-Legislativo (Art. 82 c/c Art. 85, ambos da CE/78) —, com os Decretos-leis emanados diretamente pelo Governo (Art. 86 CE/78) dentre outras que, apesar da proximidade com o nosso estudo não merecem, a nosso juízo, aqui ser analisados.

²⁴⁸ **Artículo 108 RICD**

“La iniciativa legislativa ante el Congreso de los Diputados corresponde:

1. Al Gobierno.

apresentando uma *proposición* (se a iniciativa for da própria Casa legislativa) ou mesmo um *proyecto* de lei (se a iniciativa for do Governo). Essa iniciativa pode ser ampla ou reservada, dependendo da matéria; **2) Aprobación pelo Conselho de Ministros**: os projetos de lei de iniciativa *governamental* devem ser previamente aprovados pelo Conselho de Ministros antes de serem remetidos ao Congresso de Deputados (Art. 88 CE/78²⁴⁹)²⁵⁰ e devem necessariamente vir acompanhados de uma exposição de motivos e dos antecedentes necessários para que o Congresso possa manifestar-se sobre eles (Art. 109 RICD); **3) Emendas, discussão e votação pelo Congresso de Deputados**: no Congresso de Deputados o projeto de lei é submetido a eventuais emendas antes de iniciar-se a sua discussão nas comissões permanentes e posteriormente em plenário onde sua aprovação pode ser votada por *quorum* de maioria simples, absoluta ou qualificada, dependendo do ato normativo objeto de deliberação (Art. 90.1 CE/78 e Arts. 110 e ss. RICD); **4) Emendas, discussão e votação pelo Senado**: o Senado deve, querendo, emendar, vetar ou aprovar o texto final da lei no prazo máximo de 02 (dois) meses ou de 20 (vinte) dias se o projeto for urgente (Art. 90 CE/78 e Arts. 120 a 123 RICD c/c Arts. 104 a 107 RIS); **5) Sanção real**: o Rei não tem o poder de concordar ou mesmo discordar com a forma e o mérito da proposição ou do projeto de lei que lhe é apresentado. Segundo a CE/78 em seu artigo 91 cabe ao Rei, no prazo de 15 (quinze) dias, apenas sancionar e ratificar as leis aprovadas pelas Cortes Gerais, ordenando a sua promulgação e imediata publicação; **6) Promulgação**: depois de sancionado, com o ato

2. Al Senado, de acuerdo con la Constitución y su propio Reglamento.

3. A las Asambleas de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con la Constitución y sus respectivos Estatutos y Reglamentos.

4. A los ciudadanos, de acuerdo con el artículo 87.3 de la Constitución y con la Ley Orgánica que lo desarrolle.

5. Al propio Congreso de los Diputados en los términos que establece el presente Reglamento”.

²⁴⁹ O artigo 88 da CE/78 encontra-se infraconstitucionalmente regulado pelo artigo 22 da Lei 50/1997, de 27 de novembro, que versa sobre a estrutura, organização e funcionamento do Governo do Estado. A redação deste artigo da Lei do Governo (LG) é mais ampla (Art. 22.1.4.5.) do que a empregada no artigo 88 do texto constitucional na medida em que admite que algumas iniciativas legislativas governamentais (projetos de leis) podem ser encaminhadas diretamente ao *Senado* e não, tão somente, ao Congresso de Deputados como dispõe a CE/78.

²⁵⁰ A iniciativa legislativa de raízes não parlamentárias como os projetos de leis apresentados pelo Governo são consideradas pelo TC como uma fase essencialmente *administrativa* — prévia ao envio à Casa Parlamentária correspondente — imune ao controle de constitucionalidade. No dizer do tribunal (STC 108/1997, FJ 3º, parte final) este procedimento administrativo prévio não se confunde com o procedimento legislativo de competência exclusiva das Cortes Gerais cujos eventuais vícios podem dar causa a uma inconstitucionalidade, conforme nos lembra Emilio JIMÉNEZ APARICIO («El procedimiento de elaboración de los anteproyectos de ley: la fase gubernamental», em *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003 (ponencias, Manuel Atienza Rodríguez...[et al.]; comunicaciones, Bonificacio de la Cuadra...[et al.], prólogo de Rodolfo Martín Villa, 1ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 285/286. Cf. especialmente as estatísticas apresentadas pelo autor comprovando a grande predominância da iniciativa legislativa governamental durante as passadas legislaturas (em torno aos 90%).

de promulgação, adquire a iniciativa legislativa o *status* jurídico de *lei* restando, portanto, atestada a sua existência indicando-se que a ordem jurídica foi inovada. Da promulgação da lei pelo Chefe Maior do Estado, o Rei, surge a ordem para a sua aplicação e cumprimento quase sempre imediato; **7) Publicação:** A lei é levada ao conhecimento de todos a fim de evitar a ignorância quanto a sua existência. A partir da sua publicação em veículo e/ou meio de comunicação oficial passa a ser imediatamente aplicável, salvo nos casos de expressa menção ao período de *vacatio legis*²⁵¹.

Segundo as assertivas contidas no artigo 81 da CE/78 são leis *orgânicas* as relativas à configuração («*desarrollo*» é o termo empregado no texto constitucional) dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, bem como aquelas leis destinadas a aprovar os Estatutos de Autonomia das Comunidades Autônomas e o regime eleitoral geral/nacional, sem prejuízos daquelas em que a própria Constituição preveja e atribua esse qualificativo.

Quanto à forma, são aquelas leis cuja aprovação, modificação ou derrogação depende, obrigatoriamente, da observância ao procedimento legislativo comum e de um quórum de *maioria absoluta* do Congresso de Deputados apurado numa votação final em plenário sobre o conjunto da iniciativa legislativa (Arts. 130 a 132 c/c Arts. 148 e 149, todos do RICD). Ademais, à diferença das leis ordinárias, não podem tramitar perante comissões legislativas constituídas (Art. 130.1.2 RICD).

Orgânicas são as leis que regulam de forma direta, abstrata, genérica e não totalizadora o conteúdo e a substância material de direitos fundamentais e liberdades públicas e demais matérias expressamente previstas na Constituição (*Cf.* STC 160/1987, FJ 2º).

Leis ordinárias, a seu turno, são todas as demais leis que podem ser aprovadas por *maioria simples* na respectiva Casa Legislativa. Diferenciam-se das leis orgânicas também porque a sua edição não está restringida ao rol taxativo de supostos

²⁵¹ **Art. 2º do CC/1889:** 1. Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa; 2. Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado; 3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”.

determinados pela Constituição. É o instrumento de praxe dos legisladores para regular ou mesmo complementar o exercício de direitos, interesses e liberdades, sobretudo os de cunho fundamental.

4.7.2. A lei como ato normativo do tipo complexo

A participação de vários atores no processo de formação e edição de uma lei induz-nos à precisa conclusão de que não é ela um ato normativo do tipo individual praticado singularmente por um determinado legislador.

É um ato fruto de uma convergência de entendimentos dialéticos e vontades daqueles que intervêm no processo participativo de sua elaboração²⁵² e não simplesmente, como coloquialmente costuma-se afirmar, um ato emanado pelo Parlamento. É muito mais que isso.

Nesse sentido faz-se necessário entendermos a sua verdadeira estrutura para que, antes que avancemos com maior propriedade na investigação da responsabilidade civil derivada das leis, possamos compreender o seu papel e encaixe no ordenamento jurídico.

A junção do aspecto subjetivo de emanação com o aspecto objetivo de formação do ato legislativo nos permitirá entender, conforme nos ensina María José FALCÓN Y TELLA, que *“en los sistemas dinámicos, como los jurídicos, las prescripciones están unidas no por su contenido, por deducción lógica, sino porque han sido emanadas en la forma adecuada y por el sujeto competente, es decir por quien está autorizado y por el procedimiento establecido por una norma superior y así hasta remontarnos a la norma básica o primera”*²⁵³.

²⁵² “(...) La formulación de una ley nunca se produce ex abrupto, sino que se depura en el filtro de la reflexión que impone su necesaria coordinación con las leyes precedentes; tanto en sentido positivo, si la ley amplía o interpreta en una determinada dirección las disposiciones ya existentes, como en sentido negativo, si modifica, deroga o suprime las disposiciones a las que se refiere. La voluntad originaria del legislador debe ser modelada de una cierta forma, debe encontrar su forma semántica en términos jurídicos y recibir su aprobación definitiva. En el caso del procedimiento legislativo de una asamblea parlamentaria, este iter puede ser vasto, accidentado, tortuoso, y llegar a su conclusión con una composición normativa, muy diferente de la prevista al inicio. (...) Entre el procedimiento legislativo y el interpretativo no hay un hiato constante, puesto que el legislador es el primer intérprete de sí mismo, pudiendo reservarse el poder de interpretar el sentido de una ley, e incluso el de su aplicación al caso concreto” (FROSINI, V. *La letra y el espíritu de la ley*, 1ª ed., prólogo de Carlos Alarcón Cabrera, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 60/61).

²⁵³ FALCÓN Y TELLA, M.J. «La ley y la naturaleza de la cosa: el «íter» jurídico», em *Revista de la Facultad de Derecho*, curso 1999-2000, 92 anuario, Universidad Complutense, Madrid, 1999, p. 109.

4.7.2.a) Estrutura morfológica

No plano *subjetivo* de emanação do ato legislativo podemos identificar os atores inseridos no seu processo de formação sob 02 (duas) vertentes: ou em razão da competência constitucionalmente atribuída ou por motivo de participação ou intervenção.

No aspecto competencial podemos identificar as Cortes Gerais, as Assembléias das Comunidades Autônomas bem como o próprio Governo como os titulares aos quais à CE/78 atribui em seu texto o poder para exercer a função legislativa do Estado. É o que se pode colher da leitura dos seguintes dispositivos constitucionais a seguir transcritos:

Artículo 66

1. Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado.
2. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.

Artículo 85

Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán en título de Decretos Legislativos.

Artículo 86

1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general.

Artículo 152

1. En los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio; (...).

No plano democrático-participativo podemos apontar como sujeitos intervinientes no processo de formação e emanação da lei os seguintes atores:

- a) Em caráter prévio, os cidadãos como *agentes consultivos ou meramente opinativos* das decisões políticas de especial transcendência quando convocados a referendo.

Artículo 92

1. Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.

b) Governo, Congresso de Deputados, Senado, Assembléias das Comunidades Autônomas e o povo através da iniciativa popular como agentes *propositores* de uma lei²⁵⁴.

Artículo 87

1. La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras.

2. Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa.

3. Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

c) Conselho de Ministros, Congresso de Deputados, Senado e as Assembléias das Comunidades Autônomas no âmbito de sua competência como agentes *aprovadores* de uma lei.

Artículo 88

Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos.

Artículo 90

1. Aprobado un proyecto de ley ordinaria u orgánica por el Congreso de los Diputados, su Presidente dará inmediata cuenta del mismo al Presidente del Senado, el cual lo someterá a la deliberación de éste.

2. El Senado, en plazo de dos meses, a partir de día de la recepción del texto, puede, mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta. El proyecto no podrá ser

²⁵⁴ Importante salientar que a CE/78 não admite, ao menos no seu plano formal, que o Poder Judiciário tenha legitimidade para propor às Cortes Gerais ou perante o próprio Governo uma proposição ou projeto de lei tendente a regular matéria de seu interesse como curiosamente ocorre, por exemplo, com a Constituição Brasileira de 1988 que assim prelação em seu artigo 96, inciso II: “Compete privativamente...ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juizes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias”.

sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple.

3. El plazo de dos meses de que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá al de veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de Diputados.

d) O Rei e os cidadãos (na hipótese de *referendum*) como agentes *ratificadores* de uma lei.

Artículo 91

El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación.

De outra banda, no aspecto *objetivo*, o ato legislativo é aquele ato que obedece, de acordo com a sua natureza, a determinado procedimento formal estabelecido pela Constituição cuja emissão depende também da estrita observância do(s) Regimento(s) Interno(s) da(s) Casa(s) Legislativa(s) em que tramitou.

Com efeito, é o ato que emerge na ordem jurídica por ter formalmente cumprido todas as etapas procedimentais burocráticas antes de sua emanção pública.

4.7.2.b) Excurso sobre o seu conceito constitucional

É possível extraírmos do corpo da CE/78 uma definição precisa do que seja um autêntico ato legislativo? Entendemos que não.

A Constituição de 1978 dedica-se a expressar em seu texto o termo «lei» e suas variantes (v.g. lei ordinária, lei orgânica, lei de bases, legislação, etc.)²⁵⁵ sem qualquer rigor jurídico cingindo-se a afirmar que é um ato de competência privativa da “Corte General” detentora do poder legislativo do Estado (Art. 66) submetida em todo caso a um procedimento formal (Art. 88 e ss.).

Há, portanto, uma clara opção constituinte por tomar a lei como um ato legislativo apenas em seu sentido formal em razão da sua procedência e do seu

²⁵⁵ O termo «lei» e suas variantes encontram-se expressos 201 (duzentas e uma) vezes ao longo do texto de 1978 e o termo «legislação» 17 (dezesete) vezes, sem prejuízos de inúmeras outras terminologias tais como «disposições», «normas», «medidas», «regulações», etc. que evidenciam a forte relação e interação entre o legislador constituinte e o legislador infraconstitucional.

mecanismo de elaboração como uma expressão indireta ou implícita da soberania parlamentar de influência francesa²⁵⁶, conforme nos relembra MAESTRO BUELGA²⁵⁷.

Dela só se pode extrair um conceito de ato legislativo no seu sentido orgânico-formal mais lato podendo ser entendido genérica e abstratamente como *toda a manifestação normativa — não necessariamente ordenadora — com forma, título e força de lei emanada pela Corte Geral, órgão parlamentar legitimamente autorizado pela Constituição, com base num procedimento previamente estabelecido.*

4.7.2.c) Conceito jurisprudencial de ato legislativo

Uma análise jurisprudencial dos casos envolvendo a responsabilidade civil por atos legislativos do Estado não nos permite precisar o que deveríamos entender por “ato legislativo” na análise e apreciação da imputação obrigacional ajuizada contra o Estado, ao menos em sentido estrito.

Dos inúmeros julgados do Tribunal Supremo versante sobre a responsabilidade por *atos legislativos* a conclusão mais patente é a de que *ato legislativo é o ato público emanado pelo Poder Legislativo do Estado*, um conceito que nada acrescenta ao deslinde da problemática gerada pelos efeitos negativos que dele podem irradiar em razão da obviedade do silogismo que encerra.

São exemplos de decisões que vêem o ato legislativo tão somente do ângulo de sua emanção as seguintes: STS de 11 de outubro de 1991, FJ 2º (caso Domecq); STS de 23 de fevereiro de 1993, FJ 3º (caso Pescanova); STS de 23 de dezembro de 1993, FJ 1º; STS 646, de 26 de fevereiro de 2008²⁵⁸, etc.

No âmbito do TC rarefeitas também são as contribuições no intuito de abstrairmos da interpretação constitucional um conceito do que seja, para fins de controle de constitucionalidade, um ato estatal de cunho “legislativo”. Dentre as

²⁵⁶ A seguinte redação “*Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular*” contida no preâmbulo da CE/78 parece confirmar as ponderações do autor.

²⁵⁷ MAESTRO BUELGA, *op. cit.*, 1991, p. 64 e ss.

²⁵⁸ Esta sentença apresenta um ligeiro avance argumentativo por parte do TS na separação da responsabilidade por ato de *edição* das leis e a responsabilidade por atos de *aplicação* das leis.

exceções encontra-se a STC 90/1983, de 07 de novembro, que em seu FJ 2º assevera que:

“(…) el legislador no goza de omnímoda libertad...ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente”.

Dito excerto, é verdade, não refere-se diretamente ao ato legislativo em si, mas sim de uma modulada conduta que deve seguir o legislador no seu labor de impor limitações a direitos e interesses fundamentais constitucionalmente garantidos e protegidos. Entretanto, dele se pode aferir que o TC, em sede de controle de constitucionalidade das leis, adota algumas balizas identificativas do que seja um ato legislativo interventivo e limitador, ora objeto de nosso estudo.

Destaca o Tribunal Maior que o ato emanado pelo legislador (a lei interventiva) não pode ser excessivo, produto de um desnecessário formalismo, injusto, injustificado, desproporcionado, inconstitucional, não razoável e sem finalidade definida.

Diante de todos estes critérios — mais do que suficientes para compreendermos o alcance que deve ter o ato emanado pelo legislador — é possível desde já, para fins do nosso modesto estudo, propormos a sua conceituação de acordo com o que entendemos.

Para nós, o conceito de *ato legislativo stricto sensu* que nos deve guiar nesta difícil empreita assim deve ser entendido: *ato legislativo é um ato público normativo-imperativo de cunho jurídico-formal, de natureza complexa, emanado sob as bases de um processo participativo-democrático de representação da vontade popular por um Parlamento*²⁵⁹ *legitimamente constituído a fim de buscar implementar, regulamentar e dar eficácia concreta aos direitos, interesses, deveres, garantias e liberdades*

²⁵⁹ Falamos apenas em “Parlamento” porque aqui, em sentido estrito, entendemos não haver possibilidade de considerarmos o Governo como um órgão ou ente emissor do ato legislativo. Mesmo na hipótese de uma delegação legislativa pelas Cortes Gerais o Governo não chega a editar uma “lei” propriamente dita, mas sim um outro ato normativo alcunhado pela CE/78 de Decreto-Legislativo (Art. 85).

*constitucionalmente asseguradas a todos os entes jurisdicionados que compõem o Estado*²⁶⁰.

De outra banda, mister se faz observar que a visão formalística-conceitual da lei não parece ser a tônica interpretativa levada à cabo pelo TC, ao menos no que se refere aos embates envolvendo a discussões competenciais havidas entre Estado e Comunidades Autônomas com relação às matérias elencadas no artigo 149 da CE/78.

Enoch ALBERTI ROVIRA²⁶¹ salienta que o Tribunal Constitucional espanhol a partir da STC 18/1982, de 4 de maio, interpreta o sentido do termo «legislación» substancialmente como um termo equivalente a «regulación», «ordenación jurídica» com base numa concepção material que rechaça a concepção (formal) de que lei é todo ato emanado pelos Parlamentos sob tal título, o que é verdade.

A “legislação básica” de competência estatal, em todas as variantes matérias elencadas fundamentalmente no artigo 149 da CE/78, segundo a interpretação corrente do TC²⁶², deve estar carregada de conteúdo jurídico essencialmente normativo, de uma materialidade ordenante que a primeira vista parece excluir, na raiz, a possibilidade de cogitar-se a edição de uma lei material de estrutura singular, o que não é verdade se trouxermos à colação, por exemplo, a própria permissão que o TC dá às Comunidades Autônomas para editarem leis singulares expropriantes naquilo que não afrontar a legislação básica ditada pelo Estado, conforme se infere do seguinte excerto:

“(…) la reserva constitucional en favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por Ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar o los fines de interés público a que aquélla debe servir. De lo contrario se llegaría al absurdo de que las Comunidades Autónomas, habiendo constatado la existencia de nuevas causas de utilidad pública o interés social tuvieran que solicitar del Estado la regulación formal de aquéllas, o a la no menos

²⁶⁰ No plano supranacional poderíamos arriscar conceituar o ato legislativo comunitário nos mesmos moldes da formulação proposta mediante a substituição das expressões «vontade popular» por «vontade comunitária», «constitucionalmente» por «comunitariamente» e, por fim, «Estado» por «União Européia».

²⁶¹ ALBERTI ROVIRA, E. «Leyes medida y distribución de competencias: un paso más en la interpretación extensiva de las «bases normativas» en la jurisprudencia constitucional (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 179/1985, de 19 de diciembre)», em *REDC*, a. 6, nº 18, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986 (Septiembre-Diciembre), pp. 144/145.

²⁶² São exemplos as STCs 37/1981, de 16 de novembro (FJ 1º); 64/1982, de 4 de novembro (FJs 4º e 5º); 170/1989, de 19 de outubro (FJ 2º); 142/1993, de 22 de abril (FJ 2º); 61/1997, de 20 de março (FJ 17, letra “h”); 164/2001, de 11 de julho (FJ 4º), etc.

absurda conclusión, por petrificadora del ordenamiento, de no poder identificar tales supuestos legitimadores más allá de los que, antes de la instauración del Estado de las Autonomías, hayan sido declarados como tales por las Leyes del Estado en materias sobre las que éste ha dejado de tener competencia» (STC 17/1990, FJ 10^o²⁶³).

No mesmo sentido, agora tratando-se do tema das discriminações normativas estes são os requisitos exigidos pelo TC para a edição válida e constitucional de uma lei singular diferenciadora:

“De conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, el principio constitucional de igualdad exige, en primer lugar, que las singularizaciones y diferenciaciones normativas respondan a un fin constitucionalmente válido para la singularización misma; en segundo lugar, requiere que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciada se articule en términos adecuados a dicha finalidad y, por fin, que las medidas concretas o, mejor, sus consecuencias jurídicas sean proporcionadas al referido fin” (STC 158/1993, FJ 2º, letra “b”).

Ao que se percebe, mesmo com a predominância da concepção formalística da lei que emerge do texto constitucional, o TC ao fundamentar grande parte de seus julgados com base numa interpretação material da lei — tomando-a não raro como norma jurídica em sua acepção tradicional — acaba por rechaçar a originária influência da doutrina alemã das leis medidas, sobretudo no que se refere à correlação automática *lei formal = ato administrativo*.

Nessa linha, parece (porque ainda não ficou suficientemente claro) advogar o TC pela tese de que as leis singulares interventivas também devem estar dotadas de um mínimo de conteúdo material ordenante e inovativo capaz de constituir, desconstituir ou dar uma nova roupagem ao direito sobre o qual incide devendo apresentar uma natureza *constitutivo-normativa* que não se confunde com a natureza *formal-declarativa* típica das leis-medidas²⁶⁴ e que um dia suscitou a dúvida de que à lei poderia atribuir-se a natureza de um simples ato administrativo.

²⁶³ No mesmo sentido *cf. e.g.* STC 61/1997, de 20 de março (FJs 17, letra “f” e 28, letra “g”); 164/2001, de 11 de julho (FJ 36); STC 48/2005, de 03 de março (FJ 4º).

²⁶⁴ Esse possível antídoto a ser aplicado — até agora (na prática) não mais que experimental — no combate ao abuso legislativo nos sugere Francisco RUBIO LLORENTE em seu artigo sobre o princípio da legalidade («El principio de legalidad», em *REDC*, a. 13, nº 19, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (Septiembre-Diciembre), p. 38 e ss.). Segundo o autor, seguindo a premissa de que as leis de uma forma geral encontram legitimidade constitucional a partir do momento em que possam estar sujeitas a um controle jurisdicional efetivo, as leis singulares só são admissíveis quando ninguém puder julgar excepcionalmente a sua validade. Há, em sua doutrina, um rechaço manifesto ao extremismo de uma legislação concretista e individualista como as leis de caso único. Buscando dar novos contornos à

Com efeito, deixa a Alta Corte transparecer (ao menos nas entrelinhas) que uma lei perfeitamente editada sob os auspícios de um determinado procedimento legislativo não é sinónimo de uma lei constitucional e materialmente justa, ou seja, adverte o TC que o formalismo não pode prevalecer sobre o conteúdo ou, ainda, que os meios empregados pelo legislador não podem prevalecer sobre o fim objeto da normação.

A nosso sentir, a política jurídica sinalizada pelo guardião da Constituição vai de encontro à idéia tão freqüente de que hoje não se pode conceber uma justiça substantiva nem material sem uma prévia e inevitável justiça formal emanada do império da lei entendido como império de regras jurídicas, conforme outrora pregado por um ou outro autor²⁶⁵.

A lei neutral, livre de valores, sem conteúdo jurídico, formalista e funcional impositora de uma legalidade procedimental que marcou o Estado Administrativo Regulamentário descrito por SCHMITT²⁶⁶ durante a monarquia constitucional alemã não tem cabida no contexto espanhol segundo nos chega a induzir o Tribunal Constitucional.

4.8. A capacidade interventiva do legislador

4.8.1. A lei como instrumento de concretização do Estado Social

A tarefa legislativa de levar a cabo os anseios constitucionais não teria sentido se ao legislador não lhe fosse concedido pela própria Carta Política o poder de intervir sobre a esfera jurídica protegida dos particulares.

enraizada concepção formalista da lei (lei = qualquer ato emanado em tal forma pelo Poder Legislativo) advoga o douto por uma retração de dito conceito mediante a retomada de uma discussão acerca do conteúdo *material* que também deve informar as leis de estrutura singular, estrutura esta que só será passível de controle jurisdicional se marcada pela *abstração* e não pelo decisionismo e pela concreta solução da matéria. Em resumo: o autor é partidário da tese de que as leis ditas singulares também devem carrear uma estrutura não apenas formal, mas sim *materialmente abstrata* que permita, *na condição de norma jurídica* (ainda que direcionada a alguns casos ou destinatários), passar pelo eventual crivo de um controle jurisdicional destinado a comprovar a sua validade.

²⁶⁵ Cf. neste sentido a LAPORTA, F.J. *El imperio de la ley: una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, p. 84 e seguintes, para quem o *império da lei* constitui o ideal formalístico de reivindicação e justificação do verdadeiro papel das leis (entendidas como «veículo de regras») no jogo dogmático-hermenêutico partilhado pelo ordenamento e a prática do Direito, com especial atenção à interpretação extraída das “regras” do vigente sistema jurídico de fontes normativas.

²⁶⁶ SCHMITT, C. *Legalidad y legitimidad*, tradução da 4ª edição, Duncker & Humblot, Berlin 1988, realizada por Cristina Monereo Atienza, edição e estudo preliminar «La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt» a cargo de José Luis Monereo Pérez e Cristina Monereo Atienza, Comares, Granada, 2006, p. 20 e ss.

Caso contrário, como imaginarmos a criação de uma ordem jurídica sem que o Estado pudesse impor aos seus subordinados os seus mandamentos? Como implementar um Estado Social e Democrático de Direito sem que as leis integrativas da Constituição pudessem causar impactos sobre as condutas, atividades e destinatários que pretendesse regular?

Em meio a tais questionamentos emergia o Estado Social e Democrático de Direito pós 1ª guerra mundial que, fazendo frente ao completo liberalismo econômico das atividades produtivas, inaugurou a época dos chamados *dirigismos*, dentre eles o dirigismo normativo-constitucional.

Passou o Estado a partir daí a dirigir e a direcionar mediante regramentos constitucionais e legais praticamente todos os rumos da economia, dos contratos privados, do pleno uso e gozo do até então sagrado direito à propriedade privada, enfim, ocupou-se o Estado por planificar econômica, social e juridicamente a sociedade tratando de reestruturar todas as necessárias balizas para promover a transição do individualismo ao socialismo.

Essa reestruturação (também cultural, diga-se) gerou reflexos e frutificou no corpo das chamadas Constituições-promessa, econômicas, social-democratas ou, ainda, Constituições-programáticas como a primogênita e socialmente revolucionária Constituição Mexicana de 1917.

A sucumbência em razão da renúncia de determinadas parcelas de direitos e liberdades individuais (até então intangíveis) aos anseios coletivistas, argumento maior do ideal socialista a um “caminho de liberdade e de justiça social”, proporcionou porém, naquele momento de transição do individualismo-liberalismo ao coletivismo-socialismo, segundo defendido por Friedrich A. HAYEK, uma idéia de que na verdade, se não houvesse cautela, poderíamos estar caminhando cegamente ao outro pólo oposto ao da pregada liberdade, ou seja, estariam os agentes econômicos, com o novo modelo neo-liberal, a caminhar não em direção à liberdade, mas sim ao “caminho da servidão” (*The road to serfdom* em sua nomenclatura inglesa original)²⁶⁷.

²⁶⁷ HAYEK, F.A. *Camino de servidumbre*, tradução de José Vergara Doncel, Alianza, Madrid, 1977.

Diante desse temor e ceticismo de que a planificação e centralização do processo econômico nas mãos do Estado — e porque também não dizer desconfiança na utópica promessa de liberalização e felicidade emancipatória de homens e mulheres propostas pelas Constituições sociais²⁶⁸ — iria eliminar a concorrência, elemento sustentador da economia de livre mercado sintetizado no *slogan* liberalista *laissez faire, laissez passer*²⁶⁹, centraram-se na lei as esperanças de levar a cabo a necessária e ao mesmo tempo impactante transformação.

Ativou-se, portanto, consideravelmente a capacidade interventiva do legislador concentrando-se na lei mais uma importante função: a de ser o principal instrumento de promoção, direção e solidificação do Estado Social de Direito²⁷⁰, eis que antes de planificar e dirigir administrativamente a máquina estatal fazia-se necessário implementar, através das leis, uma ordem jurídica “socialmente autorizante” neste sentido.

A lei era, pois, o pressuposto da direção e o elo de ligação e interação entre a norma constitucional e a realidade sócio-política e econômica dos sistemas jurídicos²⁷¹.

²⁶⁸ Para José Joaquim GOMES CANOTILHO (Constituição dirigente e vinculação do legislador, *op. cit.*, 2001, pp. VII e X/XI do prefácio) essa falsa promessa da narrativa emancipatória, da ideia de progresso do homem, da utópica desalienação, da promessa da felicidade para as mulheres e homens do presente e das futuras gerações constituem-se no “pecado mortal” tanto das Constituições liberais como das sociais, principalmente destas em relação àquelas em face da notada utopia do seu sujeito projetante (o constituinte) e também do autismo nacionalista e patriótico não condizente de uns tempos para cá com a interna e gradativa perda do valor normativo das Constituições nacionais frente *v.g.* aos processos de «internacionalização», «marcosulização» e «europeização».

²⁶⁹ “**Laissez-faire** é a contração da expressão em língua francesa *laissez faire, laissez aller, laissez passer*, que significa literalmente “deixai fazer, deixai ir, deixai passar”. Esta frase é legendariamente atribuída ao comerciante Legendre, que a teria pronunciado numa reunião com Colbert, no final do século XVII (*Que faut-il faire pour vous aider?* perguntou Colbert. *Nous laisser faire*, teria respondido Legendre). Mas não resta dúvida que o primeiro autor a usar a frase **laissez-faire**, numa associação clara com sua doutrina, foi o Marquês de Argenson por volta de 1751.

A expressão refere-se a uma ideologia econômica que surgiu no século XVIII, no período do Iluminismo, através de Montesquieu, que defendia a existência de mercado livre nas trocas comerciais internacionais, ao contrário do forte proteccionismo baseado em elevadas tarifas alfandegárias, típicas do período do mercantilismo. WIKIPÉDIA. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation, disponível em <<http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Laissez-faire&oldid=9298828>> (acesso em: 18 Feb 2008). Grifei.

²⁷⁰ Cumpre lembrar que nesse período a lei era a única protagonista dos sistemas jurídicos (legicentrismo).

²⁷¹ Um retrato bem articulado dessa evolução interativa entre o papel normativo das Constituições e a realidade (política, sobretudo) formativa dos sistemas jurídicos-políticos ao longo da história do constitucionalismo pode-se encontrar na obra de POYAL COSTA, A. *La interacción entre norma constitucional y realidad política en la dinámica de los sistemas políticos*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1991.

O ato de intervenção legislativa *geral e abstrato* passou a ser então o principal instrumento a favor da consagração da política econômica neo-liberal. A intervenção individualizada era tida como uma parcialidade e um abuso estatal na hora de legislar.

Essa concepção generalista da lei como instrumento imparcial de intervenção e transformação chegou a ser o *punctum saliens* do alerta trazido à lume por HAYEK que chegou a advogar no seguinte sentido:

“(…) Las normas generales, o leyes genuinas, a diferencia de las órdenes específicas, tienen que proyectarse, pues, para operar en circunstancias que no pueden preverse con detalle, y, por consiguiente, no pueden conocerse de antemano sus efectos sobre cada fin o cada individuo en particular. Sólo de este modo le es posible al legislador ser imparcial. (...) Cuando al hacer una ley se han previsto sus efectos particulares, aquélla deja de ser un simple instrumento para uso de las gentes y se transforma en un instrumento del legislador sobre el pueblo y para sus propios fines”²⁷².

Entretanto, logo após a 2ª guerra mundial a necessidade urgente de reconstrução da vida social e de intervenções cada vez mais setoriais e particularizadas logo deram passo também a aceitação de leis interventivas do tipo singular desmistificando de uma vez por todas a falsa correlação entre *lei geral e abstrata = lei justa*.

4.9. A intervenção legislativa na CE/78

Volvendo à nossa análise do texto constitucional de 1978 verificamos que o ideal social e dirigista também foi uma realidade querida pelo constituinte que já no artigo 1º, apartado 1º, da Magna Carta deixou registrada a cláusula do Estado Social e democrático de Direito que é o Reino de Espanha.

O texto constitucional habilitou o legislador basicamente a atuar sob 02 (dois) prismas: conformando a ordem jurídica-social intervindo e concretando-a ativamente.

²⁷² HAYEK, *op. cit.*, 1977, p. 108. O autor defendia que as liberdades individuais deveriam caminhar sempre juntas *pari passu* com o processo planificador e centralizador estatal e que o excesso regulamentar levaria a um mundo de opressão e descontentamento na medida em que sendo o poder econômico utilizado como instrumento de poder político haveria um grau de dependência tal dos indivíduos em relação aos governantes que apenas se distinguiria da escravidão (p. 183). Ademais, argumentava que quanto maior a escala da planificação econômica (individual → familiar → comunitária → nacional → universal) maior a necessidade de recorrer-se à força e à coerção através da lei (p. 265).

4.9.1. Atos de conformação

Ao mesmo tempo em que o legislador deve submeter-se incondicionalmente aos ditames constitucionais deve, paradoxo e curiosamente, concentrar, dentro da liberdade e discricionariedade de suas atribuições competenciais, todos os esforços no sentido de concretizar, atualizar, configurar, instaurar e conformar política e juridicamente as diretrizes do texto supremo sem limitar-se exclusivamente a executar os comandos nele predispostos.

Diante de tão aparente *contra sensu* podemos desde já ressaltar que na zona intermédia existente entre o comando constitucional e o dever legal de dar efetividade prática aos seus preceitos medeia em favor do legislador um campo de liberdade e discricionariedade para (em regra) eleger como, quando, onde e sob que intensidade e meios integrar o texto constitucional.

Vale dizer, sem fixar-lhe expressamente a tarefa de executar determinado comando visando alcançar um fim específico a CE/78 permite ao legislador ordinário exercer plenamente a sua função pública concedendo-lhe o poder de optar, dentre as alternativas possíveis, por aquela que julgue mais conveniente e oportuna a lograr promover o bem e satisfazer o interesse comum, ou seja, permite-lhe *conformar* de acordo com o seu livre juízo político — «*cifra de la democracia*» segundo CRUZ VILLALÓN²⁷³ — o desejo do constituinte.

Assim, ante a essa não exigência de vinculatividade, percebe-se claramente uma diferença nodal querida pelo constituinte de 1978: permitir que o legislador atue livremente em determinadas matérias, sem qualquer dever de observância e obediência a um determinado procedimento de ação e a uma específica finalidade pública, regulando-as de acordo com o seu senso juspolítico salvo, em excepcionais casos, quando lhe impõe expressamente a tarefa de executar objetiva e fielmente o comando constitucional para alcançar a determinado fim constitucional.

É nesta diferença de não obrigatoriedade e vinculação objetivas que entendemos estar situado o poder legislativo de conformação da ordem jurídica através de sua faceta mais pura: a liberdade político-democrática.

²⁷³ CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, 2003, p. 153.

Neste esteio “liberal” proporcionado pela CE/78 é possível entendermos por *ato legislativo de conformação política o meio e a medida eleitos — em juízo de exclusiva conveniência e oportunidade — pelo legislador com vistas a dar aplicabilidade e efetividade prática aos comandos e objetivos predispostos constitucionalmente.*

Dentre os incontáveis exemplos dessa liberalidade constitucional em prol do legislador podemos citar as disposições contidas nos artigos 11.1, 13.1, 17.1, 18.4, todos da CE/78, sem prejuízo de encaixarem-se neste conceito de ato de conformação todas as demais remissões constitucionais que não condicionem ou obriguem o legislador a editar legislação dotada de certas e determinadas orientações, alcance, etc.

Como normas constitucionais do tipo impositivas, ou seja, que obrigam e ordenam que o legislador infraconstitucional legisle com necessária observância a determinadas diretrizes previamente queridas e estabelecidas pelo constituinte podemos citar as disposições contidas nos artigos 25, 30, 32.2, 37.2, 53.3, 55.2, todos da CE/78.

4.9.1.a) O princípio da reserva legal e o poder conformador do legislador na égide da Constituição de 1978

No atual Estado Democrático de Direito em que vivemos não há mais espaço para direitos tidos por absolutos e ilimitados a exemplo do que se defendia no constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX. Hoje, “*os direitos só existem como direitos limitados*”²⁷⁴ pois o absoluto — como já o dissera ao seu tempo JOSSERAND²⁷⁵ — não é deste mundo jurídico.

Mesmo quando a própria Constituição reconhece e atribui aplicabilidade imediata e eficácia direta a determinados direitos²⁷⁶ (v.g. direitos fundamentais) faz-se

²⁷⁴ ABA CATOIRA, A. *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 71.

²⁷⁵ JOSSERAND, L. *Derecho Civil*, revisado e completado por André Brun, tomo I, vol. III (*La propiedad y los otros derechos reales y principales*), tradução de Santiago Cunchillos y Manterota, Bosch, Buenos Aires, 1950, p. 103: “(...) *lo absoluto no es de este mundo jurídico; pocos derechos están verdaderamente aislados en el espacio y en el tiempo; todas las facultades jurídicas, por la razón de que se realizan en un medio social, comportan fatalmente límites; se encuentran comprimidas en nombre de situaciones, de aspiraciones igualmente respetables que reivindican su parte legítima y que deben obtenerla*”.

²⁷⁶ Segundo já nos revelava Ignacio DE OTTO há duas décadas atrás em sua obra mestra *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona: Ariel, 1988, pp. 77 e 81) “La Constitución Española ha optado inequívocamente por atribuir a sus normas eficacia directa. El principio general se encuentra

quase sempre imprescindível uma mediação e densificação legislativa ulterior na tentativa de torná-los mais realizáveis.

Muitas vezes não basta só a garantia e a declaração constitucional de um direito, mas sim a maneira e os instrumentos capazes de propiciar que o mesmo seja eficazmente exercitado e defendido juridicamente. E tal tarefa não incumbe ao constituinte, mas sim ao legislador²⁷⁷.

Com efeito, acertado é o pensamento de Ana ABA CATOIRA nesse sentido:

“El constituyente reconoce y garantiza un cuerpo de derechos y libertades muy amplio, pero a la vez muy abierto y falto de concreción, por lo que hace una llamada al Legislador para que opere sobre el objeto material de los derechos fundamentales en términos de una «verdadera y auténtica colaboración internormativa», pues tras prefigurar el derecho, el legislador lo configura conforme a los criterios políticos que caracterizan su función. Ahora bien, la intervención del legislador en la realización de las normas de derechos fundamentales no contradice que la Constitución sea Derecho directamente aplicable, «especialmente en materia de derechos fundamentales», y ello a pesar de los vacíos legislativos que puedan existir. La «interpositio legislatoris» se necesita, no para reconocer un derecho que existe desde su inserción en una norma constitucional, sino «como las propias palabras indican, para “regular” el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia»²⁷⁸. Destaque no original.

formulado en el art. 9.1, según el cual están sujetos a la Constitución *«los poderes públicos» todos, sin distinción alguna. El principio se concreta para los derechos fundamentales en el art. 53.1, según el cual «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos»*. La doctrina científica es prácticamente unánime en este reconocimiento de la eficacia directa de la Constitución y el Tribunal Constitucional la ha afirmado reiteradamente en tantas cuantas ocasiones se ha suscitado la cuestión.

(...) La atribución de eficacia directa a las normas constitucionales responde como es obvio al designio político de asegurar plenamente la superioridad de la Constitución y la consiguiente limitación del poder legislativo”. Destaque no original.

²⁷⁷ “La reserva de ley tiene por objeto que el ciudadano pueda prever y calcular anticipadamente en la medida de lo posible con qué reacciones del Estado a su comportamiento debe contar y de qué instrumentos jurídicos dispondrá para defenderse. La mensurabilidad, previsibilidad y calculabilidad de las intervenciones estatales que afecten a la libertad no pueden ser garantizadas con precisión matemática, sino que tan sólo con cierto grado de probabilidad. Cuanto más importantes sean las consecuencias de una acción administrativa para el ciudadano, tanto más rigurosas deberán ser las condiciones de precisión exigibles a la ley” (BENDA, E. «El Estado Social de Derecho», em *Manual de Derecho Constitucional*, apresentação de Konrad Hesse, edição, prolegômeno e tradução de Antonio López Pina, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 502).

²⁷⁸ ABA CATOIRA, *op. cit.*, p. 47.

Há, conforme nos ensina Ricardo MARTÍN MORALES²⁷⁹, a necessidade de um *desarrollo legislativo habilitante* que predetermine as específicas garantias do jurisdicionado afetado em seu direito.

A vigente Constituição de 1978 reserva-lhe em inúmeras passagens a exclusividade de assim proceder exigindo-lhe ao mesmo tempo que atue positivamente através de uma interposição legislativa (*interpositio legislatoris*) no sentido de editar no corpo das leis a vontade popular²⁸⁰ com vistas a persecução dos fins constitucionais.

Há no texto constitucional uma referência genérica do princípio da reserva legal²⁸¹ na redação do artigo 53, apartado 1º — especificamente na expressão «Sólo por ley» — ademais de incontáveis referências de trato de determinada matéria às disposições trazidas em leis especiais integrativas demonstrando, assim, que o Estado espanhol pugna veementemente pelo respeito à legalidade incumbindo ao legislador a importante tarefa de regular quase que *in totum* a vida em sociedade através da conformação constitucional e da construção do ordenamento jurídico do Estado.

MARTÍN MORALES²⁸² chega, neste aspecto, com razão, curiosamente a destacar que a técnica de remissão²⁸³ expressa ao legislador é tão habitual no *modus operandi* do constituinte que quase se poderia dizer que o infrequente é que não a utilize chegando, destarte, a apontar alguns exemplos das suas freqüentes formulações de estilo, tais como: «*en los términos que la ley establezca*», «*de acuerdo con lo establecido por la ley*», «*en los casos y en la forma prevista en la ley*», «*según la*

²⁷⁹ MARTÍN MORALES, R. «La *interpositio legislatoris* en los supuestos de limitación de derechos fundamentales a través de remisión constitucional expresa al juzgador», em *Estudios de Derecho Público, Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I (*Derecho Público I*), Tecnos, Madrid, 1997, p. 402.

²⁸⁰ Ao menos assim preceitua o seu preâmbulo que estabelece como um dos anseios da nação espanhola o desejo de consolidar um Estado de Direito que assegure o império da lei como expressão da vontade popular.

²⁸¹ *Reserva de lei proporcionada e uma garantia frente a esta lei proporcionada* segundo MEDINA GUERRERO (1996, pp. 119 e 171, respectivamente).

²⁸² MARTÍN MORALES, *op. cit.*, pp. 403/404.

²⁸³ Técnica por demais perigosa se utilizada em excesso e sem as devidas cautelas pelo constituinte que poderá, assim agindo, ainda que inconscientemente, inverter a ordem normativa hierárquica havida entre a Constituição e a lei como um dia nos alertou CANOTILHO (2001, p. 63) com a eloqüência que lhe é peculiar: “(...) *se a actividade juridicamente relevante do legislador não se mover no âmbito da vinculação jurídico-material do poder legisferante e se não observar os preceitos hierarquicamente superiores da constituição, se a distinção formal e material entre constituição e lei (poder constituinte e poder constituído) se tornar de novo claudicante, a conseqüência será a reintrodução da teoria positivista weimariana do «poder legislativo ordinário» em que a constituição não se situa sobre o legislador mas à sua disposição*”.

legislación vigente en el momento», «que reúnan los requisitos que la ley establezca», «en la forma y con los efectos que determine la ley», «con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica», etc.

E os instrumentos que a CE/1978 lhe concede para tanto são os seguintes: leis orgânicas, leis ordinárias, leis de bases e leis de delegação conforme se infere da análise do Capítulo II (De la elaboración de las leyes) do Título III (De las Cortes Generales) da citada Lei Maior.

4.9.2. Atos de intervenção

Partindo-se do pressuposto de que em regra pode o legislador atuar “livre” e discricionariamente no sentido de implementar no plano concreto da realidade social os programas e objetivos constitucionais, pergunta-se: no que se refere aos atos legislativos de intervenção, a CE/78 impõe e manda expressamente que o legislador infraconstitucional intervenha em determinado sentido ou limita-se a permitir que ele assim o faça nas hipóteses que entenda oportuno, conveniente e necessário? O ato de intervenção legislativa é um ato necessariamente vinculado a um determinado comando constitucional ou é um ato que pode ser qualificado como um ato de conformação política de maior densidade?

Diferentemente do que ocorre na relação entre a Constituição e a atividade legislativa que lhe é suplementar da qual derivam distintos campos de liberdade, discricionariedade e submissão em que legislador está autorizado ou não impedido de obrar, na relação havida entre o legislador e os jurisdicionados os atos levados a cabo pelo Parlamento não têm o condão de simplesmente modular abstratamente o campo de atuação do particular, mas sim atuar concretamente sobre a sua esfera jurídica.

Por tal razão não há que confundir-se ato de livre conformação política (ato conformador) com ato interventor posto que este representa não o mandamento do constituinte ao legislador, mas sim a força, o poder e a concreta tomada de atitude do legislador e do Estado sobre a esfera jurídica protegida dos particulares.

Nesse esteio, é possível compreendermos que o ato interventor é o ato legislativo responsável por causar as constantes e eternas fricções havidas entre a

soberania e supremacia do poder público e os direitos, interesses e liberdades fundamentais individuais constitucionalmente garantidas aos jurisdicionados.

É o ato que permite que o legislador intrometa-se na esfera jurídica dos particulares com o fito de concretamente regular, limitar, delimitar, sancionar, restringir ou mesmo suprimir total ou parcialmente o conteúdo e as faculdades dominiais inerentes ao gozo desses direitos, interesses e liberdades. Constitui-se, portanto, no mecanismo mediato de ação do legislador para com os administrados numa relação, ainda que gradativamente distinta, autorizada pela Constituição. Exemplos dessa autorização constitucional para a intervenção legislativa podemos encontrar na redação dos artigos 33.2, 33.3, 45.3, 53.1, 128, todos da CE/78.

Seus efeitos podem ser do tipo positivos ou negativos. Positivos quando causam uma benesse, um *upgrade* (elevação, melhoria, atualização, progresso) ampliando a esfera protegida dos particulares e negativos quando propiciam uma limitação, uma ablação ou mesmo uma supressão ao direito, liberdade ou interesse legítimo em causa a fim de lograr um interesse público.

Para fins do nosso trabalho volveremos nossas atenções tão somente aos atos interventivos negativos impositores de gravames, de cargas públicas e de ablações aos seus destinatários, atos negativos estes que permitem-nos advogar pelo reconhecimento da tese da responsabilidade civil por atos legislativos do Estado.

4.9.2.a) Intervenções, limitações, restrições e expropriações: esclarecimento terminológico

O que devemos entender realmente por intervenção legislativa? Dela deriva alguma subespécie?

No que tange ao que seja uma *intervenção legislativa* não vemos muitos problemas na sua conceituação porque simplesmente traduz-se em toda e qualquer atividade comissiva estatal levada a cabo por um de seus poderes constituídos, o Poder Legislativo, através da emanção de uma *lei* tendente a incidir sobre a esfera jurídica protegida de seus destinatários, independente dos efeitos (positivos ou negativos) que nela possam gerar.

Esse é o meio jurídico legítimo pelo qual o Estado deve se valer para interferir direta ou indiretamente na vida dos seus jurisdicionados, seja regulamentando direitos, seja impondo-lhes limites e restrições, seja extinguindo-lhes, etc. Afinal, conforme nos relembra BERNAL PULIDO:

“De acuerdo con la Constitución, el Legislador tiene atribuida la competencia para establecer condiciones (arts. 11.1, 31.3, 34.1 CE) y términos (arts. 13.1, 13.2, 13.4, 17.3, 19, 24.2, 27.7, 27.9, 27.10 CE), para disponer (art. 15 CE), fundamentar la limitación (art. 16.1 CE), prever (art. 17.1 CE), regular (arts. 17.4, 20.1.d), 20.3, 28.2, 30.4, 32.2, 35.2, 36, 37.2, 53.1 CE), limitar (arts. 18.4, 25.2 CE), garantizar (arts. 20.3, 37.1 CE), señalar requisitos (art. 23.2 CE), predeterminar (art. 24.2 CE), determinar (art. 29.1 CE), fijar (art. 30.2 CE), delimitar (art. 33.2 CE) disponer (art. 33.3 CE) y desarrollar (art. 81.1 CE) diferentes aspectos en relación con estos derechos [fundamentales]”²⁸⁴.

O problema consiste em saber quando estamos diante de uma atividade conformadora do legislador e quando estamos diante de uma notada atividade legislativa de restrição de um direito fundamental.

Por certo, sobre essa tênue diferença entre conformação de uma norma constitucional e a atividade legislativa de restrição de um direito debruçaram-se doutrinadores de recol.

José Joaquim Gomes CANOTILHO²⁸⁵ destaca que a liberdade de conformação do legislador constitui-se num espaço de conformação ou configuração permitido pela Constituição, ou seja, numa zona livre habilitada pelo constituinte para que o legislador infraconstitucional manifeste, sob os auspícios das regras e permissivos constantes da normativa constitucional, todo o seu potencial de criação e ação integrativa do ordenamento jurídico.

Suzana de TOLEDO BARROS também deu o seu contributo a elucidação da matéria, nestes termos:

“Em um trabalho de conformação de direitos fundamentais são dados contornos de definição, o que, de certa maneira, implica

²⁸⁴ BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador)*, prólogo de José Luis Cascajo Castro, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 669/670.

²⁸⁵ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2002.

uma tarefa de delimitação. Conformar um direito fundamental é dar-lhe forma e conteúdo, é precisar seus limites. É inseparável, portanto, da prática legislativa de conformação dos direitos fundamentais, uma atividade criadora.

Porém, a partir dessas idéias, não se pode ser traído pelo raciocínio de que o problema da restrição dos direitos fundamentais se reconduziria, em última análise, a uma tarefa de conformação pelo legislador, mesmo quando um estudo sobre a essência desses direitos encartados no Texto Constitucional demonstre que a grande maioria deles carece da interpositio legislatoris. A admitir uma tal conclusão, estar-se-ia a negar um regime especial para a intervenção do legislador com objetivo restritivo inequívoco.

Para evitar esse mal-entendido, a moderna doutrina constitucional assevera que só se pode falar em uma restrição de direitos quando há uma efetiva limitação do âmbito de proteção desses direitos. Quando o legislador, em casos em que a estrutura do direito reclama, regula o seu conteúdo, não está restringindo, mas explicitando o âmbito de proteção da norma.

À luz dessa compreensão, uma lei não há de ser considerada restritiva se, objetivando aclarar o âmbito de proteção de um direito, venha expurgar uma conduta que a própria Constituição, por meio de uma interpretação sistemática, repele. Do mesmo modo, a tarefa de conformação de direitos não deve ser confundida com a deliberação de limitá-los, quando o legislador impõe uma disciplina jurídica indispensável para dar conteúdo a dado direito como no caso mandado de segurança, da herança, do divórcio, da propriedade, etc.

As fronteiras entre restrição de direitos e simples conformação da norma constitucional só podem ser demarcadas por processo de interpretação, diante, pois, de uma situação concreta, constituindo a primeira questão a ser dirimida em sede de controle da lei tida por restritiva a direito fundamental”²⁸⁶.

Para nós, ao contrário de alguns²⁸⁷, as limitações legislativas ao direito de propriedade não devem confundir-se com as restrições incidentes sobre a plenitude de faculdades ínsitas no seu exercício relativas ao seu grau de aproveitamento ou utilidade privada, bem como do seu âmbito de livre disposição.

A *limitação legislativa* seria o estágio mais avançado da atividade *conformadora* do legislador na delimitação do conteúdo (normal, corrente, flexível ou não essencial digamos) do direito ou interesse em si e da forma de seu regular exercício.

²⁸⁶ TOLEDO BARROS, S. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 3ª ed., Brasília Jurídica, Brasília, 2003, pp. 155/156.

²⁸⁷ MALUF (2005, p. 244), por exemplo, toma as restrições e as limitações do direito de propriedade como sinônimos. “*Quanto à natureza jurídica, as restrições ou limitações do direito de propriedade são adaptações da propriedade privada às finalidades públicas. Além do mais, as restrições impostas à propriedade privada não importam diminuição do patrimônio de quem as suporta, nem aumento do patrimônio de quem com elas aproveita. Se assim não fosse, dar-se-ia uma expropriação parcial e haveria lugar à correspondente indenização*”. Grifei e destaquei.

Ana ABA CATOIRA (1999, pp. 112/113) no mesmo sentido assevera: “(...) los límites a los derechos fundamentales son decisiones legislativas que restringen su objeto de protección y que sólo se pueden adoptar de acuerdo con la Constitución”.

A seu turno a *restricção legislativa* seria a atividade impositora de uma *limitação acompanhada indissociavelmente de um gravame* (ainda que mínimo, temporal e aparentemente irrisório) ao conteúdo econômico de um direito ou interesse causando-lhe um menoscabo ou uma mutilação (no dizer de NIETO) passível de recomposição pecuniária pelo Estado na medida em que obrigatoriamente vincula o exercício do direito ao atendimento dos interesses comuns.

Entendemos²⁸⁸ serem os termos “delimitação” e “limitação” sinônimos cuja insistência na diferenciação não passa na prática de um mero exercício léxico de linguagem sem o aporte de uma conceituação em substância e efeitos para o Direito²⁸⁹, exceto no que tange à nítida separação das causas que lhes dão respectivamente origem: as relações interpessoais de natureza eminentemente privada no caso das delimitações propriamente ditas e as relações público-privadas havidas entre Poder Público e administrado no caso das limitações.

E isto nos obriga a aclarar algo a respeito desse embate doutrinal-jurisprudencial acerca da diferenciação do que seja “limitação” e “delimitação”.

²⁸⁸ Outros autores divergem do nosso pensamento, dentre eles, citando alguns, MEDINA GUERRERO (1997, p. 22) para quem a “limitação” constitui uma atividade externa do legislador incidente sobre um conteúdo de direito já fixado pela Constituição mediante um ato de “delimitação”, ou seja, para ele, a Constituição *delimita* enquanto que o legislador *limita* os direitos fundamentais; Juan Andrés MUÑOZ ARNAU (*Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho español*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 22), por sua vez, adota a terminologia *delimitar* como a atividade de impor e estabelecer limites enquanto *límite* seria o resultado dessa atividade delimitadora e *limitação* a restrição ou o impedimento que faz impossível a plenitude de algo ao constituir-lo numa realidade carencial. Na Argentina, Juan Carlos CASSAGNE (*La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 73 e ss.) advoga que a *limitação* (administrativa) refere-se a atuação cuja incidência não afeta substancialmente ao direito subjetivo do particular nem a sua capacidade jurídica operando, pois, sobre o exercício dos direitos enquanto que a *delimitação*, ao revés, seria a atividade de definir previamente o âmbito lícito e o conteúdo normal do direito recortando os poderes jurídicos do titular.

Como se vê, ditas tentativas de diferenciação são bastante confusas chegando inclusive a trair as premissas argumentativas de seus formuladores, por isso não nos convencem. MEDINA GUERRERO, por exemplo, em algumas passagens de sua obra por vezes citada ao longo da nossa narrativa trata a “delimitação” como sinônimo de “limitação” desacreditando por si só o seu objetivo de diferenciá-las conforme se observa no seguinte excerto extraído da página 28 de seu livro: “(...) *Valgan, en efecto, estas líneas del Tribunal Constitucional para explicar la tarea que desempeña el legislador limitador de los derechos fundamentales, por cuanto a él corresponde cierto margen de maniobra para restringir el contenido de los derechos fundamentales inicialmente protegido por la Constitución al proceder a su delimitación*”. Grifei.

²⁸⁹ Neste aspecto estamos acordos com o pensamento de Pablo ARRIBAS BRIONES (*Limitaciones singulares a la propiedad y su indemnización*, tese doutoral dirigida por Gaspar Ariño Ortiz, Universidad de Valladolid – Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Administrativo, 1988, p. 109) que apoiado em Ramón Martín Mateo destaca que “(...) *límites, limitaciones y delimitación tarde o temprano acaban encontrándose: todo tiene sus límites, la delimitación es un límite y las limitaciones, si se quiere, una serie de límites*”, em que pese reconhecermos a utilidade prática de sua diferenciação com as restrições (intervenções restritivas) para efeitos deste trabalho.

O que queremos de fato explicitar é que há que se encarar a “limitação” ou “delimitação” de um direito sob 02 (dois) distintos enfoques: as das limitações de direitos horizontais e as limitações verticais.

As primeiras emergem naturalmente de vários fatores irradiados das relações jurídicas correntes havidas entre particulares na seara do Direito Privado, sempre partindo-se da máxima (de contraposição e condicionamento mútuo) de que o direito de um acaba quando começa o direito do outro.

Noutras palavras: o exercício de direitos garantidos constitucionalmente na seara do Direito Privado estão naturalmente delimitados por razões morais e por razões estritamente de cunho subjetivo surgidas do dever do cidadão de conviver bem em comunidade, de respeitar o direito dos seus semelhantes, de não abusar no exercício de seus direitos, de não causar danos a terceiros, de respeitar os costumes locais, de respeitar as avenças contratuais que voluntariamente pactou, das suas relações de vizinhança, de não praticar atos de desordem ou que possam afetar o seu entorno, etc. que, enfim, ademais de delimitar, no plano horizontal, o exercício regular de um determinado direito, acabam por impor ao particular o respeito a uma “auto-contenção”, a um *self restraint* (“auto-limitação”) na hora de exercitá-lo atribuindo-lhe ao mesmo tempo uma melhor eficácia no âmbito das relações jurídicas privadas ou entre particulares²⁹⁰.

Em que pese a grande maioria desses direitos e atos jurídicos interpessoais estarem regulados pela ordem jurídica e, sobretudo, pelo Código Civil, o exercício pelo seu titular no meio social em que vive está condicionado por outras variantes não estritamente jurídicas que de uma maneira ou de outra acabam por delimitá-lo.

²⁹⁰ Javier BARNÉS VÁZQUEZ («El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978, em *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 34), defende que as limitações e os limites impostos à propriedade vêm «después» e «desde fuera» enquanto que as limitações do domínio (restrições à vontade do proprietário) se estabelecem «desde dentro» e «como punto de partida» ao exercício do direito em razão de seu «espírito o enclave interno»; “*El Estado de Derecho repudia, en suma, la falta de cortesía de un legislador que, refugiado en la soberanía de la ley, se permite someter a su libérrimo albedrío cuantas expectativas del ciudadano (que) él mismo ha creado, para quedar después exento, en la mayor parte de las ocasiones, de toda responsabilidad*” [GALLARDO CASTILLO, M.J. «Seis años de Jurisprudencia sobre jubilaciones anticipadas: la consagración de la impunidad del legislador (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992)», em *RAP*, nº 133, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994 (Enero-Abril), p. 345].

Essas limitações *horizontais* de direitos (delimitações extralegais), de cunho subjetivo e privado, apresentam-se como um *plus* às delimitações/limitações impostas originariamente pelo legislador nas suas respectivas leis de regência. Isto é um fato que deve ser observado e valorado, mas que aqui não revela interesse prático já que o nosso enfoque recai justamente na outra faceta acima destacada: a da relação vertical e vinculante havida entre o Estado-Legislator e os particulares destinatários dos seus mandamentos legais.

Assim, as limitações *verticais* por sua vez são aquelas impostas pelo uso da força legislativa do Estado na feitura das leis que integrarão o emaranhado cabedal normativo que compõe o ordenamento jurídico. É dessa relação vertical entre Estado e jurisdicionado e do binômio *lei imperativa-sujeição de seu destinatário* de onde irradiam as nossas atuais reflexões.

Esclarecido o ponto, de outra banda, não é o que ocorre na apreciação dos inconfundíveis termos “limitação” e “restrição”.

A nosso ver, o conceito de “limitação legislativa” não independizou-se do conhecido conceito de “limitação administrativa” como condicionamentos gerais de direitos e interesses, ambos marcados pela concepção de regulamentação e aperfeiçoamento de algo já posto no ordenamento jurídico.

Não foi o mesmo o que ocorrera com o conceito de “restrição legislativa” que, diante dos novos reclamos de controlabilidade dos atos legislativos, exsurgiu e tomou forma própria no sentido de procurar explicar a lesividade ínsita nos (muitas vezes aparentes) atos interventivos de limitação que, sob o subterfúgio de dar novos e melhores contornos ao direito de propriedade, não raro obstam o seu exercício mediante a imposição de gravames desmesurados que asfixiam e afetam, ainda que de forma parcial ou temporária²⁹¹, o seu *conteúdo útil econômico* causando ao proprietário importantes prejuízos caracterizando, portanto, uma incursão *mais negativa e intensa* do legislador sobre o patrimônio jurídico do particular do que a produzida pela simples limitação.

²⁹¹ Neste sentido estamos acordes com a colocação de Carlos Ari SUNDFELD (*Direito Administrativo Ordenador*, 1ª ed., Malheiros, São Paulo, 2003, pp. 112/113) que entende a restrição, ao lado da própria extinção, como uma espécie de sacrifício de direitos por corresponder a uma diminuição parcial ou temporária das possibilidades de desfrute genericamente admitidas em favor dos titulares de direitos, tornando-os menos densos em conteúdo sem, contudo, inviabilizar a sua utilização funcional.

Melhor explicitando: entendemos, com base na linha argumentativa sugerida por Robert ALEX^Y²⁹², que os atos legislativos qualificados como *restritivos de direitos fundamentais* são aqueles que produzem gravames na esfera jurídica patrimonial do particular em razão da *natureza exclusivamente constitutivo-negativa dos efeitos*²⁹³ ²⁹⁴ que a sua ínsita ordenação é capaz de provocar em concreto e em caráter *ex novo*, tais como menoscabos, danos ou sacrifícios que mereçam algum gênero de compensação²⁹⁵.

Estes atos representam nos dias atuais o influxo lesivo da atividade legislativa estatal passível de controle judicial e, eventualmente, de compensação.

Ao tempo do Estado Liberal e não intervencionista de Direito toda e qualquer *limitação* (administrativa ou legislativa) a um direito consagrado, mormente quando tido por fundamental, era tida por negativa e reducionista.

²⁹² Referimo-nos à linha argumentativa do doutrinador alemão Robert Alexy defendida em sua clássica obra sobre a teoria dos direitos fundamentais sob as bases da LF/1949 (ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. esp. e estudo introdutório de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 201 e ss.). Nela o autor — no que aqui interessa —, explicando o conceito de restrição de direitos fundamentais, advoga em linhas gerais que as restrições podem ser diretamente constitucionais ou indiretamente constitucionais quando condicionadas à reserva de lei e à *interpositio legislatoris*; que as restrições só podem derivar de normas (princípios/mandados de otimização ou regras/mandados definitivos) formal e materialmente conformes à Constituição; que restringem a realização de princípios de direito fundamental; que só são admissíveis quando no caso concreto os princípios contrapostos tiverem um peso maior que o correspondente aos princípios do direito fundamental. ALEX^Y entende que a restrição de direito, ao contrário da mera configuração, só se configura a partir do momento em que a eliminação de *competências* obstaculize sob a égide do princípio da proporcionalidade a realização de um princípio de direito fundamental. Por *competência* entende o autor, basicamente, a modificação de uma situação jurídica mediante uma ação normativa capaz de criar ou restringir o exercício livre de atos jurídicos ínsitos no conteúdo do direito fundamental. Com base nestas premissas, para fins do presente estudo, tomamos aqui como sinônimo de *competência* a expressão *faculdade*, bem como substituímos a noção de *atos jurídicos* por *atos dominiais*. A partir daí, adotamos como «restrições de direitos fundamentais» a idéia básica de que seriam elas as incursões normativas negativas sobre as faculdades dominiais inerentes aos direitos e/ou interesses juridicamente protegidos.

²⁹³ A interpretação pormenorizada da redação contida no artigo 9.3 da CE/78 nos revela essa correlação entre *negatividade* e *restrição* refletida no seguinte trecho: «disposiciones sancionadoras *no favorables o restrictivas* de derechos individuales». Destaquei.

²⁹⁴ No campo doutrinal, sábias são as assertivas de BERNAL PULIDO (2003, p. 665) acerca da afetação negativa dos direitos fundamentais produzidas por intervenções legislativas: “Para que se produzca una afectación negativa de un derecho fundamental, resulta necesario que entre la norma legal y el derecho medie un nexo de causalidad o de idoneidad negativa, bien sea de tipo jurídico o fáctico. Es pertinente que la norma legal sea idónea para suprimir o eliminar jurídicamente la norma o la posición iusfundamental afectada —que contradiga la norma iusfundamental adscrita *prima facie*— (afectación jurídica,), o bien, que sea idónea para impedir o dificultar el ejercicio de las acciones o menoscabar el *status* de las propiedades o situaciones pertenecientes al derecho afectado (afectación fáctica)”. Destaquei no original.

²⁹⁵ No ponto comungamos do pensamento exposto por Júlio César dos SANTOS ESTEVES em sua obra intitulada *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 223: “A lei que, atingindo a propriedade — sem assumir objetivamente a expropriação —, retire todo o seu conteúdo de utilidade, não há ser aceita como válida, porque infringente do direito constitucional da propriedade, suscitando relativamente danos causados o dever de ressarcir”.

Hoje, porém, no hodierno Estado Democrático e Social de Direito não há como qualificarmos e enquadrarmos automaticamente uma limitação legislativa nestes moldes, posto que o neo-liberalismo vigente na medida em que se propõe a não intervir diretamente na vida econômica busca controlá-la cada vez mais através de regulamentações por demais específicas e direcionadas. O Estado não é liberal, mas sim dirigista, providencial e extremadamente regulador.

Assim, as limitações estatais propriamente ditas, antes tidas genericamente como uma ingerência maléfica e inaceitável ao exercício pleno e livre dos direitos, hoje, ademais de necessária para garantir o seu legítimo exercício, possuem outras facetas, dentre elas, a restritiva.

E esta pontual faceta representa para nós o grau mais avançado de limitação de um direito posto. E se a tal atividade legislativa porventura vier agregada concomitantemente um dano (limitação + dano), origina-se daí um sacrifício singularizado passível de compensação com causa na imposição de uma autêntica *restrição legislativa*. Esta é a premissa do nosso pensamento aqui exposto.

Dito o anterior, conforme nos ensina ABA CATOIRA²⁹⁶, comprova-se que a intervenção legislativa com caráter limitador moveu-se de extremo a extremo, pois de uma teoria liberal de absoluta inviolabilidade dos direitos fundamentais passou-se a uma realidade de intervenções legislativas discricionárias [não raro abusivas] até ser esta situação corrigida com o estabelecimento de um sistema constitucional de limitações submetidas ao controle de constitucionalidade.

Ainda sob o mesmo enfoque podemos dizer em complementação que são atos, pelo simples fato de serem legislativos e fundamentalmente imperativos — aos quais o particular, até ordem judicial em contrário, está obrigado sem mais a cumprir e a suportar, sob pena muitas vezes de sanção — que não estão cingidos a limitar o conteúdo flexível do direito de propriedade melhor compaginando o seu exercício no seio social.

Pelo contrário, visam a alterar, deliberada ou culposamente, e mediante uma coação (não raro irresistível e muitas vezes muito mais gravosa que a própria

²⁹⁶ ABA CATOIRA, *op. cit.*, 1999, p. 84.

expropriação parcial), a sua essência útil depreciando economicamente o bem jurídico objeto da tutela e da garantia constitucional (v.g. bem imóvel, propriedade intelectual) caracterizando, pois, a imposição do dano ou do sacrifício operada através de uma concreta e direta *restrição* ao exercício do direito de propriedade levada a cabo por diversos caminhos, como por exemplo, pela imposição de uma obrigação de dar, de fazer, de não fazer, etc.

A restrição legislativa fere o *conteúdo útil econômico* do direito de propriedade por impedir ou desproporcionadamente dificultar o exercício de uma faculdade dominial essencial às atividades de subsistência ou mesmo comerciais habitualmente levadas à cabo pelo proprietário, conteúdo econômico este não necessariamente confundível com o *conteúdo essencial* do direito de propriedade propriamente dito²⁹⁷.

O direito, mesmo após a imposição da restrição pode continuar exercitável, inclusive pode chegar a gerar posteriormente — de modo distinto ou mesmo menos oneroso ao originalmente empregado pelo proprietário no momento da restrição — resultados econômicos. Restrição não é sinônimo de desnaturação²⁹⁸.

²⁹⁷ Hans FISCHER (*Los daños civiles y su reparación*, traduzido do alemão com concordâncias e um apêndice sobre o Direito espanhol por W. Roces, Madrid, 1928, p. 06 e ss.), em que pese alinhar-se à *Differenztheorie* (teoria da diferença) proposta por Friedrich Mommsem no ano de 1853 em sua obra intitulada *Die Unmöglichkeit der Leistung* — dano como a diferença havida entre o somatório dos prejuízos e o somatório dos benefícios causados pela conduta ilícita —, defendia a idéia de que a dilapidação do patrimônio não deveria ser avaliada tão somente com base no somatório dos valores econômicos insitos nos *direitos e bens* afetados, de seu valor real de troca por seu correspondente valor econômico, mas também com base no valor proporcionado por sua utilidade prática (valor patrimonial de uso) na vida do lesionado. Para ele, a extensão do dano não estancava-se na *aestimatio rei* mas sim na busca pelo *id quod interest*. Neste esteio assevera que “*Sin embargo, no creamos que, actualmente, el valor de uso haya perdido toda importancia en el concepto de patrimonio. El matiz de subjetivismo a él inherente es esencial para fijar la noción de daño, y pronto hemos de ver el gran relieve que presenta en el régimen de indemnización la idea del «interés» y cuán poco resaltan, por el contrario, las de «valor de cambio» y «valor general». (...) Existen una serie de bienes y derechos que, aunque no encierren virtud productiva ni puedan convertirse en dinero, entrañan un valor —de uso— para su poseedor o titular, y representan, por consiguiente, valores patrimoniales, susceptibles de daño y, por tanto, de reparación*” (p. 15, destaques no original).

²⁹⁸ O TC espanhol advoga pela teoria absoluta do conteúdo essencial, ou seja, qualquer mínima constrição ao direito de propriedade acarreta violação da cláusula do conteúdo essencial do artigo 53.1 CE/78. Esta linha não deixa de ser um meio eficaz de proteção à incolumidade patrimonial dos jurisdicionados em face das investidas legislativas do Estado. Ocorre que no caso dos danos legislativos direciona a indenizabilidade dos danos e prejuízos à inconstitucionalidade de uma expropriação *ope legis* cuja essência é compensar pela via da *aestimatio rei*. As restrições legislativas constituem-se porém, a nosso ver, uma alternativa de melhor encaixe jurídico-dogmático ao tema da responsabilidade por atos legislativos porque estaria fundada não necessariamente na violação frontal e direta do conteúdo essencial do direito de propriedade, mas pela obstaculização do exercício daquelas faculdades dominiais economicamente úteis à vida cotidiana do proprietário que, se acaso violadas por uma imposição legislativa, permitiriam-lhe buscar a indenização de danos e prejuízos pela via mais ampla do *id quod interest*.

Outra coisa é enquadrarmos a atividade legislativa *restritiva* no conceito de expropriação forçosa equiparando-a a uma privação singular (Art. 1º LEF/1954) e outra bem distinta é identificar-lhe como um suposto fático legítimo capaz de desencadear, sob a égide da teoria da responsabilidade do Estado-Legislador, o dever estatal de indenizar.

Também distinto é afirmarmos quando a violação do conteúdo de um direito como o de propriedade emarca, ademais da imposição de uma restrição, um dano passível de compensação. Esse é o nosso desafio.

No que se refere ao termo *expropriação* podemos afirmar que a sua definição legal está disposta no apartado 1º, do artigo 1º, da LEF/1954 que assim dispõe:

Art. 1º. 1. “Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio”.

Sem maiores divagações, e ante à fácil compreensão do que seja um ato expropriatório em face da clara definição legal, é preciso deixar consignado que a expropriação, diferentemente da limitação e da restrição legislativas é, segundo o Art. 1.1 da LEF/1954, um ato *imperativo e consciente* do Estado (Administração Pública ou Legislativo) emanado com a finalidade específica de impor uma *privação singular* (extinção material, ainda que parcial) *de direito ou interesses patrimoniais legítimos dos particulares* por intermédio de uma venda, permuta, censo, arrendamento, ocupação temporal ou ainda pela mera cessação de seu exercício.

Sua essência, insista-se, ao contrário dos demais atos estatais intervencionistas, é privar, suprimir, quitar, extinguir ou aniquilar intencionalmente da esfera jurídica protegida do particular um direito ou interesse patrimonial que lhe pertence.

A sua configuração jurídica se completa com as determinações contidas no artigo 33.3 da CE/78 que exigem que a sua concretização obedeça a uma causa justificada de utilidade pública ou interesse social mediante a correspondente

indenização, tudo em conformidade com o disposto pelas leis, no caso, a própria LEF/1954 ou outra lei singular expropriatória específica.

Assim, juntados todos esses elementos resultantes da conjugação da vigente Constituição com a legislação procedimental promulgada em 1954, temos que o ato de expropriação pode ser entendido como *o ato público fundado numa causa justificada de utilidade pública ou interesse social emanado intencional e imperativamente em obediência a um procedimento formal que tem como fim específico promover a privação singular de direitos ou interesses patrimoniais pertencentes a particulares mediante o pagamento obrigatório de uma compensação econômica guiada pelo senso de justiça.*

4.9.2.b) Intervenções limitadoras (Art. 53.1 CE/78)

Vimos no decorrer do estudo que todas as normas e demais regramentos emanados pelo Estado devem necessariamente convergir para a Constituição.

Visualizamos, ademais, que todas as limitações a direitos fundamentais, notadamente ao direito de propriedade ao qual estamos especialmente centrados, procedem obrigatoriamente de uma lei no marco de uma prévia habilitação constitucional, ainda que implícita, admitida pelo princípio de reserva de lei insculpido no Art. 53.1 da CE/78 que por razões didáticas aqui tratamos de reproduzir:

“**Art. 53.1 da CE/78.** Los derechos y libertades reconocidos en el artículo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a”²⁹⁹.

A generalidade e abrangência de tal princípio induz-nos sem maiores problemas a constatar que o constituinte de 1978 quis, deliberadamente, instituir um notado freio à atividade legislativa ao mesmo tempo que garantir ainda mais o

²⁹⁹ “**Artículo 161**

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:
a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

patrimônio dos cidadãos contra as intervenções legislativas desautorizadas e injustificadas.

Pois bem, mas em que sentido e perspectiva devemos encarar o comando constitucional?

O artigo 53.1 admite que «*sólo por ley*» poderá o legislador dos direitos e liberdades fundamentais *regular o seu exercício* desde que, é claro, respeite sempre em primeiro lugar o seu conteúdo essencial garantido pela Constituição.

Nesse sentido, perguntamos: que tipo de lei é essa à qual deve se valer o legislador: apenas as gerais e abstratas? Leis especiais e leis individualizadas também são admitidas? Leis orgânicas e leis ordinárias?

Em primeiro lugar é possível admitirmos que essas leis são, aparentemente e em tese³⁰⁰, do tipo *orgânicas* (ou *reforçadas* em razão da exigência de quórum qualificado de maioria absoluta para a sua aprovação por parte do Congresso de Deputados — Art. 81.2)³⁰¹ ao teor do enunciado no artigo 81.1 da CE/78 — “*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*”.

A expressão constitucional «*desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*» num primeiro plano está empregada no sentido estrito de relegar a este tipo de leis (reserva de lei orgânica) a tarefa de desenvolver e fixar as bases e o conteúdo de um direito fundamental. Em segundo plano, pode congrega também uma autorização para impor limites e restrições ao seu exercício conforme uma ou outra vez já afirmado pelo próprio TC³⁰².

³⁰⁰ Em tese porque em verdade, conforme nos ensina MONTILLA MARTOS (1994, p. 53), “La ley singular puede ser una ley ordinaria, una ley orgánica o un decreto-ley; no podemos acotar una *fente legal singular* sino que un acto legislativo será singular cuando tenga esa estructura formal, cualquiera que sea el subtipo legal concreto. Por eso es importante delimitar un concepto unitario de ley en el ordenamiento y su posición constitucional como categoría normativa”. Destaque no original.

³⁰¹ “Se considera así que el art. 81.1 establece no una reserva a favor de un procedimiento, sino una *competencia* para una forma, que por sí misma produce el efecto de la rigidez y que, precisamente por eso, no podrá utilizarse más que para la materia reservada del art. 81.1” (DE OTTO, 1988, p. 115). Destaque no original.

³⁰² A nosso juízo uma das STCs que mais expressa esse caráter dúplice da expressão «*desarrollo*» contida no artigo 81.1 da CE/78 é a STC 140/1986, de 11 de novembro (Relator: Luis López Guerra) versante

Todavía, apesar da necessária rigidez que deve nortear toda e qualquer limitação ou restrição ao conteúdo “não essencial” de um direito, não é correto afirmarmos que toda imposição legislativa neste sentido deva obedecer à vontade de uma maioria absoluta de congressistas de determinada legislatura que votaram pela aprovação de uma lei orgânica limitativa-restritiva³⁰³.

Até porque “(...) «los derechos fundamentales y libertades públicas» a que se refiere el art. 81.1 de la Norma suprema son los comprendidos en la Sección 1.ª, Capítulo Segundo, Título I, de su Texto (STC 76/1983, de 5 de agosto), exigiéndose, por tanto, forma orgánica para las leyes que los desarrollen de modo directo en cuanto tales derechos (STC 67/1985, de 26 de mayo), pero no cuando meramente les afecten o incidan en ellos, so pena de convertir a las Cortes en «constituyente permanente» con

sobre um recurso de amparo que tinha como plano argumental de fundo a alegação de que a sanção penal imposta pela Audiência Nacional — e posteriormente confirmada pelo TS — ao Sr. Francisco Cobo Picados deveria ter tido como suporte não a lei ordinária 40/1979, de 10 de dezembro, sobre Regime Jurídico de Controle de Câmbios, sob à qual (Art. 7º.1.2º) fundaram-se as respectivas decisões, mas sim uma lei do tipo orgânico conforme exigência constitucional do artigo 81.1 c/c artigo 17.1, ambos da CE/78.

O TC, em sua maioria, partindo da premissa de que “*El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el art. 10.1 de la C.E., es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social*” entendeu na ocasião que o recorrente em amparo tinha efetivamente o direito fundamental de ser condenado com base numa legislação penal qualificada como orgânica. Todavia, em contrariedade a tal argumento, pronunciou-se com bastante solidez e razoabilidade jurídica o magistrado Eugenio Díaz Eimil cuja dissidência centrou-se sinteticamente no seguinte ponto: a distinção entre «*leyes de desarrollo*» e «*leyes limitativas*» e a sua correlação com o artigo 17.1 da Constituição. Foram suas palavras:

“*A tal efecto, debe distinguirse entre «leyes de desarrollo» y «leyes limitativas», y señalar que las primeras son aquellas que, de manera específica y a su solo objeto, establecen la configuración del derecho o libertad, determinando su contenido, forma de ejercicio y garantías procesales, es decir, constituyen el estatuto general del derecho o libertad que desarrollan, mientras que las segundas, dictadas al margen de todo propósito de regulación de los mismos, son las que inciden en ellos de manera negativa con normas que limitan su ejercicio o incluso lo suprimen temporalmente. Es claro que las leyes penales sustantivas, que establecen delitos y sus penas correspondientes, son leyes que, en relación con el derecho a la libertad personal, no son incluíbles entre las primeras, pues su objeto no es definir su contenido, sino que pertenecen a las segundas en cuanto inciden en su ejercicio, al autorizar penas que impiden su ejercicio*”.

Com base neste argumento entendeu o magistrado que o alargamento do conceito de «desarrollo» e a não distinção entre as espécies propostas (“*leyes de desarrollo*” e “*leyes limitativas*”) promoveria o surgimento da estranha figura denominada «*leyes de desarrollo negativo de los derechos fundamentales y libertades públicas*» concomitantemente à faceta positiva insita no conceito progressista de «desarrollo». Negando o enquadramento da lei penal substantiva (definidora dos tipos penais e suas correspondentes sanções) no conceito de «*leyes de desarrollo*» e afirmando a não correspondência do termo «*ley*» empregado no Art. 17.1 como sinônimo de «*ley de desarrollo*» proclamado no Art. 81.1 da CE/78 entendeu que não houve violação, por parte dos Tribunais *a quo*, do direito fundamental de liberdade sendo, portanto, em sua (acertada) opinião, improcedente o recurso de amparo.

³⁰³ “(...) *El carácter orgánico de una norma significa tan sólo que no podrá ser modificada más que por una mayoría absoluta, esto es, que tendrán rigidez orgánica; si en una ley orgánica se incluye una norma que no debe tener ese carácter, lo único que ocurrirá es que esa norma en concreto no tendrá esa rigidez y podrá ser modificada como si estuviese incluida en una ley ordinaria; la norma relativa a una materia conexa no será nula, sino válida, con la única diferencia respecto de las demás de que carecerá de esa resistencia a la reforma que sólo puede concurrir en los preceptos verdaderamente orgánicos*” (DE OTTO, 1988, p. 119).

la proliferación de Leyes Orgánicas (STC 6/1982, de 22 de febrero)”, conforme nos salienta a controvertida STC 160/1987, de 27 de outubro (Relator: Carlos de la Vega Benayas), em seu FJ 2º.

Não há como defendermos que essa seja a única via admitida pela CE/78. Entendemos que paralelamente à lei *orgánica* há que se dar passo também às leis *ordinárias* na hora de o legislador decidir pela imposição de condicionamentos *ao ejercicio* (e não ao conteúdo material) de determinado direito, sobretudo no que se refere ao direito de propriedade que formalmente não está enquadrado na seção do texto da Constituição de 1978 que descreve os direitos do tipo fundamental.

No ponto, mister se faz transcrevermos a prudência interpretativa de Ignacio DE OTTO a respeito do termo «desarrollo» contido no artigo 81.1 da CE/78:

“La propia Constitución ofrece un criterio sistemático para averiguar qué haya de entenderse por desarrollo, pues el art. 53.1 establece que corresponde a la ley —y aquí se trata de ley ordinaria— regular el ejercicio de los derechos comprendidos en el Cap. II del Tít. I, es decir, también de los derechos y libertades cuyo desarrollo está sometido a reserva de ley orgánica. Es claro, por tanto, que el «desarrollo» es cosa distinta de esa «regulación del ejercicio» y que no cabe atribuir a la ley orgánica todo lo que «afecte» al derecho, ni siquiera todo lo que se pueda considerar regulación de su ejercicio, sino algo menos.

Un segundo dato para determinar en qué consiste el desarrollo de los derechos y libertades lo proporciona el propio término «desarrollo»: a pesar de la literalidad del art. 81.1 es obvio que lo que se desarrolla no es el derecho a la libertad, sino la *norma* que lo reconoce. Lo que el art. 81.1 encomienda a la ley orgánica no es regular el derecho, sino desarrollar la norma constitucional, y con ello atiende a un problema específico de las normas constitucionales de reconocimiento de derechos: su carácter *abstracto*, que resulta de la mención genérica de las conductas — por ejemplo «reunirse», «expresarse» — las cuales en la realidad han de transcurrir siempre como algo concreto”³⁰⁴. Destaques do autor.

Outrossim, como se percebe do questionamento lançado verificamos que apesar da remissão expressa do constituinte à regulação dessas limitações mediante ato do legislador infraconstitucional denota-se que a redação do artigo 53.1 restou demasiado aberta para afirmarmos que as limitações legislativas a direitos e liberdades só poderão ocorrer se direcionadas indistintamente a todos os cidadão ou ao menos um

³⁰⁴ *Ibidem*, DE OTTO, p. 117.

número indeterminado de pessoas caracterizando-a como uma reserva de lei do tipo geral^{305 306}.

Não, pelo contrário. A CE/78, desvinculada de todo e qualquer resquício ou amarra ao conceito tradicional e formal de lei, não estipulou uma forma jurídica rígida e única para a intervenção estatal (lei geral, lei singular, ato administrativo tão somente). Optou claramente pela polivalência normativa³⁰⁷.

O artigo em comento (53.1) não tratou nem de enfatizar a natureza geral da reserva legal muito menos tratou de estabelecer em tom de exceção uma reserva de lei do tipo específico (reserva de limitação) para determinados casos em que pese haver no texto constitucional alguns contados exemplos da técnica empregada pelo constituinte

³⁰⁵ Para Francesc de CARRERAS (1989, p. 308), catedrático de Direito Constitucional da Universidade Autônoma de Barcelona, “Como sucede con la distinción ley formal/ley material, en un Estado democrático como es el configurado por la Constitución española, una reserva de ley con tal carácter [geral] no tiene sentido. (...) En consecuencia, no hay reserva de ley en el sentido clásico, sino principio de legalidad democrático en el sentido que lo caracterizó Winkler (positive *Bindung* o principio de vinculación positiva).

Sin embargo, sí puede hablarse de una reserva de ley con distinto carácter, adecuado este al texto constitucional y plenamente identificado con el principio democrático que inspira a nuestro Estado. En efecto, se trata de encontrar un sentido a las *reservas concretas de ley existentes en nuestra Constitución*, que son numerosas y en algún precepto muy amplias (art. 53 CE) y de difícil interpretación”. Destaques no original.

³⁰⁶ “Esta reserva constitucional [art. 53.1]...se sitúa en una dimensión completamente distinta a la que aparece en el artículo 81.1. En tanto que esta última se inscribe en *una relación internormativa* —entre Constitución y ley— para atribuir a una determinada fuente la tarea de completar, en un cierto ámbito, los enunciados constitucionales, la regla que asigna sólo a la ley la regulación del ejercicio de los derechos contempla, en un plano diverso, *toda incidencia normativa sobre determinadas situaciones subjetivas* creadas por la Constitución. Cualquier afectación normativa de éstas queda, así, genéricamente contemplada en el artículo 53.1 y sometida al límite del respeto a su contenido esencial y lo está también, ciertamente, el modo mismo de intervención legislativa que describe la Constitución como ‘desarrollo’ de los derechos y libertades. Pero no porque ‘desarrollo’ y ‘regulación del ejercicio’ sean conceptos alusivos a ámbitos análogos, aunque no coextensos, sino porque todo ‘desarrollo’ de los derechos —de las normas constitucionales que los enuncian, mejor— ha de entrañar, necesariamente, una regulación de su ejercicio” (JIMÉNEZ CAMPO, J. «El legislador de los derechos fundamentales», em *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pp. 501/502). Destaques no original.

³⁰⁷ “(...) al diversificar los tipos legales, lo que el constituyente ha querido es precisamente que no todas las leyes tengan la misma energía derogatoria activa y pasiva. Al lado de una fuerza normal, propia de las leyes ordinarias, la Constitución ha reservado ciertas materias y decisiones a distintos tipos legales dotados de mayor rigidez, con finalidades diversas: garantizar una estabilidad superior en ciertas regulaciones, forzar el consenso para la adopción de determinadas medidas, etc. Se trata, por tanto, de la implantación de verdaderas *fuentes reforzadas*.

(...) Ninguna disposición constitucional expresamente exige la generalidad y abstracción como requisito de validez de las leyes y, como inferencia exclusiva del principio de legalidad del art. 9.3 CE, parecería excesivamente restrictiva de la potestad legislativa. Por lo tanto, en la medida en que no vulneren las anteriormente examinadas reservas de Poder Judicial y Administración y en tanto respeten el límite del artículo 14 CE —que por sí solo no veda la singularidad de la ley—, las leyes pueden tener un grado mayor o menor de generalidad y abstracción e, incluso, ser singulares” [DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M. «Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)», em *REDC*, a. 8, nº 24, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988 (Septiembre-Diciembre), pp. 69 e 87]. Destaques do autor.

neste sentido, conforme se verifica na redação do artigo 17.1³⁰⁸ citado correntemente pela doutrina³⁰⁹.

Limitou-se, porém, a exigir que as eventuais constringências respeitem basicamente o seguinte: 1º) que sejam efetivadas no corpo de uma lei e; 2º) que não desnaturem o conteúdo essencialmente protegido dos direitos e liberdades fundamentalmente reconhecidos^{310 311} no momento de regular socialmente os seus respectivos exercícios. E nada mais!

Assim, deixou em aberto uma autorização implícita e facilmente compreensível de que as limitações e restrições legislativas podem perfeitamente realizar-se por intermédio de uma lei específica e singularmente editada para atender a um suposto fático determinado sem, contudo, incorrer em inconstitucionalidade na medida em que não opôs qualquer óbice e vedação expressa ao legislador infraconstitucional no sentido de intervir nestas condições quando as circunstâncias fáticas e o tráfico jurídico assim aconselharem³¹².

³⁰⁸ “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos **en la ley**”. (Grifamos). Lei específica para tal matéria e não uma lei qualquer.a

³⁰⁹ Não bastasse, outros exemplos de supostos que autorizam e requerem a edição de leis singulares para a sua conformação ao texto da CE/78 costumam ser objeto de citação por parte da doutrina tais como os artigos 55.2; 57.5; 93; 128.2; 131.1; 135.1; 141.1; 144, alíneas “a” e “c”; etc.

³¹⁰ Em sentido contrário pode-se pensar que reservas de leis específicas não relativas a direitos e liberdades fundamentais não estão sujeitas ao limite do conteúdo essencial imposto pelo artigo 53.1 da Constituição de 1978, o que não é verdade porque a cláusula de preservação do conteúdo essencial não é uma garantia restrita dos direitos ditos *fundamentais*.

³¹¹ No que se refere ao princípio da reserva de lei insculpido no artigo 53.1 CE/78 aplicada aos *limites immanentes* dos direitos fundamentais confira-se o esclarecedor artigo conjunto de Mariano BACIGALUPO SAGGESE e Francisco VELASCO CABALLERO intitulado ««Limites inmanentes» de los derechos fundamentales y reserva de ley (Dos puntos de vista a propósito de la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1993)», em *REDA*, nº 85, Civitas, Madrid, 1995 (Enero-Marzo), pp. 115-131.

³¹² Seguramente o exemplo mais notório da capacidade de limitação em caráter individual e temporal de um direito fundamental por parte do legislador ordinário encontra-se previsto no artigo 55.2 da CE/78 que diz, literalmente: “Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”. Uma abordagem detalhada deste dispositivo constitucional podemos encontrar na STC 199/1987, de 16 de dezembro.

Outrossim, não impôs qualquer vedação ao complemento de tais limitações legislativas por intermédio de leis delegadas, regulamentos³¹³ e outras espécies normativas porventura levadas à cabo pelo Governo e pelas Administrações Públicas.

Nesse sentido, contrariou até mesmo o influente modelo adotado na circunvizinha Alemanha, berço das discussões jurídicas acerca das leis-medida, onde taxativamente o constituinte da vigente Lei Fundamental de Bohn de 1949 deixou consignado em seu artigo 19.1 (abaixo traduzido) que qualquer limitação ou restrição a direito fundamental via lei singular de intervenção é presumidamente inconstitucional³¹⁴. Portanto, de tal presunção carece o ordenamento jurídico espanhol ao contrário de outros^{315 316}.

Art. 19.1 LF/1949: Quando de acordo com a presente Lei Fundamental um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de uma lei, esta deverá ter carácter geral e não limitada ao caso individual. Ademais, deverá citar o direito fundamental indicado no artigo correspondente.

³¹³ Relembre-se que não há na CE/78 uma reserva regulamentar em favor da Administração Pública como em outros países do entorno (ex. França).

³¹⁴ Por tal razão, esse artigo é segundo a doutrina especializada um dos instrumentos jurídicos mais práticos hoje existentes na aplicação do princípio da igualdade num Estado Democrático de Direito. Entretanto, dito dispositivo não é capaz de induzir-nos a defender, sempre, a ilegalidade e inconstitucionalidade de *toda e qualquer* lei singular, eis que a presunção do Art. 19.1 LF está adstrita ao ato legislativo e/ou administrativo de limitação e/ou restrição a direito tido por fundamental. Nesse aspecto a presunção é do tipo *iuris et de iure* (absoluta), segundo a maioria doutrinária. No âmbito doutrinal e jurisprudencial há um grande questionamento acerca do alcance regulatório de tal dispositivo, conforme nos recorda STARCK (1979, p. 82 e ss.).

³¹⁵ A República Portuguesa adotou em sua vigente Constituição de 1976 (art. 18.3) praticamente o mesmo teor empregado ao artigo 19.1 da LF/1949 ao estabelecer que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto”. Segundo nos ensina Manuel Afonso Vaz em sua tese doutoral (Porto, 1993, pp. 201 e 323 e ss.) o constituinte entendeu que as restrições aos direitos, liberdades e garantias deveriam ser gerais porque as leis *não gerais* representavam um especial perigo de desrespeito à igualdade material sendo, pois, esta fórmula constitucional um reforço adicional à proibição geral do arbítrio. A regra geral para a resolução judicial das colisões de direitos é, segundo ele, a interpretação direta dos preceitos constitucionais. A exceção seria a mediação legislativa restritiva só justificável para os «conflitos de confluência de conteúdos normativos constitucionais» previsíveis e padronizáveis tipificados no texto constitucional, o que não afasta na sua visão a possibilidade excepcional de editar-se uma lei singular impositora de uma necessária e justa discriminação normativa. Neste sentido, são suas palavras (pp. 363/365): “Se, porém, a lei dispõe sobre matérias que não estão materialmente determinadas na constituição, sendo ela mesma a *medida jurídico-política das soluções socialmente justas*, pode, excepcionalmente, um *caso de vida* requerer uma imediata e auto-executiva resposta que a lei politicamente assegure. Não estará aqui respeitado o carácter geral e abstracto da lei, mas nem por isso a lei será automaticamente inconstitucional, posto que, se o legislador constituinte prescreve a igualdade como requisito essencial da lei, não exige a generalidade como característica essencial de toda lei. (...) Aqui, o princípio da igualdade tem *na* lei a sua realização e a lei não deixa por isso de ser *igual para todos*”. Destaques no original.

³¹⁶ A Constituição Política Chilena de 1980 parece refletir, ao menos no que tange à restrição do direito de propriedade, um sentido aparentemente contrário ao preceito (art. 19.1) da LF de Bohn de 1949 ao estabelecer em seu artigo 19, inciso 24º, primeira parte, a garantia de que só mediante lei *geral ou especial*, por causa de utilidade ou interesse público, alguém poderá ser privado ou expropriado de sua propriedade, do bem (corpóreos ou incorpóreos) sobre a qual recai ou de alguns dos atributos ou faculdades essenciais do domínio.

E tal falta de exigência constitucional quanto a estrutura formal geral da lei interventora-limitadora foi até mesmo enfatizada pelo TC em um par de sentenças conforme destacado por Maria Consuelo ALONSO GARCÍA em sua obra sobre a responsabilidade patrimonial do Estado Legislador, nestes termos: “*En definitiva, para el Tribunal Constitucional, la Constitución no impone, ni explícita ni implícitamente, ninguna estructura formal a la Ley, por lo que las singulares que rompen el esquema tradicional no se contradicen con aquélla*”³¹⁷.

MONTILLA MARTOS também é bastante esclarecedor neste sentido:

“Frente al modelo alemán y portugués (reserva de generalidad de las leyes restrictivas de derechos fundamentales) y el italiano (en determinados preceptos constitucionales que regulan el ejercicio de algunos derechos fundamentales) que han reconocido un límite constitucional a la actuación limitadora de la ley que afecta a su estructura formal, la Constitución española no contiene ninguna referencia a esa estructura, ni en el ámbito material de los derechos fundamentales —concretamente respecto a su limitación o condicionamiento— ni en ningún otro ámbito que funcione, inmediatamente, como límite a la promulgación de leyes singulares. El único *límite de los límites* [*Schrankenschränken*] contenido en el artículo 53.1 CE, sistémicamente equiparable al 19.1 GG y al 18 CRP, es el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas. El Tribunal, sin embargo, arguye que la imposibilidad de condicionar o impedir el ejercicio de derechos fundamentales a través de leyes de estructura singular, la *reserva implícita* de generalidad, deriva tanto de la *naturaleza* de los derechos fundamentales como de los principios en que está fundamentado nuestro ordenamiento. (...) Por tanto, en esa interpretación, existirían dos límites a la potestad legislativa de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales: el límite material de la afección de su contenido esencial por la actuación legislativa —«que en todo caso deberá respetar su contenido esencial» (art. 53.1 CE)— y «por su propia naturaleza», el límite que impide la utilización de leyes de estructura singular para condicionar el ejercicio de derechos fundamentales»³¹⁸. Destagues no original.

Não bastasse, ainda acrescenta o autor que

“Las leyes singulares que regulan el ejercicio de los derechos fundamentales no pueden constreñirse al orden *genérico y racional* de actuación de ese derecho fundamental, con el mismo alcance abstracto de la formulación constitucional, sino que habrán de precisar las actuaciones concretas de estos derechos fundamentales. En ese ámbito, las leyes de estructura singular pueden constituir, aun con carácter excepcional, en derechos con una amplia dimensión prestacional, un medio

³¹⁷ ALONSO GARCÍA, M.C. *La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 108.

³¹⁸ MONTILLA MARTOS, *op. cit.*, 1994, pp. 203/204.

adecuado para el desarrollo de esta dimensión prestacional del derecho que *condiciona* su ejercicio”³¹⁹. Destaques no original.

Por tal razão, constata-se que a Constituição de 1978 não cerrou passo a tal espécie de leis dotadas de uma estrutura formal singularizada apesar de já ter o TC tratado de dotar tal via como de cunho estritamente *excepcional*³²⁰.

4.9.2.b.1) A cláusula do conteúdo essencial como limite dos limites à atividade reguladora de direitos e liberdades fundamentais

A implementação da idéia de vinculação do legislador ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais estabelecidos no corpo das Constituições teve como impulso inicial a regulamentação prescrita nos artigos 1.3 e 19 da vigente Lei Fundamental de Bonn de 1949, a primeira Carta Política a estabelecer como eixo central de seu discurso o respeito a uma relação pormenorizada de direitos fundamentais (artigos 1 ao 19), em notada reação contra o funesto e então recém caído (1945) regime nacional-socialista (nazista) de Adolf Hitler.

Influenciado por tal precedente o constituinte espanhol também não exitou em adotar e a incorporar tal premissa de intangibilidade do conteúdo essencial (*Wesensgehalt*) dos direitos fundamentais ao seu ordenamento jurídico. Assim o fez com a redação dada ao artigo 53.1 da CE/1978, já transcrito.

Com tal dispositivo, ademais de reforçar o claro mandamento do artigo 9º da CE/1978, tratou inteligentemente o constituinte por *vincular* a atuação do legislador sob 02 (duas) vertentes, conforme nos ensina MEDINA GUERRERO³²¹: uma *vinculação negativa* impedindo que o legislador edite lei autorizando quaisquer ingerências dos poderes públicos sem a devida autorização constitucional e uma *vinculação positiva*

³¹⁹ *Ibidem*, MONTILLA MARTOS, 1994, p. 210.

³²⁰ No que tange à excepcionalidade do uso das leis singulares de intervenção PIGNATELLI (*op. cit.*, 1995, p. 130) chega a sugerir que a atuação do legislador nestes casos, a exemplo do que ocorre com o Poder Executivo ao qual se exige uma circunstância de *extraordinária e urgente necessidade* para a emanação direta de normas com força de lei, esteja limitada também a circunstâncias especiais, nestes termos: “(...) Si para la regulación por el Ejecutivo de determinadas materias por medio de normas con rango de ley se exige la circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad, quizás sería oportuno que para que el Legislativo cumpliera con funciones propias del Ejecutivo se le exigiera la consecución de circunstancias especiales, cuya singularidad, por un lado, fuera tal que no pudieran regularse por los medios jurídicos ya existentes, de forma que fuera necesaria la innovación del ordenamiento jurídico y cuya necesidad, por otro lado, de regulación con rango jerárquico de ley se justificara también en atención a la importancia del supuesto de hecho a resolver por medio de una norma con fuerza jurídica y política de Ley”.

³²¹ MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, 1996, p. 04.

obrigando-o a exercer a sua função legislativa no sentido de tornar os direitos fundamentais plenamente eficazes.

Isto é, no plano objetivo dos direitos expressamente consagrados no texto constitucional tratou o constituinte de impor ao legislador o mandato de garantir a sua vigência e eficácia ao longo do tempo ao instituir a máxima proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais permitindo desde então, no plano puramente subjetivo do exercício de tais direitos, que o seus titulares se defendam contra a toda e qualquer ingerência ilegítima e desautorizada constitucionalmente por parte do Estado.

Desse az de mandamento e ao mesmo tempo de atribuição de garantias, faculdades e possibilidades de exercício pleno dos direitos subjetivos consagrados que irradiam da análise profundizada do texto constitucional, mormente no que se refere ao tema das limitações impostas ao exercício do poder de legislar pelo artigo 53, extrai-se que o constituinte quis deliberadamente blindar contra quaisquer ataques ou investidas (inclusive aquelas aparentemente despretenciosas por parte do poder público) o cerne dos direitos ditos fundamentais, o seu núcleo duro, o seu conteúdo essencial constitucionalmente protegido (\neq legalmente protegido³²²), petrificando-o com vistas a protegê-lo incondicionalmente contra quaisquer tentativas de amputações e mantê-lo intacto e incólume no tempo e no espaço.

Além disso, procurou evitar que sua desnaturação se dê, por exemplo, por um simples, famigerado e inconseqüente ato ou interesse particular e desvirtuado do legislador ou do grupo político que o mesmo representa.

Afinal, *“(...) sin un contenido mínimo, sin un contenido apriorístico, el reconocimiento del art. 33.1 de la Constitución queda en el terreno de las declaraciones platónicas, o de las victorias pírricas. Si la ley en cada caso determina qué facultades se contienen y cuáles no. Si la ley, siempre que se haga de modo no singularizado, puede detraer poderes al propietario. ¿Qué alcance puede darse al*

³²² Referimo-nos ao poder que o legislador tem de criar novas faculdades de exercício e meios de proteção adicionais àquelas pré-estatuídas pela Constituição, ou seja, à sua capacidade positiva de suplementar o conteúdo mínimo que o texto constitucional fixa para determinados direitos formando um leque garantista autônomo no âmbito infraconstitucional destinado a proteger não o conteúdo constitucionalmente protegido, mas sim um conteúdo suplementar *legalmente* protegido.

reconocimiento constitucional? Porque no basta que la ley respete el ‘nomen’ de la propiedad, si se trata de un nombre o título vacío de contenido”³²³.

Por certo — e isto não há com o que confundir-se — que o constituinte deu ampla margem ao legislador infraconstitucional³²⁴ de instituir o conteúdo e a forma dos direitos que a Constituição consagra dando-lhe, ademais, margem de manobra para, querendo, se a evolução sócio-jurídica assim o permitir, reformular-los e configurar-los constantemente objetivando torná-los mais eficazes e realizáveis no plano concreto, sempre de acordo com as exigências do bem comum.

Quanto a manipulação responsável desse conteúdo dinâmico do direito fundamental o legislador é soberano na regulamentação constante de seu modo de *exercício* nos exatos termos da redação da parte final do apartado 1º do Art. 53 da CE/78 que dispõe claramente que “*Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)*”. Grifei e sublinhei.

A sua discricionariedade para escolher o melhor, o menos oneroso e o mais conveniente instrumento e caminho em sua tarefa de impor *in concreto* limitações e restrições ao exercício de um determinado direito, dentre as diversas possibilidades constitucionalmente lícitas e autorizadas, é bastante ampla e assim sempre deverá continuar sendo pelo bem do respeito à legalidade e do Estado Democrático e Social de Direito.

A liberdade de atuação e configuração legislativa do legislador é princípio basilar de qualquer Estado minimamente organizado devendo ser a todo custo fortalecida e preservada. Dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos o

³²³ MONTES, V.L. *La propiedad privada en el sistema de derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 149 e 156 *apud* Pablo ARRIBAS BRIONES, *op. cit.*, pp. 91/92.

³²⁴ Cumpre neste aspecto salientar que a Constituição espanhola outorga a tarefa de delimitar e limitar direitos e liberdades fundamentais sem violar o seus respectivos conteúdos essenciais única e exclusivamente ao legislador infraconstitucional não admitindo qualquer hipótese de colaboração entre poderes ou leis e normas infralegais, ou seja, a CE/78 veda que o legislador renuncie ou delegue o seu papel de regular os direitos e liberdades fundamentais (Arts. 53.1 e 81.1) a outros entes estatais, o que não significa que não possa exigir-lhes ou mesmo autorizar-lhes expressamente a complementar em pormenores os aspectos básicos regulados sempre e quando, “*(...) por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la ley pertinente* (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4)”, conforme nos esclarece v.g. o TC na STC 112/2006, FJ 3º.

legislador é livre para regular o direito ou a instituição jurídica que considere adequada, conveniente e oportuna³²⁵. Isso é um dogma universalmente aceito.

O que não merece o respaldo da ordem jurídica — e por isso devem ser combatidos — são os eventuais excessos cometidos pelos agentes políticos do Estado em razão de desvios e abusos que não raro soem caracterizar muitos de seus legados.

Sem embargo, quando a sua atividade objetivar recair sobre a própria essência, a própria substância que dá razão ao reconhecimento de tal direito, sob que pretexto e sobre que grau de intervenção for, o próprio texto magno se encarrega de instituir uma proibição absoluta ao poder de legislar brecando qualquer possibilidade de intervenção sobre esse núcleo intangível do direito fundamental em jogo.

Contudo, não resulta nada fácil delimitarmos com exatidão qual o conteúdo constitucionalmente declarado e até onde pode o legislador chegar a atuar positiva e politicamente quando buscar intervir na regulamentação de um direito fundamental já que a CE/78, apesar de garantir a intangibilidade de seu conteúdo essencial, não chega a precisar sequer minimamente qual seria o alcance da proteção constitucional.

O problema gerado por esta falta de delimitação formal por parte da Constituição só é possível de ser superado através de uma árdua e meticulosa interpretação constitucional e empírica calcada num fundado arrazoado jurídico tendente a fixar *in concreto* o seu conteúdo essencialmente protegido, último limite material contra a fúria do legislador.

Diante de tal circunstância, e no intento de nos aproximarmos à compreensão do objeto do presente estudo, nada melhor que valhermo-nos da interpretação

³²⁵ “El legislador es, ciertamente, libre, en los límites, por supuesto, de la Constitución, para elegir, de entre todas las posibles, la alternativa o vía de acción que estime en cada caso más conveniente y lo es también para escoger las razones que mejor puedan justificar su elección, *dentro, claro está, del cuadro de razones que concretamente admita la norma que le sirva de fundamento jurídico*, como también se ha cuidado de precisar la misma Sentencia de Tribunal Europeo [Sentença de 26 de março de 1987]. Las razones del Legislador han de ser, pues, coherentes con los fines a los que la norma legal ha de orientarse, es decir, susceptibles de explicar satisfactoriamente la adecuación a esos fines de medios y las técnicas puestas en juego, su potencial aptitud, por lo tanto, para servir a los fines perseguidos, así como su capacidad para alcanzarlos sin imponer sacrificios innecesarios por excesivos” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1998, p. 160, destaques no original).

jurisprudencial que o próprio guardião e máximo intérprete da Constituição, o Tribunal Constitucional Espanhol, vem dando aos casos em que se lhe reclamam solução³²⁶.

Isso é imprescindível porque, afinal, se o TC não tratar de definir minimamente *in abstracto* qual seja o conteúdo essencial de um direito como exigir que o legislador o respeite e o preserve na hora de limitá-lo impondo-lhe restrições, se ainda juridicamente não previamente o conhece (conteúdo)? Como qualificar a sua conduta legisferante como abusiva, excessiva ou arbitrária sem a fixação de mínimos critérios neste sentido? Como justificar o eventual direito de compensação do particular?

Apreciemos, portanto, em breves linhas, o que este alto tribunal entende pragmática e genericamente por conteúdo essencial de um direito fundamental e quais os critérios jurídicos (objetivos e/ou subjetivos) empregados no labor de estatuir quais sejam as faculdades necessárias e indisponíveis para tornar tal direito reconhecível («*recognoscible*») e absolutamente protegido e, por conseguinte, até onde pode chegar a atividade limitativa lícita do Estado Legislador.

Já num dos seus primeiros pronunciamentos tratou o Tribunal Constitucional de deixar consignado uma linha de entendimento de que o conteúdo essencial de um direito está umbilicalmente atrelado ao seu caráter reconhecível (de «*recognocibilidad*») no mundo jurídico.

Em concreto por ocasião da prolação da STC 11/1983, de 08 de abril (Relator: Luis Díez-Picazo y Ponce de León), em seu fundamento jurídico 8º (oitavo), relativa a problemática da constitucionalidade (adequação, receptividade) do Real Decreto-Lei nº 17/77, de 4 de março, regulador do direito de greve e dos conflitos coletivos de trabalho em relação à CE/78, registrou o TC que a conceituação do que seja o conteúdo essencial de um direito pode ser extraída sob 02 (dois) prismas complementários: pelo de sua natureza jurídica e pela importância dos interesses juridicamente protegidos como núcleo e medula dos direitos subjetivos.

³²⁶ Quanto ao dever de fixação subsidiária do conteúdo constitucionalmente protegido de um direito pelo Tribunal Constitucional assim se pronuncia certamente Ana ABA CATOIRA (1999, p. 133): “(...) *cuándo la delimitación del derecho no viene expresada en la Constitución, ni la ha acometido el legislador en desarrollo del mismo, será el Tribunal Constitucional quien, en última instancia, elabore su contenido constitucionalmente protegido y dicha determinación la llevará a cabo, generalmente, cuando enjuicia la constitucionalidad de una intervención en el derecho*”.

Pelo 1º (primeiro), “*Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales*”. Grifei.

Pelo 2º (segundo), a essencialidade do conteúdo de um direito se desnatura “*cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o*³²⁷ *lo despojan de la necesaria protección*”.

Esta é a concepção que está enraizada no seio do TC para quem um direito reconhecível é aquele que preserva a sua natureza e identidade conservando em seu núcleo intangível as *facultades imprescindíveis* que permitem ao seu titular exercitá-las com o fito de satisfazer todas as suas necessidades pessoais e demais possibilidades que dito direito subjetivamente lhe outorga.

Esta linha argumentativa exposta e defendida pela TC nos instiga a trazer à lume uma importante questão: afinal, o que a cláusula de incolumidade do conteúdo essencial da propriedade [no nosso caso] está a garantir e preservar: o direito à propriedade em si composto por todas as facultades e possibilidades que do seu exercício lícito emergem ou a propriedade como instituição?

Particularmente, apesar de entender que a cláusula do artigo 53.1 da CE/78 está direcionada à garantia do direito à propriedade privada e ao seu exercício econômico (ainda que mínimo) pelo particular e não à defesa incondicional da propriedade como instituto jurídico — o que nos leva a concluir que conteúdo essencial da propriedade

³²⁷ Perceba-se que os critérios de impraticabilidade, dificuldade além do razoável e de despossessão apresentados na STC 11/1983 não são cumulativos. Basta a configuração de um deles para que haja ofensa ao conteúdo essencial de um direito fundamental. Reitera ainda o TC: “*(...) no será vano reiterar que entendemos por «contenido esencial» aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga*”.

Aqui constata-se claramente que o conteúdo (todo) praticamente se confunde com as próprias facultades dominiais que o integram (parte) numa notada adoção da teoria absoluta de proteção ao conteúdo essencial adotada pelo TC espanhol.

como instituto não é o mesmo que conteúdo essencial das faculdades inerentes ao exercício prático do direito à propriedade —, vislumbramos que o TC não fixou até agora de forma clara o direcionamento e o verdadeiro enfoque de suas afirmações quanto à «recognoscibilidad» do direito ou do tipo (instituto jurídico) em que o mesmo encontra-se inserido ou tipificado.

Esta dubiedade aliada à tese de que o direito de propriedade possui como única garantia a cláusula indenizatória/expropriatória universal do artigo 33.3 da CE/78 nos leva a crer que inclinou-se a Alta Corte por adotar a *teoría absoluta* de proteção dos direitos (sobretudo os fundamentais) com base na seguinte fórmula passível de discussão sob o ponto de vista da atuação concreta do legislador³²⁸: ato legislativo materialmente expropriatório = privação singular = violação do conteúdo essencial do direito de propriedade = inconstitucionalidade = eventual aplicação da garantia indenizatória do artigo 33.3 da CE/78, se provado o dano e o seu nexos causal nas vias ordinárias.

Essa adoção esclerosada do ato legislativo materialmente *expropriatório* conceitualmente alargado com o fito de englobar todo e qualquer sacrifício gerado legislativamente aos particulares em todo o amplo raio de ação que medeia os extremos da limitação geral do exercício do direito de propriedade e a expropriação propriamente dita da propriedade particular, a nosso ver, carece de sustentação jurídica sólida na medida em que denega a outros supostos indenizatórios de natureza *não expropriatória* um correto diagnóstico e tratamento jurídico, de igual ou melhor eficácia, que se aparta

³²⁸ “Este, escuetamente, es el dilema: el límite del contenido esencial ¿desemboca en inconstitucionalidad o desemboca en la puesta en marcha de la cobertura de la garantía expropiatoria? Me siento inclinado por seguir una vía media, distinguiendo, como he hecho antes, entre la garantía esencial del instituto de la propiedad y la garantía de un contenido esencial en las diferentes categorías de bienes (o estatutos de propiedad, si se prefiere llamarlos así), cuando éstos han sido establecidos de un modo constitucionalmente legítimo. Para la institución de la propiedad privada, entendida genéricamente, me siento inclinado a la solución absoluta y tengo que ratificar lo que antes ya he dicho. No se puede configurar una propiedad con privación del *ius utendi et fruendi* y del *ius disponendi*. No se la puede convertir a la propiedad en una concesión enfitéutica o en una concesión administrativa. El contenido esencial implica también la imposibilidad de configuración de determinadas categorías de bienes. Por ejemplo, propiedad pública de todos los bienes de producción o reducción de la propiedad privada a la llamada propiedad personal. Para esta línea que contempla la propiedad privada en su conjunto como institución, el contenido esencial se erige en límite infranqueable de la acción legislativa, de suerte que cuando se sobrepase, determina inconstitucionalidad de las leyes. En cambio, si la configuración legislativa de la categoría de bienes es constitucionalmente legítima, el sacrificio de lo que respecto de la institución en su conjunto es contenido esencial, entraña, tratándose de propiedades preexistentes, expropiación y requiere, por ello, la correspondiente indemnización” (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. III (*Las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad, la posesión*), 4ª ed., Civitas, Madrid, 1995, pp. 53/54.

da convencional receita aplicada pelo Art. 33.3 mas que também é razoavelmente admissível pela atual Carta Magna espanhola, conforme restará demonstrado.

Fixado, portanto, o entendimento abstrato que o Tribunal Constitucional Espanhol tem sobre o que seja o “conteúdo essencial de um direito”, bem como de seus contornos, mister se faz adentrarmos agora na análise de como proceder a composição dos danos que o legislador porventura possa ocasionar quando fere dito conteúdo constitucionalmente protegido tentando identificar quais seriam, em nossa modesta opinião, as hipóteses em que deverão os mesmos ser objeto de compensação.

A título de aperitivo à problemática a ser enfrentada, convém preliminarmente adiantar que a doutrina espanhola é maciça no sentido de enquadrar no conceito de “privação singular” e, portanto, no conceito de expropriação forçosa todas as hipóteses de menoscabos provocados pelos conteúdos das leis. Exemplo de tal pensamento podemos encontrar nas afirmações de Javier BARNÉS aqui reproduzidas:

“La Constitución ha establecido toda una suerte de condiciones o garantías para privar el contenido esencial (la más importante, la indemnización), pero no concreta cuál haya de ser la forma jurídica que sirva de vehículo para su sacrificio: no ha predeterminado una única forma jurídica (acto administrativo; ley singular; ley general). Tanto la ley delimitadora del derecho puede fijar deberes que desborden ese contenido, como la ley formalmente expropiatoria y, desde luego, la expropiación administrativa tradicional y ordinaria. **Cruzar el umbral del contenido esencial supone introducirse en el espacio de la expropiación, lo que determina el deber de indemnizar (arts. 53.1 y 33.3 CE), cualquiera que sea la forma o la vía por la que se haya desembocado en el instituto expropiatorio.**

En este contexto, el contenido esencial parece representar la última línea de frontera que la Constitución opone (arts. 53.1 y 33.2 y 3) para identificar una y otra forma de intervención. De acuerdo con esta interpretación, cualquier privación del contenido esencial del derecho de propiedad habrá de reputarse de expropiatoria y surgirá, por tanto, el deber de compensar: en cambio, por gravosas que sean las restricciones impuestas, mientras éste no se desborde, no se genera tal obligación. El que el último criterio descansa en el contenido esencial no empece, antes al contrario, más bien invita, a que la legislación misma y la jurisprudencia constitucional establezcan formulas más precisas, como acontece en el Derecho Comparado”. Destaquei.

“«Se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección»; o, en otros términos, cuando la intervención normativa entraña la «desnaturalización de aquel derecho constitucional que lo haga irreconocible como perteneciente al tipo descrito, tanto desde el punto de vista

histórico como por relación al conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora como institución jurídica»; lo que vale tanto como decir que se desborda cuando hace desaparecer el contenido económico del derecho en cuanto a su utilidad económica, o lo hace irreconocible.

(...) Pero la intervención delimitadora en aras de la función social se transforma en expropiatoria —y surge el deber de compensar— si se traspasa ese umbral y se suprime al menos una de esas facultades (v.g: la venta forzosa priva, más que delimita, de la facultad de disposición) o bien la propiedad se convierte en un mero nomen iuris (p. ej.: si de la imposición de una servidumbre de protección sobre los predios colindantes a las carreteras se siguiera la imposibilidad de cualquier uso o explotación”³²⁹.

4.9.2.b.2) Limitações ao direito de propriedade privada (Art. 33.2 CE/78)

Tradicionalmente, com excessão do Estatuto Real de 10 de abril de 1834³³⁰, todas as Constituições espanholas sempre trataram expressamente de reconhecer e proteger em seu bojo o basilar direito à propriedade privada, constitucionalizado pioneiramente na Constituição de Cádiz de 19 de março de 1812 nos termos do seu artigo 4º: “*La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen*”.

A Constituição de 18 de junho de 1837 por sua vez deu um passo a mais na tratativa constitucional do direito de propriedade posto que admitiu, por primeira vez, a possibilidade de privação da propriedade particular em razão de causa justificada de utilidade comum inaugurando, portanto, as discussões acerca das limitações e restrições estatais à propriedade particular e também dos seus mecanismos de indenização.

Eis a redação literal de seu artigo 10º (décimo), reproduzido posteriormente na íntegra pela Constituição de 23 de maio de 1845 (Art. 10): “*No se impondrá jamás la*

³²⁹ BARNÉS, J. «El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978», em *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, coordenação de Javier Barnés, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 46 e 48/49.

³³⁰ O Estatuto Real de 1834 não pode ser considerado como uma Constituição propriamente dita, mas sim como uma mera Carta Outorgada composta de um texto jurídico breve contendo apenas 50 (cinquenta) artigos estruturados em 5 (cinco) títulos. Ante a sua incapacidade de ordenar de forma satisfatória o sistema jurídico-político espanhol da época é valorado por muitos como um verdadeiro pacto (de governabilidade) celebrado entre a soberania popular incitada pelos novos ideais e direitos garantidos pela Constituição de Cádiz de 1812 e a monarquia conservadora. A ausência de elementos como o reconhecimento de direitos e garantias aos cidadãos, de normas sobre a soberania popular e a separação de poderes aliada a sua curta vigência (abril/1834 a agosto/1836) privaram o seu caráter constitucional. O fracasso dessa “pseudo-Constituição” foi fruto da restauração da então derogada Constituição de 1812 levada a cabo através do motim iniciado pelos sargentos da Granja de São Ildefonso em 13 de agosto de 1836.

pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización”.

A Constituição *não promulgada*³³¹ de 1856 mantendo a estrutura redacional do artigo 10º (décimo) das Constituições de 1837 e 1845³³², acaso tivesse vigorado, assim teria disposto em seu artigo 13: *“Ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización”.*

Já a Constituição de 06 de junho de 1869 tratando de explicitar a expropriação como instrumento estatal legítimo de privação da propriedade privada por causa de utilidade comum acabou, ademais, por atribuir grande protagonismo à atividade judicial tanto no que se refere à condução do procedimento de expropriação quanto na fixação da indenização. Foi um avanço significativo quanto ao fortalecimento das garantias dos particulares expropriados.

O seu artigo 14 deixou ao seu tempo consignado que *“Nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el juez con intervención del interesado”.*

Todavia, com o advento da Constituição de 30 de junho de 1876 o direito de propriedade novamente passou aparentemente a ser objeto de proteção contra toda forma de privação ante a redação genérica bastante similar às contidas nos textos constitucionais de 1837 e 1845.

Essa Constituição não deixou consignado de forma expressa que a expropriação era o procedimento estatal voltado a sacramentar a privação patrimonial particular como assim tratara de destacar a anterior Constituição de 1869.

Entretanto, ademais de inovar no sentido de dispor ao particular o uso do recurso de amparo nos casos em que a privação ocorrera sem a prévia e devida

³³¹ Esta Constituição não chegou a vigorar na Espanha pois apesar de discutida e votada pelas Cortes Constitucionais de 1854-56, antes de chegar a promulgar-se, publicou-se o Real Decreto de 15 de setembro de 1856 restabelecendo a Constituição de 23 de maio de 1845. Não passou de uma mera proposta.

³³² Em verdade o texto é praticamente o mesmo. A única diferença é que o texto de 1856 apartou da redação do Art. 10º da anterior Constituição de 1845 a sua parte primeira *«No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes»* configurando um outro dispositivo independente assim redatado: **“Art. 12.** Tampoco se impondrá por ningún delito la pena de confiscación de bienes”.

indenização, concomitantemente, instituiu em seu favor o direito de ser reintegrado imediatamente na posse do bem que lhe fora indevidamente expropriado.

Assim, ao referir-se em sua parte final ao termo “expropriado” o artigo 10 da CE de 1876 manteve-se fiel à regra de que o procedimento de privação era o da tradicional expropriação. Vejamos a redação de tal dispositivo:

Art. 10: “No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no procediere este requisito, los jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al *expropiado*”. Destaquei.

Mais tarde a Constituição de 09 de dezembro de 1931 assim regulamentou o direito de propriedade:

Art. 44. “Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes.

La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes.

Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada.

Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija.

El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes”.

Já a atual Constituição Espanhola de 1978 faz referência *direta* ao direito e, curiosamente, ao termo “propriedade” tão somente em 02 (duas) oportunidades (abaixo transcritas) ao longo do seu extenso texto, a saber: no artigo 33 inserto no seu Título I (Dos direitos e garantias fundamentais), Capítulo II (direitos e liberdades), Seção II (Dos direitos e deveres dos cidadãos) e no artigo 149, apartado 1º, alínea 9, inserto no seu Título VIII (Da organização territorial do Estado), Capítulo III (Das Comunidades Autônomas).

Art. 33

- “1. Se reconoce el derecho a la *propiedad privada* y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

Art. 149, 1: 9

- “1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
9. Legislación sobre *propiedad* intelectual e industrial”.

Indirectamente, podemos encontrar referências acerca de tal direito em vários de seus artigos, especialmente nos artigos 53, 86 e 94.

O texto constitucional assegura claramente em primeiro termo o direito de propriedade privada como um direito público subjetivo voltado à satisfação da liberdade, dignidade e sustentabilidade do cidadão (aspecto subjetivo) num conceito aberto e ao mesmo tempo englobador de todo e qualquer bem jurídico (direito ou interesse humano³³³ jurídicamente tutelado) suscetível de apropriação material ou imaterial enquadrável na clássica concepção jurídica de patrimônio³³⁴, pese os multiformes regimes jurídicos isoladamente visualizáveis.

³³³ Na Itália, assim já havia se pronunciado DE CUPIS (*op. cit.*, 1975, p. 109) com estas palavras: “Lo que el derecho *tutela*, el daño *vulnera*. Si el derecho *tutela*, un determinado *interés humano*, éste puede ser atacado por un *daño*, que será un daño en *sentido jurídico (daño jurídico)*, en cuanto contra él apresta el derecho la propia *reacción*.”

En consecuencia, el objeto del daño en sentido jurídico se configura como *más limitado* respecto al objeto del daño entendido genéricamente; pues que, mientras el objeto del daño genéricamente entendido es *cualquier situación favorable*, que se refiera o no a seres humanos, objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un *interés humano* jurídicamente tutelado.

(...) Reconocido en el interés humano el objeto del daño en sentido jurídico, importa ahora determinar el concepto de “*interés*”.

Este concepto no se puede concebir si no se explica antecedentemente la noción de “*bien*”, en relación al cual deviene *complementario* (pues que el bien, de hecho, constituye el *presupuesto* del mismo interés)”. Destagues no original.

³³⁴ Do preceito contido no artigo 333 do CC/1889 — *Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles* — se pode extrair que todas as coisas materiais/corpóreas e imateriais/incorpóreas suscetíveis de aquisição e disposição enquadram-se no conceito de bens que, por sua vez, compõem a esfera patrimonial do proprietário. Por *bem jurídico protegido* se deve entender aqui os direitos subjetivos, os direitos à integridade física e mental do indivíduo e seus atributos morais, direitos e interesses creditícios, direitos não materializados, interesses legítimos, bem como tudo aquilo que compõe o patrimônio jurídico e econômico de um jurisdicionado.

Aproveitando o ensejo, interessante também destacar a linha argumentativa doutrinária defendida por Maita María NAVEIRA ZARRA (*El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, prólogo de José María Pena López, Reunidas, Madrid, 2006, p. 43 e ss.), extensiva ao nosso entendimento. Segundo a autora o ordenamento jurídico espanhol protege e garante *dereitos e intereses legítimos* (Art. 24.1 CE/78) e não *bens propriamente ditos*. Afirma a doutrinadora que o Direito visa tutelar interesses humanos e não objetos e bens materiais ou imateriais em si cuja função é tão somente satisfazer uma necessidade humana. Nessa perspectiva conceitua «*interesse*» como a possibilidade de que

Os bens imóveis e móveis, o solo, o patrimônio histórico-artístico-cultural, as marcas e patentes industriais, a propriedade intelectual, as coisas em geral, herança, hipoteca, ações, usufrutos, tesouros, parques naturais, florestas, águas, fauna, flora, costas marítimas, etc., portanto, são tratados como uma espécie acolhida e garantida no conceito global e constitucionalizado de *propriedade privada* (Art. 33.1 CE/78) sem, contudo, significar uma unitariedade do conceito.

Todavia, não o torna intangível na medida em que regulamenta as hipóteses de ingerência estatal sobre a esfera jurídica patrimonial dos particulares, quando assim o exigir a satisfação do bem comum (aspecto objetivo). É o que se extrai da redação do artigo 33 da CE/78 fortemente influenciado pelos artigos 42³³⁵ e 14³³⁶ das vigentes Constituições italiana e alemã, respectivamente.

Do contexto constitucional atual extrai-se que o direito de propriedade, apesar de aparentemente inviolável, não é por certo absoluto podendo ser delimitado através da imposição, mediante lei, de deveres, cargas, encargos, sujeições ou limites tendentes a promover a sua função social (Art. 33.2), gravames estes que de maneira alguma podem violar, desbordar ou mesmo desnaturar (*e.g.* fazer perder a sua rentabilidade econômica

uma necessidade humana seja satisfeita por meio de um bem, ou ainda, que interesse é a relação existente entre o sujeito que experimenta a necessidade e o bem apto para satisfazer-la. São suas palavras: “(...) *a nuestro modo de ver, y por la fundamental razón de que el Derecho tutela intereses y no bienes, constituye presupuesto de la noción jurídica de daño la lesión de un interés humano. El simple menoscabo o destrucción de un bien no constituye por sí sólo un daño, en el sentido jurídico del término, si el mismo no va acompañado de la vulneración y afectación de un interés humano jurídicamente tutelado*” (p. 68).

³³⁵ **Art. 42.**

La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti [44, 472].

La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità.

³³⁶ **Art. 14 LF:**

1. Se garantizan la propiedad y la herencia. El contenido y los límites se determinan por las leyes.

2. La propiedad obliga. Su uso debe servir asimismo al bien común.

3. La expropiación sólo es lícita para satisfacer el bien común. Podrá producirse únicamente por ley o en virtud de una ley que establezca la forma y la cuantía de la indemnización. La indemnización se determinará ponderando equitativamente los intereses de la colectividad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre la cuantía de la indemnización, estará abierta la vía de los tribunales ordinarios”.

A presente tradução ao espanhol foi realizada pelos professores Manuel Medina Guerrero e Javier Barnés Vázquez, ambos catedráticos da Universidade de Sevilha, e está presente no preâmbulo do artigo de Otto KIMMINICH intitulado «La propiedad en la Constitución Alemana» inserta na obra *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 151-173.

impingindo ao direito de propriedade um caráter meramente nominal) o seu conteúdo essencial mediante gratuitos menoscabos, sob pena de compensação civil.

Noutras palavras: é certo que os direitos patrimoniais dos particulares não estão isentos dos ataques legítimos do poder público por inexistirem direitos de cunho absoluto. Contudo, nem por isso deverão seus titulares sofrer privações injustificadas e desproporcionadas de tais direitos, suportando reais sacrifícios sem o correspondente ressarcimento ou compensação garantido pela lei suprema.

E essa proteção ao conteúdo essencial, sem dúvida, constituiu-se no grande avanço garantista com relação a toda a normativa constitucional anterior na medida em que retirou do livre e exclusivo arbítrio do legislador infraconstitucional a tarefa de fixar os limites e demais condicionamentos ao direito de propriedade que, a partir de então (1978), passou a ter um núcleo imutável e incólume constitucionalmente protegido também em relação a quaisquer outros tipos de ablações que não as expropriações propriamente ditas, segundo preceituado pela doutrina.

A propriedade, por outro lado, deixou de ser vista definitivamente como um direito absoluto, exclusivo e incólume. Com o advento do Estado Social tanto o legislador quanto o proprietário tiveram que ceder passo a uma nova conformação jurídica emergida da relação *intervenção estatal*—*garantia patrimonial do particular* conforme lucidamente nos recorda Alexandre de MORAIS com estas palavras:

“A transformação que a idéia de um Estado social introduz no conceito de direito à propriedade privada, ao assinalar uma função social com efeitos delimitadores de seu conteúdo, e as complicações cada vez mais freqüentes da vida moderna, especialmente no setor econômico, determinaram uma importante revisão do instituto da desapropriação, que se converteu, de *limite negativo* do direito absoluto de propriedade, em *instrumento positivo* posto à disposição do poder público para o cumprimento de suas finalidades de ordenação e conformação da sociedade a imperativos crescentes de justiça social, frente aos quais o direito de propriedade perde suas características clássicas de *absolutismo* e *exclusividade*”³³⁷.

Antes de 1978 a garantia do particular quanto ao seu direito de propriedade era contra tão somente as privações singulares levadas a cabo pelas expropriações estatais.

³³⁷ MORAIS, A. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, 3ª ed., Atlas, São Paulo, 2000, p. 174, destaques no original.

Após, estabeleceu-se nitidamente um divisor de águas no tratamento das limitações ao direito de propriedade.

A propriedade privada por certo continuou a sofrer as ingerências do legislador infraconstitucional. Porém, essa tarefa reguladora quedou-se não mais adstrita a meras conveniências e oportunidades. A CE/78 perdeu a fé³³⁸ e a confiança (até então irrestritas) na figura do legislador ordinário que passou a exercer a sua função legislativa de forma modulada³³⁹.

O poder de limitação do legislador passou também a ter limites na medida em que a validade jurídica de suas investidas passou a estar condicionada ao estabelecimento de hipóteses sociais justificantes das constringências à propriedade privada. Ou seja, o legislador antes de limitar viu-se obrigado primeiro a fixar, por lei expressa, a função social do direito de propriedade ajustando-lhe o conteúdo antes mesmo de alterá-lo³⁴⁰.

³³⁸ “De una fe ciega en el papel del legislador, en la legislación y en la aplicación de la lógica deductiva hemos pasado a la exaltación del juez, a la importancia de las decisiones judiciales y a la llamada rehabilitación de la razón práctica como método de racionalización y corrección del Derecho” (MARTÍNEZ ROLDÁN...[et al.], *op. cit.*, p. 234).

³³⁹ Luis Díez-Picazo («Propiedad y Constitución», em *Propiedad y Derecho Civil*, Coordenador: Vicente Guilarte Gutiérrez, Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2006, p. 18) destaca que a tradição jurídica pré-constitucional inerente ao direito de propriedade já traduz pressuposto suficiente para coartar o pleno exercício da atividade do legislador mesmo antes da configuração legislativa de sua função social, nestes termos: “El art. 33 de la Constitución reconoce un derecho al que denomina ‘propiedad privada’, pero no hace alusión ninguna a su posible contenido. Se limita inmediatamente después de reconocerlo, a decir que el contenido de este derecho se delimita por su función social, de acuerdo con las leyes. No puede entenderse, en mi opinión, que haya una entera remisión de cualquier eventual contenido del derecho de propiedad a la simple acción legislativa. El hecho de reconocer el derecho con un nombre y unos apellidos, que remiten a una tradición jurídica preconstitucional, parece que debe significar algunas cosas, que, en algún sentido, coartan la libertad del legislador antes de que pueda entrar en juego la denominada ‘función social’”.

³⁴⁰ Não se pode confundir a função social com o próprio direito de propriedade, conforme nos alerta Ricardo Miñarro Montoya («La propiedad desde el punto de vista del Derecho Civil: limitaciones del derecho de propiedad», em *Propiedad y Derecho Civil*, Coordenador: Vicente Guilarte Gutiérrez, Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2006, p. 246), com estas palavras: “(...) No podemos pensar, en suma, que la función social de la propiedad, en su acogida constitucional, pueda ser considerada como um elemento definidor de dicho derecho, cuya protección constitucional quedaría reducida a una pura y simple reserva de ley y mucho menos que la propiedad sea una función social. (...) Lo que parece claro es que no tiene sentido pretender alterar un sistema fruto de una rica tradición jurídica y que es, además, conforme con el sistema económico que se ha demostrado el más adecuado en orden a lograr el desarrollo y el verdadero progreso individual y social, para sustituirlo por una noción imprecisa, no bien asentada y que en muchas ocasiones queda abandonada a la arbitrariedad de quien la aplica”.

O simples fato do texto de 1978 exigir que a delimitação do conteúdo do direito de propriedade se dê em razão de sua função social³⁴¹, estabelecida e declarada numa hipótese prévia e expressamente descrita em uma lei — fugindo até mesmo da vagueza contida no conceito jurídico indeterminado *interesse geral* que antes justificava qualquer tipo de intervenção estatal — fez com que o foco de atuação do legislador migrasse de um desregrado poder legisferante a uma atuação legislativa mais responsável e, sobretudo, sujeita a pelo menos 03 (três) concomitantes e automáticos controles: 1º) o próprio controle de constitucionalidade recaído sobre as leis por ele editadas; 2º) a barreira intransponível do conteúdo essencial do direito de propriedade no exercício de sua atividade limitadora e; 3º) o tradicional direito a uma justa indenização quando o seu intento for expropriante.

Noutros termos: a função social passou a ser o princípio ordenador das distintas (por desiguais em intensidade) intervenções legislativas legítimas sobre o direito de propriedade privada constituindo-se, portanto, num título habilitante ao propósito estatal não de expropriar, mas sim de limitar e regular o exercício de tal direito.

Esse novo enfoque foi revolucionário e substancial quando comparado às ordenações anteriores porque a garantia patrimonial deixou de limitar-se às hipóteses expropriatórias colhidas da LEF de 1954 estendendo-se a suas figuras afins umbilicalmente ligadas à intencionalidade intromissiva e limitativo-restritiva do legislador.

O constituinte de 1978 com atitude tão arrojada revigorou não só o direito de propriedade privada na sua relação com as permitidas intromissões estatais regulatórias, mas também fez renascer e aflorar com todo vigor a discussão de como imputar ao Estado a obrigação de reparar, compensar ou indenizar os danos que sua atividade legisferante porventura causar na esfera dos particulares em face da prática de atos não

³⁴¹ Destaque-se que nenhuma das Constituições anteriores adotou a terminologia “função social” ou outra semelhante na regulamentação do direito de propriedade. A mais próxima nesse sentido foi sem dúvida a CE de 1931 que chegou inclusive a sugerir a socialização da propriedade e outras interferências estatais em prol do interesse público conforme se observa na redação de seu artigo 44 anteriormente transcrito. Doutrinariamente, alguns (BARNÉS em *Propiedad, expropiación y responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 40/41, por exemplo) adotam as terminologias “hipoteca social” ou “vinculação social” como sinônimos de “função social” da propriedade. Na Alemanha, segundo nos conta o Professor da Universidade de Regensburg Otto KIMMINICH, em *Propiedad, expropiación y responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 155, a doutrina e a jurisprudência referem-se à função social como uma “vinculação social” (*Sozialbindung*), “obrigação social” (*Sozialpflichtigkeit*), “sujeição social” (*Sozialgebundenheit*) ou ainda “dever social” (*Sozialverpflichtung*) da propriedade.

enquadrados no conceito de expropriação trazido pela LEF de 1954 que até então apresentava-se — ou melhor, majoritariamente apresenta-se — como única e última alternativa de garantia ao patrimônio particular.

A Constituição de 1978 estabeleceu um sistema amplo de garantias e deveres comuns a toda forma de propriedade, inclusive imaterial, com o fito de estabelecer um necessário equilíbrio e uma coexistência pacífica³⁴² entre as restrições e os limites que lhe são impostos pelo legislador e pelo Estado vislumbrando um único e claro objetivo de justiça social: adequar e harmonizar a sua utilidade privada à sua concomitante função pública e social.

Da sistematização dos preceitos constitucionais vigentes³⁴³ chega-se facilmente à conclusão de que o direito de propriedade, mais uma vez, longe de ser absoluto, está irremediavelmente jungido a uma finalidade de cunho social, ou seja, nos termos da lei, a uma função social que compõe, por antonomásia, o direito real em si³⁴⁴.

Em resumo: o seu exercício, o seu uso deve ser socialmente útil e altruísta. Além disso, não deve representar interesses individuais e egoístas porque, como já asseverara a Constituição Econômica e Social-Democrática de Weimar de 11 de agosto de 1919 em seu célebre artigo 153, “*a propriedade obriga*”³⁴⁵ e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social.

³⁴² É o que nos enfatiza o Professor Emilio GUICHOT da Universidade de Sevilha em seu artigo «La responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea» na obra coletiva coordenada por Javier Barnés Vázquez, *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 896: “(...) *el particular está garantizado frente a las intromisiones ilegítimas del Estado, y éste a su vez puede desarrollar su labor precisamente porque existe esta garantía indemnizatoria a la que en último término todo particular puede acudir, y por ello su existencia y actuación no aparecen como las de un coloso que todo pueda pisotear. En eso —y en algo más— consiste ese justo equilibrio al que responden las categorías del Derecho público, en general, y todo sistema de responsabilidad, en particular: en posibilitar la «coexistencia pacífica» entre el interés general, de un lado, y la garantía de la esfera jurídica del particular, de otro*”.

³⁴³ Insta recordar que a instituição da concepção da função social da propriedade privada como um limite inerente ao exercício de tal direito foi objeto de constitucionalização por 1ª (primeira) vez somente após o desenlace da 1ª (primeira) guerra mundial representando, desde então, a substituição da concepção absoluta da propriedade individual com base no direito natural defendida pela Revolução Francesa de 1789 (Art. 17 DDHC/1789) pelo conceito de propriedade com cunho social ou propriedade-função. Coube o pioneirismo dessa metamorfose conceitual à Constituição de Weimar de 1919 que em seu artigo 153, em livre tradução, previa que: “A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites serão fixados em lei. A propriedade acarreta obrigações. *Seu uso deve ser igualmente no interesse social*”. Destaquei.

³⁴⁴ Nesse sentido ARRIBAS BRIONES, *op. cit.*, 1988, p. 13.

³⁴⁵ Essa é a expressão que traduz com fidelidade o argumento da conhecida teoria alemã do caráter dúplice do direito fundamental de propriedade como garantia tanto individual quanto institucional.

Mas, de pronto, o que há de se entender por *função social da propriedade*? A resposta à indagação reconduz-nos primeiramente não só à análise das premissas ínsitas já no preâmbulo da CE/78, mas também à interpretação do importantíssimo comando constitucional contido em seu artigo 10º (décimo), apartado 1º (primeiro), o qual acentua que a “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

Queremos dizer que antes de prosseguirmos na tentativa de compreender o exato alcance do direito de propriedade no sistema constitucional espanhol é preciso partirmos da premissa de que todo e qualquer direito consagrado constitucional e legalmente tem como objetivo-mor conseguir a satisfação de um princípio de maior envergadura que lhes constitue em essência, ademais de servir de baliza ao seu exercício social, o princípio da dignidade humana, posto que

“En el contexto de la tabla de derechos constitucionales, la propiedad representa una garantía patrimonial de las libertades personales —un instrumento a su servicio—, y, sin duda, contribuye al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y, en definitiva, a configurar la propia vida en libertad. Podría decirse que las facultades de goce y disposición dominicales constituyen una forma de asegurar la autonomía personal”³⁴⁶.

Nessa linha, é intuitivo afirmar desde já que a função social inerente ao direito de propriedade privada se materializa na medida em que é capaz de proporcionar uma existência pautada por parâmetros de liberdade e dignidade³⁴⁷ individual àquele que legitimamente o exerce³⁴⁸ estando, pois, o seu exercício atrelado muitas vezes à satisfação de outros interesses estranhos aos egoístas do proprietário mas que estão imersos no contexto social em que tal direito é exercido.

A função social da propriedade impõe uma projeção dialética desse direito, relacionando-o com todos os demais direitos fundamentais, como, de resto, com os

³⁴⁶ BARNÉS, *op. cit.*, 1995, p. 26.

³⁴⁷ O sentido de *dignidade* aqui empregado está atrelado à sua concepção patrimonialista que pode ser considerada como sinônimo de garantia e defesa de um direito à percepção de «*mínimos económicos vitales*» dos bens dominiais integrantes do patrimônio do administrado conforme concepção outrora exposta por alguns magistrados constitucionais (v.g. Luis López Guerra, Carlos de la Vega Benayas e Julio Diego González Campos por ocasião do voto dissidente conjunto formulado na STC 158/1993, de 06 de maio).

³⁴⁸ Diz o artigo 7º (sétimo), 1ª (primeira) parte do apartado 2º (segundo) do CC/1889 que “*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo*”.

objetivos essenciais da nação espanhola qualificando-o como um direito dominial privado inserido numa economia socializante de mercado (Art. 33 c/c Art. 128, ambos da CE/78).

Percebe-se, destarte, que a concepção de função social remete à imperiosa satisfação de um interesse público primário, destacado do interesse do indivíduo titular do direito de propriedade, caracterizando-a como um condicionamento interior ínsito na própria natureza constitutiva de tal direito³⁴⁹.

Na Espanha, a função social da propriedade não encontra definição legal no ordenamento jurídico. Tampouco o seu conceito pode ser extraído de alguma orientação legal finalística contida no vigente Código Civil de 1889 que nos oferece como concepção mais aproximada do que se deve entender por função social o preceituado no seu artigo 348, 1ª parte, que diz: *“La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”*. Grifei.

Diante de tais premissas esforçou-se sabiamente BARNÉS em conceituá-la:

*“La función social constituye el espíritu interno del derecho de propiedad. Representa una suerte de título habilitante para disciplinar el régimen jurídico de cada forma de propiedad al tiempo que constituye la medida o el criterio básico para delinear desde su interior cuál sea el conjunto de deberes y facultades que lo integran, de modo que se asegure un ejercicio social del derecho. (...) El derecho de propiedad comprende no sólo los intereses individuales sino también la utilidad o función social, entendida no como mero límite externo, sino como parte integrante del derecho mismo”*³⁵⁰.

A propriedade particular na Espanha, no que tange à aferição de sua função social, não está adstrita a fórmulas ou mesmos parâmetros e critérios genéricos estipulados por lei ou demais atos normativos³⁵¹, mas sim a uma especificidade só visualizável caso a caso no plano eminentemente concreto.

³⁴⁹ Neste sentido confira-se por exemplo as STCs 37/1987 (FJ 2º) e 89/1994 (FJ 4º).

³⁵⁰ BARNÉS, *op. cit.*, 1995, pp. 40/41.

³⁵¹ Traçando-se um paralelo com o direito alienígena podemos citar como exemplo de um esforço objetivo no sentido de conceituar e delimitar as balizas do que o Estado entende básica e genericamente por função social do direito de propriedade o labor do legislador brasileiro ao dispor no parágrafo 1º (primeiro) do artigo 1.228 do novo Código Civil de 2002 o seguinte, *ipsis literis*:

Não se pode comparar *e.g.* a função sócio-ambiental de uma propriedade particular no contexto e na realidade de Castilla y León, região eminentemente produtora alimentícia, com uma propriedade situada em área degradada ou com baixíssima densidade florestal natural comuns nos grandes centros econômicos e industriais do país como Cataluña.

Caso contrário, estaríamos a tratar em igualdade de condições, sem matizes e ponderações, situações fáticas notadamente desiguais em total desprestígio à diversidade cultural, econômica e patrimonial típicas do território. Qualquer intento neste sentido, convenhamos, não passa de um despropósito.

A incorporação de exigências sociais ao conteúdo do direito de propriedade privada traduz e legitima a previsão legal de intervenções públicas na esfera das faculdades e responsabilidades dos proprietários, sejam estas intervenções ablatórias/expropriatórias ou meramente delimitadoras de tal direito. Esse é um fato hoje consensualmente admitido já que só ao legislador cabe criar um direito real definindo-lhe o seu conteúdo.

Resta consabido na quase unanimidade dos ordenamentos jurídicos, dentre eles no espanhol, que o “mecanismo de ajuste” — chamemos assim — entre os interesses da coletividade (em tese públicos e marcadamente socialistas) e os quase sempre capitalistas (notadamente materiais/patrimoniais fundados na lucratividade das atividades privadas) dos particulares, do qual se vale o Estado para torná-los minimamente harmônicos, é, sem dúvida, a lei.

É a lei, e somente a lei, fonte jurídica por excelência, que poderá transitar nesta seara “equilibrante” — ínsita no binômio lei-propriedade cuja análise ora nos ocupa — basicamente sob 02 (dois) prismas: o da promoção da função social do direito particular de propriedade mediante sua limitação voltada à satisfação dos anseios públicos, sejam eles mediatos ou imediatos, ou, ainda, o de promover a expropriação do próprio direito de propriedade, seja a título parcial seja a título integral.

“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Nesse esteio, mais uma vez, valhemo-nos das precisas palavras do magistério de Javier BARNÉS que nos ensina com autoridade que:

“Dos son, en efecto, las formas básicas de intervención sobre el dominio, o se delimita en aras de la función social que al titular le corresponde satisfacer (art. 33.2 CE) o se expropia por virtud del interés general que a los poderes públicos incumbe perseguir (art. 33.3 CE). En la escala de deberes, límites y sacrificios que ha de soportar el propietario, parece claro que, en principio, donde termina la función social comienza la expropiación.

Pero ¿dónde se sitúa el umbral a partir del cual el propietario no está obligado a soportar sin indemnización el menoscabo de su derecho? ¿En la idea de la privación singular o especial, esto es, cuando las cargas se reparten desigualmente e inciden más sobre un individuo o un grupo determinado de personas, en beneficio de la sociedad? ¿No se indemnizan los sacrificios generalizados, aún cuando sus efectos pudieran ser más profundos y graves que los que se derivan de una eventual privación singular?”³⁵².

A estas bem lançadas inquietações atrevemo-nos a plantear outras: a expropriação como medida a princípio extremada de supressão do direito de propriedade está condicionada a prévias investidas delimitadoras do legislador? Em que medida ditas investidas (tentativas de delimitações para fins de promoção da função social), sejam elas positivas ou negativas, influem na aferição da extensão e da indenizabilidade dos danos eventualmente provocados pelas expropriações? As tentativas prévias de adequação do interesse particular do proprietário particular aos anseios públicos levadas a cabo pelo legislador antes das expropriações propriamente ditas constituem causas de minoração ou redução dos possíveis danos?

Como se vê, revela-se a *função social da propriedade* não só como título delimitador do conteúdo do direito de propriedade, mas sim como parâmetro jurídico por demais essencial na aferição da conduta danosa do legislador que, sob o pretexto de promovê-la ou mesmo adequá-las aos objetivos comunitários, viola-o (conteúdo do direito de propriedade) na medida em que impõe-lhe menoscabos e sacrificios especiais e individualizados em prejuízo desigual e/ou desproporcional de seus titulares.

³⁵² BARNÉS, *op. cit.*, 1995, p. 42.

4.9.2.b.2.a) O direito de propriedade na seara do Código Civil de 1889

O direito de propriedade é tradicionalmente no sistema civil espanhol a “viga mestre”, a “mola propulsora” do direito das coisas³⁵³. Sempre prevaleceu uma manifesta dicotomia existente entre as relações jurídicas reais e as pessoais, ou seja, uma subdivisão teórico-prática entre direito real (relação direta entre homem e a coisa) e direito pessoal propriamente dito (relações interpessoais).

Na sistemática do secular Código Civil instituído pelo Real Decreto de 24 de julho de 1889, o direito de propriedade encontra-se regulamentado em seu Livro II (Dos bens, da propriedade e de suas modificações), Título II (Da propriedade), especificamente pelos artigos 348 a 391.

De cunho manifestamente liberal-individualista, em suas origens, no tratamento do direito de propriedade, foi fortemente influenciado pelas concepções formuladas pelo Código Civil Francês de 1804, notadamente pela redação de seus artigos 544 e 545 que até hoje assim prelacionam:

Art. 544. “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”³⁵⁴.

Art. 545. “Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité”³⁵⁵.

Outros Códigos da época também trataram de reproduzir em seus textos tal tratativa³⁵⁶. O primeiro Código Civil Italiano de 1865, por exemplo — que também serviu de base para a codificação civil na Espanha—, quanto a regulamentação do direito de propriedade tratou de reproduzir na íntegra o texto do Código Napoleônico nestas palavras:

³⁵³ A doutrina faz referência neste ponto que essa vinculação e íntima relação da propriedade com o direito das coisas presente no CC/1889 exclui do conceito de propriedade — ao contrário do conceito aberto trazido pela CE/78 — os direitos imateriais e todos os demais bens e interesses legítimos dotados de um conteúdo imaterial passível de proteção.

³⁵⁴ Art. 544. A propriedade é o direito de gozar e dispor de uma coisa da maneira mais absoluta sempre que o seu uso não esteja proibido pelas leis ou pelos regulamentos (Livre tradução ao português).

³⁵⁵ Art. 545. Ninguém poderá ser privado de sua propriedade salvo por causa de utilidade pública, sempre mediante uma prévia e justa indenização (Livre tradução ao português).

³⁵⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999, p. 246) nos recorda ainda que o CC espanhol de 1889 sofreu influência direta também do 1º Código Civil português de 1867, do argentino de 1869 de autoria de Dalmacio Vélez Sarsfield ademais do anteprojeto do Código belga de Laurent.

Art. 436. “La proprietà è il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti”.

O Código Espanhol de 1889, por sua vez, não fugiu aos padrões oitocentistas da época³⁵⁷ fazendo constar na redação original de seu artigo 348 o seguinte:

Artículo 348.

“La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes³⁵⁸.”

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”.

A propriedade, segundo dita articulação, apresenta-se basicamente como um direito complexo, relativamente absoluto, perpétuo, exclusivo e elástico.

Complexo, e ao mesmo tempo unitário, por reunir um feixe de direitos ínsitos nas faculdades de usar³⁵⁹, gozar, dispor e reivindicar a coisa recaída sob o domínio de seu titular. *Relativamente absoluto*, por permitir que o proprietário, da maneira que melhor lhe aprouver, decida sobre o destino final da coisa (usar, abandonar, alienar, doar, destruir, desmembrar, limitar, ceder, arrendar, etc.) opondo-se contra tudo e contra todos naquilo em que a lei não proíbe ou limite. *Perpétuo*, por não extinguir-se com a morte do seu titular originário — na medida em que se transmite aos seus herdeiros — ou, ainda, pelo seu não-uso. *Exclusivo*, na medida em que proíbe que terceiros injusta ou forçosamente possuam a coisa pertencente ao proprietário. E, por fim, *elástico* porque seu exercício pode ser estendido ou contraído na medida em que a lei, movida pelo interesse público e com o fito de fixar-lhe a função social, agregue ou retire faculdades destacáveis da esfera de domínio do titular da coisa.

Não há no ordenamento jurídico espanhol uma definição legal expressa do que seja a “propriedade” em si ou o “direito à propriedade”, mas sim alguns elementos

³⁵⁷ Com caráter um tanto mais individual-absolutista, inaugurando a era novecentista, ainda trata de dispor o secular parágrafo 903 (poderes dos proprietários) do BGB alemão de 1 de janeiro de 1900 a respeito da propriedade privada: “*El propietario de una cosa puede, en tanto que no sea contrario a la ley o a los derechos de terceras personas, proceder con las cosas como le plazca y excluir a otros de cualquier intromisión. El propietario de un animal debe cumplir las disposiciones legales especiales para la protección de los animales cuando ejerza su poder*” (Cf. EIRANOVA ENCINAS, E. *Código civil alemán: comentado: BGB*, introdução de Hein Kötz e comentário da reforma do direito da infância de 1 julho de 1998 da professora Dra. Dagmar Coester-Waltjen, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 309).

³⁵⁸ Verifique-se que dito artigo, ademais de não reproduzir a expressão “*da forma mais absoluta*” constante no artigo 544 do *Code* de 1804, difere-se de seu homônimo francês por inadmitir que limitações ao direito de propriedade privada se processem também mediante *regulamentos* como revela a tradição francesa atribuindo caráter lícito aos limites impostos unicamente *por lei*.

³⁵⁹ O CC/1889 em seu artigo 348 não faz menção a esta (uso) e a outras (v.g. fruição) faculdades dominiais. Limita-se a descrever e a encerrar impropriamente todo o az de faculdades inerentes ao direito de propriedade nas locuções gozo, disposição e reivindicção da coisa.

mínimos inseridos em seu conceito, tais como função social, conteúdo essencial, faculdades dominiais, garantia indenizatória, reserva de lei, etc.

O Código Civil de 1889, no intuito de definir o domínio, acabou por restringir o instituto da propriedade ao somatório dos seus elementos constitutivos essenciais — e porque não dizer, (temporalmente) elásticos — tais como o gozo, a disposição e a retomada/reivindicação numa falsa percepção simétrica entre propriedade e domínio pleno sobre o bem (direito à propriedade = direito ao conteúdo atributivo da propriedade) induzindo-se ademais à confusão entre o direito propriamente dito e o bem em si (direito de propriedade = casa, carro, etc.), conforme nos apostilam, dentre outros, José Luis LACRUZ BERDEJO³⁶⁰ e Luis DíEZ-PICAZO³⁶¹.

Do estudo contextualizado do diploma material civil (CC/1889) é possível identificarmos de plano que o exercício do direito de propriedade está condicionado a limitações objetivas de toda ordem oriundas de sua função social, do abuso de direito, da má-fé, das relações de vizinhança, de servidões, daquelas decorrentes da própria vontade do particular, do poder de polícia do Estado, das ordenações urbanísticas, da proteção e preservação ambiental, de tombamentos e demais ações para conservação do patrimônio histórico-artístico-cultural, das desapropriações, dentre outras, sem prejuízo daquelas limitações impostas por leis especiais, conforme restará em seguida exemplificado.

4.9.2.b.2.b) Perfil constitucional atual

O direito à propriedade encontra guarida no vigente texto constitucional de 1978 na Seção 2ª (De los derechos y deberes de los ciudadanos)³⁶², do Capítulo II (Derechos y libertades), do Título I (De los derechos y deberes fundamentales) de seu articulado, precisamente em seu artigo 33 que assim prediz, literalmente:

³⁶⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L...[et al.]. *Elementos de Derecho Civil*, tomo 3 (*Derechos reales*), vol. 1 (*Posesión y propiedad*), parte 2, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1988, p. 23.

³⁶¹ DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *op. cit.*, 2006, p. 14 e ss. Também em *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, *op. cit.*, p. 50, onde o autor, com base na doutrina alemã, entende que o conteúdo atributivo (*Zuzveisungsgehalt*) da propriedade significa uma reserva em monopólio dos conteúdos de extração dos benefícios que o bem proporciona.

³⁶² Verifique-se curiosamente que a CE/78 não inclui o direito de propriedade na sua seção 1ª que trata dos direitos fundamentais e liberdades públicas defendidos diretamente pelo jurisdicionado pela via do recurso de amparo (Art. 53.2). Ao tratá-lo como um direito ordinário (curiosamente) “não fundamental” a Constituição admite que a sua configuração não é matéria reservada a uma lei do tipo orgânica (Art. 81) sendo-lhe aplicável a garantia universal de não violação do seu conteúdo essencial a exemplo de todos os demais direitos constitucionais.

Artículo 33

“1. Se reconoce el derecho a la propiedad y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”

A grosso modo, 02 (dois) seriam os principais ensinamentos constitucionais que deste artigo podem ser colhidos: 1º) que o direito de propriedade não é um direito absoluto na medida em que, ademais de estar condicionado a uma função social, seu conteúdo exercitável está sujeito aos limites estabelecidos pelas leis; 2º) pode ser compulsoriamente sacrificado em prol do interesse público em casos de justificada utilidade pública ou interesse social, mediante o pagamento de uma correspondente indenização, de acordo com um procedimento legal.

A CE/78 traz à colação a concepção de que o direito de propriedade é um direito fruto do equilíbrio e da tensão existente entre a vontade do particular e a força estatal na medida em que exige que sua configuração deva satisfazer aos anseios individualistas e econômicos de seu titular e ao mesmo tempo contribuir, através de seu bom e lícito exercício, para que se realizem os objetivos sociais de justa distribuição de riqueza no país (Art. 128.1).

Segundo a fórmula constitucional, esse equilíbrio entre o (em tese) absolutismo particular e o imperativo público só pode ser alcançado através de dois primas direcionados a configurar o conteúdo exercitável do direito de propriedade: a atividade legislativa de fixar em cada caso a sua função social e a atividade legislativa paralela de limitar ou mesmo restringir a forma, o modo e o tempo de seu exercício.

Em linhas gerais, a *função social* (Art. 33.2) constitui-se na(s) finalidade(s) pública(s) *prévia(s)*, *abstrata e virtualmente* fixada(s) pelo legislador com vistas a compulsoriamente pautar o exercício do direito pelo proprietário. As limitações ou mesmo as restrições (Art. 53.1) seriam as *intervenções concretas e diretas* incidentes sobre o conteúdo das faculdades dominiais inerentes ao direito de propriedade objeto da regulação.

A função social é *ratio* e não norma ou mandado na medida em que não constitui, em nenhum caso, uma *norma específica de conduta* imposta pelo legislador ao

proprietário razão pela qual serem ditas ações legislativas inconfundíveis, o que não significa concluirmos precipitadamente que o legislador, sob o pretexto de atribuir abstratamente uma determinada função social não possa, ao fim e a cabo, impor capciosamente no plano prático uma típica limitação ou mesmo uma restrição ao direito de propriedade. Esse desvirtuamento em razão da confusão havida entre essas duas distintas ações legislativas é plenamente possível e pode perigosamente constituir uma sutil artimanha empregada pelo legislador violador de direitos e interesses.

Desta conjugação entre os atos legislativos de fixação dos *finis* públicos aos quais se deve submeter o direito de propriedade propriamente dito (função social) e os atos legislativos reguladores e moduladores dos *meios* (forma, modo e tempo) hábeis ao legítimo e regular exercício das faculdades que lhe são inerentes exsurge como entremeio um recorte que constitui-se no seu conteúdo exercitável, que pode ou não confundir-se com o seu conteúdo essencial minimamente garantido e protegido pela Constituição de acordo com a intensidade, frequência ou mesmo “profundidade” das intervenções legislativas reguladoras-moduladoras.

Este é o panorama que nos propõe a CE/78 quando trata de enumerar a propriedade como um direito plenamente admitido. O texto magno não a define muito menos a conceitua. Porém, estabelece que a configuração de tal direito está umbilicalmente atrelada à oportunidade, conveniência e prudência legislativas em determinado momento histórico e, por conseguinte, à margem consignável permitida pelo legislador para o seu regular e legítimo exercício, sempre e quando (acrescente-se) não entender ele por diretamente extirpar-lo ou autorizar que assim o seja (Art. 33.3).

O direito de propriedade garantido e exercitável segundo nos revela a Constituição c/c as disposições contidas no CC/1889 seria, portanto, a possibilidade de gozar, dispor e reivindicar o pleno domínio de todas as faculdades incidentes sobre o bem (material e/ou imaterial) naquilo em que a lei não proibir, limitar ou restringir. Este é o silogismo que a nosso ver se revela da conjugação do artigo 33 da CE/78 com o artigo 348 e seguintes do CC/1889.

4.9.2.b.2.c) Limites e contingenciamentos “especiais” ao exercício do direito de propriedade. Apontamentos legislativos

O ideal napoleônico codificador do início do século XIX não é, na Espanha atual, um instrumento de técnica legislativa a ser seguido como fonte de uma criação normativa sistemática, unitária, racional e essencialmente justa capaz de conciliar harmonicamente a tradição histórica e os princípios formais da estrutura e lógica jurídicas.

Este idealismo paulatinamente, dia após dia, sucumbe e cede passo a leis cada vez mais esparsas e recopilações legislativas especializadas e individualizadas desprovidas de critérios de ordenação, inteligibilidade e, não raro, sem qualquer resquício de hermenêutica diante de sua casuística.

As leis “especiais” antes destinadas a completar as regras gerais codificadas mais bem se convertem em extensos repertórios de artículos «*farragosos*» (desconexos, supérfluos) com pretensões de erigirem-se em verdadeiros códigos menores³⁶³.

A unidade do ordenamento jurídico, antes confiada aos Códigos³⁶⁴ e ao legicentrismo positivista, é agora incontestavelmente uma garantia advinda das Constituições, textos normativos que há muito constituem o verdadeiro centro gravitacional para onde devem converter os sistemas jurídicos³⁶⁵.

³⁶³ ALONSO PÉREZ, M. *Meditaciones de fin de siglo sobre el derecho vigente en la España del 98 y sus fundamentos ideológicos (Lección inaugural del curso académico 1998/99 de la Universidad de Salamanca)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1998, p. 31.

³⁶⁴ Interessante artigo tratando da *recodificação*, *neo codificação* ou ainda da 2ª (*segunda*) *codificação* como solução à desordem da legislação nos apresenta Antonio PAU PEDRÓN em «La recodificación como remedio» inserta na obra *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, diretores: A. Menéndez Menéndez e A. Pau Pedrón, seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003 (ponencias, Manuel Atienza Rodríguez...[et al.]; comunicaciones, Bonifacio de la Cuadra...[et al.], prólogo de Rodolfo Martín Villa, 1ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 457-471. Na mesma obra merecem consulta, dentre outros, os artigos de Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ («La sistematización del derecho norteamericano: la «codificación desde abajo»», pp. 473-484), Hans Gerald CROSSLAND («La codificación del Derecho Comunitario», pp. 485-498), Pedro de PABLO CONTRERAS («Unidad constitucional y codificación del Derecho Privado», pp. 499-540) e de Ángel MENÉNDEZ REXACH («La codificación del Derecho Público», pp. 541-557).

³⁶⁵ “(...) ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir” (ZAGREBELSKY, 2003, p. 14).

Essa perda do protagonismo da lei como fonte suprema da ordenação jurídica do Estado deveu-se em grande parte à sua desacralização e à perda da sua onipotência decorrentes em grande parte da desfragmentação burguesa da França pós revolucionária cuja consequência principal foi o enfraquecimento do movimento codificador e o início de um processo de *des* ou *pós* codificação³⁶⁶.

Entretanto, essa perda de notoriedade de ditar o direito de cima para baixo (plano vertical) para as Constituições, não impediu que a lei, fonte jurídica primaz com relação às outras fontes, continuasse a sua tarefa mor de impor com igual autoridade a ordem no plano horizontal do Direito do Estado.

Essa mudança de *script* que trasladou a lei, antes protagonista principal do legiscentrismo, ao papel de coadjuvante no novo roteiro escrito e dirigido pelo neo constitucionalismo, operou-se também na seara do Direito Privado onde as leis gerais e os Códigos, associados às incontáveis leis “especiais”³⁶⁷ igualmente regentes da ordenação privatista, deram azo ao surgimento de um novo *Corpus Iuris Civilis*³⁶⁸ marcado pelo intervencionismo e pelo dirigismo³⁶⁹. De instrumento modelador do *ius*

³⁶⁶ A propósito da perda do protagonismo das leis gerais e dos Códigos nos ordenamentos jurídicos ante o advento de *la età della decodificazione* veja-se, por todos, a clássica obra do italiano Natalino IRTI traduzida ao espanhol sob o título *La edad de la descodificación*, *op. cit.*

³⁶⁷ O termo “especiais” aqui empregado tem duplo significado: ou o de uma lei excepcionalmente ditada para regular um determinado instituto ou matéria alheia à normativa geral do Código Civil ou a de uma lei vinculada à sua norma matriz, o Código Civil, mas que trata de normatizar em detalhes, desenvolvendo e complementando-o. O primeiro significado traduz uma especialidade em razão de sua independência e autonomia frente ao texto geral do Código Civil. O segundo, implica numa especialidade fruto do minucioso incremento normativo desenvolvido sobre determinado conteúdo já disposto previamente no Código.

³⁶⁸ O Direito Romano, tecnicamente, não pôde ser considerado como um verdadeiro *sistema jurídico* já que estava desprovido de uma concatenação lógica e racionalizada de normas e princípios hierarquizados que caracterizam os sistemas jurídicos modernos. Haviam, de fato, diferentes esferas normativas que compunham uma espécie de *corpus iuris*.

³⁶⁹ Cabe aqui lembrar as lições de Juan IGLESIAS (*Las fuentes del Derecho Romano*, Civitas, Madrid, 1989, p. 42 e ss.) de que na Roma Antiga imperava o *ius* (civile) ditado pelos *patrefamilias* e cifrados nos *mores* (costumes) e não a *lex* e outras fontes jurídicas imperativas (*senatusconsulta* e *constitutiones principum*, por exemplo) ditadas pelas *auctoritas* (autoridades) romanas que apenas o tangenciavam e tinham como principal função a de adaptar e atualizar os preceitos civis às novas exigências sociais da época. São suas palavras (pp. 44/45 e 50): “Bien miradas las cosas, la *lex*, cuando roza el campo del *ius*, lo hace en razón de una respuesta ocasional o contingente, acorde con nuevas exigencias sociales, y nunca para afirmar una posición de superioridad. La *lex* entra en juego porque se ve forzada a erigirse en actora de una interpretación, de una explicación integradora del *ius*, que no puede llevar a cabo el jurista, fiscalizado por la opinión pública y los magistrados jurisdicentes. (...) La ley... se autolimita en aras de la intangibilidad del *ius*; la jurisprudencia —se presupone que en tarea conexas a la actuación pretoria— no puede sobrepasar los linderos de la analogía; el pretor, so se apega al *ius civile*, del que es «*viva vox*», o se aparta de él, si la analogía le falta, para salvar situaciones acordes con el *bonum et aequum*, mas sin que, en último caso, las medidas o providencias basadas en su *imperium* tengan el superior alcance de las consagradas en sede civil”. Destaques no original.

civile passou hodiernamente a ser um instrumento dominador e impositor de soluções a concretos conflitos de interesses.

A propósito sábias são as palavras do mestre Eugenio LLAMAS POMBO³⁷⁰:

“Si el Derecho civil codificado, como hijo de la divina razón, se condensó esencialmente en los Códigos —«razón escrita»—, y unas cuantas (pocas, muy pocas) leyes (entonces, sí³⁷¹) especiales, que giraban en torno al código como centro del sistema solar jurídico (*Derecho civil centripeto*), hoy sucede todo lo contrario: como el universo, está en continua expansión. En el Derecho civil moderno, el Código es el *big ban*, y queda como una pequeña estrella que ilumina tenuamente una gran constelación de normas que están en leyes que a menudo seguimos llamando especiales, muchas fundamentales, que constituyen el *ius civile novum*, frente al *vetus*”.

Com base em Mariano ALONSO PÉREZ acrescenta ademais que

“(…) El Derecho Civil...del siglo XX [e también desse princípio de século XXI, acrescentamos] ha roto con el sistema, con la razón escrita, con las fórmulas lingüísticas exactas. Es un Derecho de artículos farragosos, extensos, a menudo mal escritos, contruidos fuera del orden sistemático: anclados en el más crudo positivismo, desentendidos de la experiencia histórica. El legislador se mueve confuso en un farrago infinito de leyes civiles, a veces tan extensas como un código, interesadas sólo en el momento presente, lo que no impide que en ocasiones acaben resultando tan duraderas como el propio Código. Preceptos legales que nacen destinados a una vida breve, sometidos a los mismos cambios que trae el vértigo veloz de la sociedad postmoderna.

Frente al Derecho civil codificado, hecho —como las grandes instituciones del *ius commune*— para la perennidad, para servir de paradigma clásico, el Derecho civil de las puertas del siglo XXI tiene mucho de usar y tirar, hijo del consumismo, y él mismo, como su primogénito el Derecho mercantil, un ordenamiento de consumidores y de relaciones de mercado³⁷². Destagues no original.

Não é outra a linha de pensamento de José FERRANDIS VILELLA que nos conta que “*el Derecho privado —muy señaladamente en su vertiente económica o*

³⁷⁰ LLAMAS POMBO, E. (Coordenador). *Código [de] leyes civiles generales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2002, introdução.

³⁷¹ O catedrático da Universidade de Salamanca entende que o qualificativo de “especial” atribuído indistintamente às leis (especialmente as de conteúdo civil) supervenientes ao Código Civil Espanhol de 1889 sempre foi mal empregado pois essa “especialização” frente à normativa geral outorgada ao Código nunca correspondeu de fato à realidade. Assevera o doutrinador que, apesar da influência desse pensamento pela própria redação empregada originariamente no seu artigo 16 que falava expressamente em *leis especiais*, com a reforma do seu título preliminar pelo Real Decreto 1836/1974, de 31 de maio, suprimiu-se deliberada e conscientemente esse qualificativo de “especial” da legislação corrigindo-se, portanto, o erro de denominação terminológica. As leis relacionadas com a normativa geral do CC/1889 antes tidas por “especiais” passaram a denominar-se leis «extracodificadas» ou «no codificadas».

³⁷² *Ibidem*, LLAMAS POMBO (Coordenador), introdução.

patrimonial— ha sufrido una importante evolución, pero ésta se ha producido al margen de los Códigos. Lo cual ha dado lugar a que éstos sigan siendo la sede de los principios para confiar a las leyes especiales —es decir, a la «legislación extracodicial»—, la formulación y el desarrollo de las nuevas reglas exigidas o aconsejadas por nuevas necesidades o por nuevas concepciones”³⁷³.

A vigente Constituição Espanhola de 1978 favorece e fomenta a diversidade normativa não só na redação dos seus artigos 81 e seguintes, mas também em vários excertos e dispositivos do seu texto.

Todavía, estas leis especiais não mais possuem com os Códigos uma relação de dependência e subordinação constituindo-se, pois, em microsistemas normativos autônomos e orgânicos reguladores de situações concretas da vida privada cotidiana, em especial das intervenções sobre o direito de propriedade³⁷⁴.

Hodiernamente queda claro que o legislador é o único agente público hábil e plenamente legitimado a estabelecer e impor medidas limitativas, restritivas e por vezes expropriantes sobre os bens, interesses legítimos e direitos que compõem o patrimônio dos particulares.

Assim o faz de forma mínima e genérica tanto na própria Constituição quanto no Código Civil, diploma material destinado a traçar as diretrizes básicas que devem reger a vida e as relações patrimoniais e interpessoais da sociedade.

Entretanto, diante das incomensuráveis exigências regulatórias de determinados segmentos sociais e de suas respectivas atividades, mister se faz observarmos que ditas diretrizes básicas aplicáveis de forma abstrata e de modo *erga omnes* à toda a sociedade não são capazes de resolver e regular exigências e problemas concretos que clamam

³⁷³ FERRANDIS VILELLA, J. «El Código Civil y las leyes especiales. La «descodificación» del Derecho Civil», em *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, vol. II, direção e coordenação de Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 1.214.

³⁷⁴ Com razão também o jurista francês Jean CARBONNIER, citado por FERRANDIS VILELLA (2001, p. 1.218), ao destacar que “*El Estado moderno, de actividades múltiples y no siempre claramente delimitadas, es mucho más exigente que su predecesor, el Estado liberal del siglo XIX. Mucho más temible, además, dados los medios tan poderosos de que dispone. Para una organización estatal revestida de estos caracteres, un código civil no representa la fórmula ideal de técnica legislativa. Un derecho socializante y autoritario ha venido sustituir al Derecho individualista y liberal que nos había legado la época codificadora. Las leyes especiales (que, originariamente, tuvieron otro sentido y otra razón de ser) se ajustan más a los propósitos del Estado intervencionista y, sin lugar a dudas, sirve mejor a sus fines*”.

proteção e solução por parte do poder público não restando outra alternativa ao legislador senão editar leis especialmente dirigidas a fazer frente a tais reclamos sociais.

Nesse contexto não é preciso muito esforço hermenêutico ou exegético para compreendermos sem lugar a dúvidas que o direito de propriedade, em suas mais diversas facetas, é o principal alvo das investidas regulatórias dos poderes Legislativo e Executivo do Estado.

O seu conteúdo varia — assim diz a doutrina majoritária impulsionada pela idéia plantada pela STC 37/1987, de 26 de março — em razão das distintas categorias de bens sobre as quais a função social recai de modo que não há como configurar-se a *propriedade* em si como uma instituição única, de conteúdo homogêneo, mas sim, como originariamente começou a distinguir a doutrina e a jurisprudência italiana há varias décadas, de uma pluralidade de *propiedades* ou estatutos proprietários, cada um deles com umas limitações específicas variáveis de acordo com sua função social^{375 376}.

E tais leis extra-codificadas comumente trazem em seu bojo autônomas e complementares limitações à esfera patrimonial dos proprietários restringindo-lhes (não raro) ainda mais a amplitude e a liberdade para exercitarem os seus respectivos direitos, sem prejuízo dos danos que estas medidas acarretam.

Nesse diapasão podemos encontrar no contexto infraconstitucional inúmeras medidas legais limitativas ao exercício pleno do direito de propriedade sob diversos enfoques cabendo aqui, a título meramente exemplificativo, trazer à colação algumas das mais destacadas:

³⁷⁵ “En su doble dimensión, como institución y como derecho individual, [o direito de propriedade] ha experimentado una extraordinaria y profunda transformación en el último siglo que, como este Tribunal ya puso de manifiesto, «impide considerarlo hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo extremo descrito en el art. 348 del Código civil», habiéndose producido, por el contrario, «una extraordinaria diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso.

De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en el existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2). En efecto, el derecho constitucional a la propiedad privada puede recaer en la actualidad...como se infiere de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 3 del art. 33 CE, tanto sobre bienes como sobre derechos (...)” — STC 112/2006, de 5 de abril.

³⁷⁶ Contra tal entendimento da diversificação ou caráter heterogêneo das propriedades podemos citar a SERRANO ALBERCA, J.M. *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 77 e seguintes.

- a) Lei Hipotecária de 08 de fevereiro de 1946;
- b) Lei de 16 de dezembro de 1954, de expropriação forçosa;
- c) Lei 49/1960, de 21 de julho, da propriedade horizontal;
- d) Lei 83/1980, de 31 de dezembro, de arrendamentos rústicos;
- e) Lei Orgânica 1/1982, de 5 de maio, sobre proteção civil do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem;
- f) Lei 1/1992, de 10 de fevereiro, de arrendamentos rústicos históricos;
- g) Lei 29/1994, de 24 de novembro, de arrendamentos urbanos;
- h) Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprova o texto compilado da Lei de Propriedade Intelectual regularizando, aclarando e harmonizando as disposições legais vigentes sobre a matéria;
- i) Lei 42/1998, de 15 de dezembro, sobre direitos de aproveitamento por turno de bens imóveis de uso turístico e normas tributárias;
- j) Lei 38/1999, de 5 de novembro, de ordenação da edificação;
- l) Lei 26/2007, de 23 de outubro, de responsabilidade meio-ambiental.

4.9.2.c) Intervenção expropriatória (Art. 33.3 CE/78)

4.9.2.c.1) Expropriação *ope legis*

A expropriação *ope legis* é uma privação singular de direitos e interesses impostas pelo Poder Legislativo aos destinatários especificamente indicados na lei excepcional. Constitui-se num legítimo, porém extremo ato de intervenção estatal sobre a esfera jurídica patrimonial dos particulares³⁷⁷.

Nela, o ato estatal de expropriação encontra-se inserido numa lei excepcional de natureza e conteúdo essencialmente supressores de todas ou parte das faculdades que integram o domínio que o proprietário tem sobre os seus bens, direitos e interesses patrimoniais.

É um ato cuja validade e eficácia constitucionais dependem da estrita observância da contrapartida indenizatória prevista no artigo 33.3 da CE/78 que exige que nestes casos o particular afetado seja indenizado ou compensado de forma correspondente ao sacrifício que lhe foi imperativa e conscientemente imposto.

³⁷⁷ Cf. item 7.1.2.a) do presente estudo versante sobre o *leading case* Rumasa S/A.

5. LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE LEGISLAR

5.1. Retrato de uma atividade extremadamente modulada

Diante de tudo o mais que já quedou aqui colocado não é preciso muito esforço exegético para afirmarmos que a lei no atual Estado democrático-constitucional não é e nem pode ser um ato de livre disposição a serviço da vaidade e prepotência do legislador. Ao revés, constitui-se num ato resultado de uma conduta previamente determinada pela Lei Maior.

É, definitivamente, um ato legislativo emanado em meio a um sem fim de limites e condicionantes advindos ou derivados do senso normativo irradiado da Constituição.

Por diversas vezes³⁷⁸ já deixou consignado o TC que o ato legislativo deve ser modulado porque “(...) *el legislador no goza de omnímoda libertad...ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos³⁷⁹ que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente*”.

5.2. Limitações constitucionais verticais

Analisando a atividade legislativa de cima para baixo na sua relação direta e imediata com a Constituição vemos que o seu exercício está fortemente condicionado a todo o cabedal principiológico informador da ordem constitucional e jurídica posta.

O Estado e a Administração Pública devem limitar suas atividades não só aos determinados fins e princípios predispostos na Constituição, mas também na legislação

³⁷⁸ Em concreto podemos citar as STCs 3/1983, de 25 de janeiro (FJ 4º) e 90/1983, de 7 de novembro (FJ 2º).

³⁷⁹ Entendemos que o termo «obstáculos» empregado na sentença constitucional engloba genericamente as limitações, restrições, supressões e demais condicionantes incidentes sobre a plena liberdade de exercício dos direitos e interesses protegidos e garantidos pela CE/78, ou seja, sobre o amplo leque de faculdades que lhes são inerentes.

extravagante em vigor, sob pena de violar o princípio da legalidade estrita ao qual toda a atividade pública está necessariamente vinculada.

E essa noção de superioridade constitucional emergida do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e a sua relação direta com o princípio da legalidade estrita dos atos estatais são por demais importantes aos propósitos do nosso singelo estudo na medida em que servem de premissas maiores no reconhecimento da responsabilidade civil por danos provocados diretamente por atos legislativos do Estado já que, conforme nos adverte DI PIETRO, “*esse princípio [o da supremacia do interesse público sobre o particular] está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação*”³⁸⁰.

Primordiais também porque com eles se interrelacionam inúmeros outros princípios constitucionais que delimitam rigorosamente a via de atuação permitida ao legislador infraconstitucional. Vale à pena aqui rememorá-los:

a) Cláusula do Estado Social e Democrático de Direito (Art. 1.1) e princípio da legalidade

“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” diz de supetão já o artigo 1.1 da CE/78.

Este constitui o 1º (primeiro) comando imposto pelo constituinte de 1978 ao legislador ordinário: o de respeitar incondicionalmente valores supremos como a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político.

Não pode de maneira alguma legislar-se fora dos padrões sócio-econômicos e jurídicos que caracterizam a atual sociedade espanhola; não se tolera incursões infundadas e não plausíveis sobre a liberdade em toda a amplitude que o termo encerra (liberdade de ir e vir, religiosa, de expressar-se, etc.); inadmite-se que se privilegie ou se

³⁸⁰ DI PIETRO, M.S.Z. *Direito Administrativo*, 13ª ed., Atlas, São Paulo, 2001, p. 68, grifos no original.

sacrifique gratuita e desmotivadamente os cidadãos através de leis promotoras de desigualdade de trato, sob pena de inconstitucionalidade

Isto porque no Estado de Direito quer-se o *government by law* (governo das leis) e não o *government by men* (governo dos homens), o que significa que ao Poder Legislativo assiste o encargo de traçar os objetivos públicos a serem perseguidos e de fixar os meios e os modos pelos quais hão de ser buscados, competindo à Administração, em complemento, por seus agentes, o mister, o dever de cumprir fielmente as aspirações legais segundo os termos estabelecidos em lei. Assim, a atividade administrativa encontra na lei tanto seus fundamentos quanto seus limites.

A legalidade consiste, sem dúvida, na viga mestre de toda edificação jurídica do Estado de Direito Contemporâneo. O seu desrespeito não legitima qualquer ato de governo.

O princípio da supremacia constitucional e o seu correlato princípio da legalidade estrita contido nas leis ao qual necessariamente se submete a Administração Pública é o meio pelo qual o próprio Estado soberano se “autoflagela”, eis que limita a sua atuação legislativa e administrativa *lato sensu* aos marcos estabelecidos pela Constituição e pelas leis — que nem sempre são em essência normas jurídicas — que compõem o ordenamento jurídico.

É, sem dúvida, um legado deixado pelos revolucionários franceses de 1789 que evoluíram do Estado Legalista ou Legislativo para o Estado de Direito, ou seja, ao Estado que não apenas faz e dita as leis, mas a elas também se submete.

Porém, o exercício da função *legislativa* própria dos Parlamentos, sob a égide desses dois princípios em especial, exige temperamentos.

É preciso focalizar a verdadeira função do legislador que é a de integrar à luz dos princípios, diretrizes e mandamentos contidos na Constituição do Estado o seu originário conteúdo normativo, materializando por conseguinte o interesse comum através da confecção responsável de leis, promovendo-lhes (normas constitucionais), por fim, a esperada concretude social.

Ademais, é preciso sempre trazer a lume que a legalidade de sua atuação como agente político do Estado subordina-se a regramentos já pré-estabelecidos pelo legislador constituinte originário (vinculação verticalizada), limitando, pois, a sua liberdade de ação³⁸¹ e configuração política.

É o que se observa *e.g.* nas chamadas normas constitucionais estruturais. A principal característica dessas espécies normativas é orientar e regular toda a produção jurídica integrativa da Constituição tendo como principal consequência a limitação da liberdade e do poder discricionário de atuação do legislador, seu único destinatário. Trata-se, portanto, de exceção à regra de que o legislador possui ampla liberdade para formulação dos mandamentos legais³⁸², tema bastante discutido pela doutrina.

Mas como isso pode influir ou não na tentativa de imputar ao Estado a responsabilidade civil pelos atos causados por seus agentes políticos? A questão não é simples de ser respondida, entretanto, aqui, limitamo-nos a dizer com antecipação que a responsabilização do Estado Legislador não poderá estar cingida ao irregular transpasse dos limites impostos pelo legislador constitucional originário. O simples fato de o legislador ordinário agir *ultra legem* não basta para configurar a responsabilidade estatal. Deve haver dano resultante dessa conduta.

A inconstitucionalidade dessa possível conduta poderá até ser declarada, entretanto, não será suficiente e sobretudo não servirá de critério seguro para a imputação da Responsabilidade Civil do Estado Legislador.

A lei inconstitucional, ou mesmo a constitucional, constituirão por certo o fundamento jurídico da imputação da responsabilidade civil, porém, a responsabilização só será aferível juridicamente se a conduta abusiva do legislador, manifestada no excesso no exercício de seu poder ordenador tiver causado *efetivamente* o dano.

³⁸¹ “(...) não se pode ignorar que a Constituição funciona hoje como um repositório dos valores que a legislação ordinária vai traduzir, pelo que muita da legislação, mesmo a de intervenção económica e social, está adequadamente vinculada a critérios axiológicos constitucionais” (CABRAL DE MONCADA, 2002, p. 136, nota de rodapé nº 148).

³⁸² A discricionariedade do legislador é a mais ampla em conteúdo e a primeira a manifestar-se, cronologicamente, no processo de expressão da vontade do Estado. Exerce-se no que não tenha sido regulado pela lei.

Daí, portanto, feito o alerta, a necessidade de utilização de alguns matizes na aplicação e interpretação do princípio da legalidade ao exercício e limitação da discricionariedade que o legislador ordinário em certa medida possui. A vinculação de seus atos aos ditames e principalmente à finalidade da normas constitucionais é bem rígida, porém, não constitui base suficiente na fundamentação de algumas situações mais concretas.

A Constituição Espanhola de 1978 a nosso ver tratou de estabelecer o princípio da legalidade principalmente sob duas variantes: o dever de observância por todos os membros da sociedade e o dever de observância específica por parte do Estado. A primeira caracteriza o princípio da legalidade propriamente dita; a segunda, o princípio da legalidade estrita dos atos de Estado.

Os destinatários do imperativo constitucional são precipuamente dois: os cidadãos comuns que *podem* (em tese) fazer tudo aquilo que a lei não lhes proíbe; e o administrador ou o agente público de qualquer esfera de atuação dos três poderes que *devem* necessariamente bazilar as suas condutas em prol do(s) interesse(s) público(s) sob os estritos limites que a lei autoriza.

Como agentes públicos que são os políticos legisladores também estão sujeitos a observância desse princípio, o da legalidade estrita, sob pena de praticarem com seus atos, sejam eles comissivos ou omissivos, danos pelos quais a sociedade ou mesmo determinados indivíduos não estão obrigados a suportar, cabendo, pois, discutir-se a responsabilização do Estado Legislador.

A responsabilização patrimonial do Estado é então mais que um princípio geral de direito, é uma garantia de liberdade e segurança dos administrados ante os atos opressivos do Estado, garantia esta, ainda que implícita, aplicável mesmo na ausência de lei. É um instituto que protege os direitos subjetivos dos particulares contra a atuação lesiva do Estado Legislador.

Como qualquer outro sujeito de direitos o poder público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a outrem, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos de sua ação ou abstenção lesiva.

b) Princípios régios do artigo 9.3

O artigo 9.3 da CE/78 dispõe claramente que a Constituição garante que a atuação dos poderes públicos do Estado espanhol deve obediência estrita aos princípios da legalidade, hierarquia e publicidade normativa, irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas de direitos individuais, segurança jurídica, responsabilidade e interdição de arbitrariedade.

É um artigo norteador de todos os atos públicos, dentre eles os legislativos emanados pelo Parlamento, na medida em que congrega alguns dos princípios promotores dos valores jurídicos superiores do Estado democrático e social de Direito espanhol (STC 27/1981, de 20 de julho, FJ. 10º).

Tal comando (garantista, destaque-se) constitucional exige claramente, sob pena de inconstitucionalidade, que a validade do ato legislativo esteja condicionada inexoravelmente:

- ao respeito à Constituição, corpo normativo supremo (princípio da legalidade desdobrado nos princípios da supremacia constitucional, hierarquia normativa e reserva legal);
- ao seu prévio conhecimento público mediante a publicação em meio de divulgação oficial;
- a não violação de situações jurídicas consolidadas e incorporadas à esfera jurídica protegida dos particulares por atos com efeitos restritivos de cunho sancionatório não favoráveis ou restritivos de direitos;
- a previsibilidade e firmeza necessária à promoção de uma segurança jurídica;
- ao dever geral de não causar danos, sob pena de responsabilização;
- ao respeito às finalidades públicas e ao não cometimento de excessos mediante desvios ou abusos de poder.

Estas diretrizes seriam o ponto de partida para qualquer agente antes de decidir exercer a sua função pública. Mas não é só!

c) Princípio da dignidade da pessoa (Art. 10.1)

Está o legislador ordinário proibido taxativamente pela CE/78 de atentar contra a dignidade da pessoa (humana e também jurídica), sob pena de inconstitucionalidade conforme nos revela a redação do artigo 10.1 do atual texto político que diz: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

Isso, porém, não significa dizer que *“(...) todo derecho le sea inherente —y por ello inviolable— ni que los que se califican de fundamentales sean in toto condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad”*, conforme certamente nos ensina a STC 120/1990 em seu FJ 4º.

d) Princípio do respeito e cumprimento de convenções, acordos, tratados e normativas internacionais e supranacionais (Art 10.2 c/c Art. 93)

Não pode o legislador espanhol atuar internamente, de forma ativa ou mesmo passiva, em contradição às convenções, acordos, tratados e demais atos políticos internacionais celebrados pelo Governo central, bem como em descumprimento às diretivas e demais atos normativos emanados pela União Europeia, sob pena de inconstitucionalidade³⁸³.

É o que se interpreta da conjunção dos artigos 10.2 e 93, ambos da CE/78 que assim prescrevem:

Art. 10.2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Art. 93: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas

³⁸³ Cf. STC 62/1982, de 15 de outubro, recursos de amparo acumulados (Relator: Rafael Gómez-Ferrer Morant).

de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

e) Princípio da igualdade (Art. 14)

O artigo 14 da CE/78 assegura que todos os espanhóis são iguais perante a lei sem qualquer discriminação por razões de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social.

Trata-se tal dispositivo de um claro comando ao legislador, agente público encarregado de fazer leis igualitárias ou, ao menos, desiguais na medida das desigualdades a serem por ele reguladas.

f) Princípio da prestação da tutela judicial efetiva (Art. 24.1)

Todas as pessoas têm direito a obter a tutela judicial efetiva de juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso quede indefeso. Assim diz o artigo 24.1 da CE/78.

Tal direito, embora aparentemente não relacionado com a atuação legislativa, é um argumento bastante utilizado perante os tribunais, sobretudo no âmbito do TC, no sentido de reprovar a validade dos atos legislativos de estrutura formal singular emitidos pela Corte Geral e pelas Assembléias Legislativas.

Dito princípio constitui um forte argumento em favor do particular que diante da concentração do controle de constitucionalidade das leis perante o TC se vale do alcance interpretativo de dito princípio para alegar que ante uma lei singular editada em seu desfavor está o mesmo aparentemente impedido de defender-se juridicamente.

g) Princípio da função social da propriedade e da herança (Art. 33.2)

Diz a Constituição de 1978 no seu artigo 33.2 que o conteúdo dos direitos de propriedade privada e de herança restarão delimitados de acordo com a função social que a lei lhes atribuir.

Como já vimos, tratou a Lei Maior de limitar a atividade legislativa ao dispor que, antes de procurar impingir-lhes quaisquer limitações em seu exercício, deverá o legislador fixar limites ao seu conteúdo atribuindo quais são as suas funções sociais.

h) Princípio da garantia expropriatória (Art. 33.3)

Ninguém poderá ser privado de seus bens e direitos senão por causa justificada de utilidade pública ou interesse social mediante a correspondente indenização e de conformidade com o disposto pelas leis.

Noutros termos: o Estado, querendo atuar no sentido de suprimir bens e direitos dos particulares deverá fazê-lo com base nas justificadas causas de utilidade pública e interesse social que o legislador previamente estabelecer.

Essa garantia expropriatória do artigo 33.3 da CE/78 também limita a atividade legislativa porque, como logo veremos, não há no ordenamento constitucional espanhol qualquer óbice para que o próprio legislador, direta e singularmente por lei, exproprie bens e direitos particulares através das chamadas expropriações *ope legis* instrumento cuja adoção lhe obriga a respeitar obrigatoriamente a garantia expropriatória do artigo em comento, sob pena de inconstitucionalidade.

i) Cláusula de preservação do conteúdo essencial de direitos e liberdades fundamentais (Art. 53.1)

Segundo a redação do artigo 53.1 da CE/78 somente através de uma lei que preserve o conteúdo essencial dos direitos e liberdades poderá o Estado-Legislator intervir na esfera jurídica dos jurisdicionados com o fito de regular o modo de seus respectivos exercícios.

Isso quer dizer que o legislador, querendo intervir para limitar e condicionar o exercício de qualquer direito ou liberdade fundamental, deverá ater-se aos seus respectivos conteúdos essenciais, sob pena de responsabilização.

j) Outros princípios correlatos

Outros princípios podem ser destacados implicitamente do texto constitucional como corolário de alguns destes já exemplificados. Estes princípios vêm a cada dia mais sendo suscitados no âmbito dos tribunais nos combates aos malefícios da atividade legislativa estatal aspirando alcaçarem a condição de verdadeiros limites ao poder de legislar.

É o caso dos princípios da proporcionalidade, da confiança legítima e o da omissão na transposição de diretivas europeias conforme oportunamente veremos.

5.3. “Condicionamentos” constitucionais horizontais

Afora os limites intrínsecos (explícitos ou mesmo implícitos) advindos do contexto constitucional somos da opinião de que ainda assim, desde fora, o legislador deve observância a alguns condicionamentos (\neq limites) extrínsecos na hora de legislar.

Tais “condicionamentos” não chegam a configurar um verdadeiro limite ao exercício da função legislativa. Entretanto, servem de guia orientativo e de complemento para que o legislador, em suas ações futuras, possa precaver-se num ou noutro sentido (na sua difícil arte de bem legislar³⁸⁴) com observância à direção juspolítica constitucional sinalizada anteriormente pelo TC no que concerne a determinadas matérias³⁸⁵.

Falamos aqui³⁸⁶ da influência *orientativa*³⁸⁷ *não vinculativa* que o Direito Jurisprudencial³⁸⁸ e Legisprudencial ditado diuturnamente pelo Tribunal Constitucional

³⁸⁴ A propósito da “arte de legislar” já se referia LABAND (1979, p. 22) em 1871, nestes termos: “*La legislación es justamente un arte que requiere un talento especial y, habida cuenta de que este arte corre a cargo con frecuencia de personas a las que falta el mencionado talento, las leyes resultan a veces excesivamente fragmentarias y otras veces demasiado detallistas*”.

³⁸⁵ Angela FIGUERUELO BURRIEZA [«La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo», em *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 81, 1993 (Julio-Septiembre), pp. 47-72, http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=xg0hzy2urk0f0d55p24lfemt_910011&ART=3,16819.REPNE_081_048.pdf (data da consulta: 06/09/2008)] entende que em pelo menos 03 (três) supostos o Tribunal Constitucional pode incidir positivamente na esfera de livre atuação do legislador controlando (como «colegislador») o exercício de sua função *prefigurando as suas futuras opções político-legislativas*: quando depara-se com um recurso prévio de inconstitucionalidade (Art. 2º LOTC) e quando controla os vícios de procedimento legislativo ou as possíveis omissões constitucionais do legislador.

³⁸⁶ O sentimento que ora tentamos expressar *mutatis mutandi* não diverge do velho, porém sábio jargão jurídico-filosófico e popular: “*onde a lei impera a jurisprudência governa*”.

³⁸⁷ A jurisprudência não está contemplada formalmente pelo ordenamento jurídico espanhol como uma fonte de Direito, mas assume um importante papel conforme se pode inferir das seguintes disposições contidas nos apartados 1º (primeiro) e 6º (sexto) do artigo inaugural do Código Civil de 1889: **Art. 1º**: “1.

tem (ou ao menos deveria ter) na sua função — principal, mas não a única frise-se — de *legislador negativo*^{389 390} sobre a atividade legisferante³⁹¹.

Com a função apenas de *complementar* acrescentando uma visão interpretativa³⁹² e não a de *completar* integrando e suplementando (e.g. através de

Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho; 6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

³⁸⁸ Direito Jurisprudencial este, relembre-se, apoiado num processo de construção jurídica dogmática e prática fulcrada no cotidiano jogo dialético dos interesses, ao contrário do que ocorre no Direito Legislativo onde o Direito criado pelo legislador costumeiramente se apresenta alheio a condicionamentos históricos que servem de baliza à formação e afirmação do próprio Direito do Estado.

³⁸⁹ Somos conscientes de que a expressão “*legislador negativo*” acunhada por Hans Kelsen em suas formulações acerca da teoria do controle concentrado de constitucionalidade das normas jurídicas como contrapartida do *decisum* constitucional ao *ato exclusivo de expulsão* da norma do ordenamento jurídico não mais pode servir de único paladino à complexa problemática atualmente apresentada pela sistemática do *judicial review* que exige dos altos tribunais mais que o simples labor de expulsar a norma viciada da ordem jurídica posta. A heterogeneidade formal das sentenças e dos efeitos que lhes são impingidos pelo TC (efeitos retroativos, efeitos prospectivos, nulidade sem efeitos, etc.) são um exemplo notório da falibilidade que hoje incide sobre a concepção entorno do TC como um simples legislador negativo.

³⁹⁰ Empregamos a expressão *legislador negativo* objetivando também afirmar a submissão do Poder Judiciário ao império da lei — criadora do Direito “de cima para baixo” — destacando ao mesmo tempo a sua incapacidade e ilegitimidade de “criar”, ou melhor, de “dizer” o Direito em sentido inverso “de baixo para cima” como nos tempos do Direito Comum. A expressão é antônima à antiga concepção geneticista do “Direito de Juristas” (*Juristenrecht*) defendida ferrenhamente por Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861) e à qual Mariano ALONSO PÉREZ (*op. cit.*, 1998, pp. 41/42) é nostálgico: “El viejo y riquísimo ‘derecho de juristas’, propio del *ius commune*, la gran creación jurisprudencial de la *interpretatio doctorum*, se ha plegado ante el culto divino y excluyente a la Ley. De ser actores del Derecho, creadores fecundos de la ciencia jurídica desde los tiempos de la Glosa, y antes con los juristas romanos, han pasado a ser meros exegetas de los Códigos. Es la gran expropiación, el expolio alevoso que experimentó la doctrina cuando el Positivismo Jurídico triunfa en la Codificación. Jueces, prácticos o profesores de Derecho desde la irrupción de los Códigos no hemos vuelto a ser en el Derecho del *civil Law* verdaderos genitores de ciencia jurídica. Al menos, ya nunca de modo independiente”. Destaquemos no original.

³⁹¹ No que se refere a influência da doutrina constitucional sobre a atividade *judicante* já tratou o TC de deixar sutilmente registrado que a sua observância pelos órgãos judiciais constituiu-se num «*deber de atenderse*» conforme se pode observar na STC 319/1993, de 27 de outubro, FJ 2º.

³⁹² Essa função interpretativa tem sido objeto de algumas críticas por parte dos juristas baseadas no ativismo legislativo levado à cabo pelo TC nas hipóteses em que dita uma “sentença interpretativa” de preceitos e problemas de índole constitucionais em razão da imposição de um determinado caminho hermenêutico em detrimento de outras interpretações também constitucionais, hipótese em que estaria exercendo em tese uma atividade discricionária tipicamente legislativa conforme nos lembra Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ («Argumentación y legislación», em MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (director) y PAU PEDRÓN, A. (director adjunto). *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003 (ponencias, Manuel Atienza Rodríguez...[et al.]; comunicaciones, Bonifacio de la Cuadra...[et al.], prólogo de Rodolfo Martín Villa, 1ª ed, Civitas, Madrid, 2004, p. 98.

Um exemplo prático que dá razão a esta crítica podemos encontrar nas considerações formuladas pelo TC na STC 164/2001, FJ 47, onde a Alta Corte declara às escâncaras a sua opção *tendencial* (talvez fugaz) por enjuizar a questão formulada sob as bases do instituto da responsabilidade civil das Administrações Públicas e não pelo também legítimo instituto da expropriação. Eis o argumento do tribunal, *verbis*: “(...) debemos precisar también que no es tarea de este Tribunal, *sino de la doctrina*, precisar en qué casos la indemnización de Derecho público que regula la LRSV es reconducible a la institución expropiatoria y en qué casos a la de la responsabilidad patrimonial. Sea cual fuere el resultado de esa calificación, lo cierto es que todos los supuestos indemnizatorios de la LRSV tienen clara incardinación competencial en el art. 149.1.18 CE, que tanto se refiere a la «legislación de expropiación forzosa» como al «sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas». En nuestra anterior STC 61/1997, FJ 33,

sentenças aditivas com efeitos gerais vinculantes) definitivamente o ato legislativo a fim de dar-lhe aplicabilidade e efetividade prática, como uma espécie de norma *di chiusura* (de fechamento) do sistema de fontes, percebe-se que a jurisprudência dos Tribunais — não só a do Tribunal Supremo como diz o Art. 1.6 do CC/1889³⁹³ — constitui-se num verdadeiro, interessante e importante *plus* modulador aplicável ao exercício da função legislativa, afinal, para todos os casos que demandam solução, não está o Poder Judiciário a agir em hipótese alguma sob o manto de um *non liquet*, ou seja, não pode abster-se de ditar um veredito alegando ausência, contradição, obscuridade, dúvida, silêncio ou mesmo falta de claridade de uma disposição normativa³⁹⁴ sob pena de violação frontal ao princípio fundamental da prestação de uma tutela jurisdicional efetiva a todo e qualquer cidadão sujeito de direitos e interesses legítimos (Art. 24.1 CE/78³⁹⁵).

A máxima judicial traduzida na sentença ou acórdão como um produto resultante da argumentação jurídica dialética contraposta (tese e antítese) entre as partes envolvidas no processo de controle de constitucionalidade das leis, longe de constituir-se numa norma jurídica, numa lei, num costume ou num princípio geral de direito, é uma circunstância que também deve ser observada pelo legislador por tratar-se de uma atividade jurisprudencial de *depuração concreta e dinâmica do ordenamento jurídico*³⁹⁶ que almeja permitir objetivamente que da letra fria da *dura lex scripta est* se possa

tendencialmente optamos por reconducir la regulación de las indemnizaciones (por alteraciones del planeamiento) al sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas. Sin ánimo de imponer una determinada concepción teórica, y por coherencia con nuestra propia doctrina, reiteramos este criterio en relación con todos los supuestos indemnizatorios de los arts. 41 a 44 LRSV, lo que nos lleva a rechazar el reproche unitario de inconstitucionalidad formulado por los recurrentes” (destaquei e grifei). Cf. voto particular exarado pela magistrada María Emilia Casas Baamonde na STC 112/2006 a respeito da função e alcance das sentenças constitucionais interpretativas.

³⁹³ “La jurisprudencia *complementará* el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el *Tribunal Supremo* al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. Destaquei.

³⁹⁴ **Art. 1.7 CC/1889:** “Los Jueces y Tribunales tienen el *deber inexcusable* de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”. Destaquei.

³⁹⁵ **Art. 24.1 CE/1978:** “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, si que, en ningún caso, pueda producirse indedensión”.

³⁹⁶ “No debe, sin embargo, olvidarse que es función del Tribunal [Constitucional] la *depuración del ordenamiento jurídico* y que, por esto, ante él no rige de manera completa el principio dispositivo. Así en los casos de fundamentación insuficiente, el Tribunal resta en libertad para rechazar la acción en aquello en que se encuentre insuficientemente fundada o para examinar el fondo del asunto si encuentra razones para ello” (STC 11/1983, de 08 de abril, FJ 3º) — destaquei. Para o TC a depuração *abstrata* do ordenamento jurídico é tarefa do legislador ordinário cabendo ao guardião da Constituição concretá-la em sede de controle de constitucionalidade das leis (STC 17/1981, de 01 de junho, FJ 1º). No mesmo sentido cf. STC 127/1987, de 16 de julho (FJ 1º).

extrair, através de uma operação dita «demiúrgica», um *espírito de equidade*³⁹⁷ conforme nos revela Vittorio FROSINI³⁹⁸.

Trata-se esta depuração pretoriana de um processo natural de recriação do espírito da lei posto que “*el único modelo grande, a menudo vetusto y siempre desajustado en relación con la riqueza casuística de la vida, es la ley. El juez, como un artesano de lo justo y de lo injusto, moldea el texto normativo, lo adapta y renueva. Es su intérprete, el gran mediador entre la ley, el problema real y la busca de la justicia material*”³⁹⁹. É o juiz a autêntica *bouche de la loi* (boca da lei), a *vox iuris legis* (a voz jurídica da lei)⁴⁰⁰.

Em resumidas contas: trata-se de um *dirigismo judicial* que pode converter-se plena e concretamente num *dirigismo jurídico*.

A CE/78 também abordou timidamente o tema da influência do Direito racional e prático sobre a atividade de legislar. No seu artigo 53.3 deixou consignado que “*el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero [princípios reitores da política social e econômica] **informarán la legislación positiva***⁴⁰¹, *la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”. Grifei e destaquei.

³⁹⁷ Cumpre destacar que a equidade como princípio supletório integrativo dos comandos legais só tem cabida no caso de uma constatada lacuna normativa o que, segundo o TS em várias de suas sentenças, impede a sua aplicação efetiva por parte do julgador quando do texto da lei interpretada se poder extrair *com claridade* uma resolução para os pontos em litígio. Neste sentido *cf.* as STSs de 03 de janeiro de 1995; de 08 de fevereiro de 1996; de 10 de dezembro de 1997; de 29 de dezembro de 1998; de 23 de dezembro de 2002; de 21 de novembro de 2003; de 16 de abril de 2004, etc.

³⁹⁸ FROSINI, *op. cit.*, pp. 105/106 e 143 e ss. O autor define como «demiúrgica» a operação que o juiz faz de transformar os dados informativos da legislação num novo produto mental composto de elementos fáticos e valorativos dotados de uma fisionomia distinta e de uma autonomia operativa orientada a buscar o espírito ponderado e equitativo da lei.

³⁹⁹ ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 27/28.

⁴⁰⁰ Esse sentimento do dever de subserviência do juiz à letra e ao espírito da lei no seu papel de moderador e interlocutor entre os conflitos interpessoais de interesses já era pregado por PLATÃO (427 a 347 a.C) em seu amadurecido diálogo sobre as leis (Νομοι) [*As Leis, ou da legislação e epinomis*, 1ª ed., trad.de Edson Bini, Edipro, Baúru (São Paulo), 1999, p. 188] travado entre o Ateniese e Clínicas, com estas palavras: “(...) *Se chamo de servidores das leis aqueles aos quais damos o nome de magistrados não é pelo simples prazer de cunhar uma expressão nova, mas sim porque acredito que a salvação ou a ruína de um Estado, acima de qualquer outra coisa, se baseia nisso, pois todo Estado que tem a lei numa condição subserviente e impotente está à beira da ruína enquanto que para todo Estado no qual a lei é soberana sobre os magistrados e estes são servidores da lei haverá salvação e todas as benesses que os deuses outorgam aos Estados*”.

⁴⁰¹ Legislação tanto estatal quanto das próprias Comunidades Autônomas segundo nos acrescenta a STC 64/1982, de 4 de novembro.

Ora, se cabe ao Poder Judiciário dirimir os conflitos sociais existentes na sociedade espanhola fixando os ditames em que os direitos, garantias e liberdades fundamentais devem ser obrigatoriamente protegidos e por todos respeitados é forçoso concluir que o comando de tal dispositivo constitucional deixa claro que a interpretação e o Direito prático e cotidiano ditado pelos órgãos e Cortes de Justiça nacionais deverão servir de base não só de prumo para a própria atividade judicante, mas também deverão obrigatoriamente informar e constituir a essência da legislação posta em vigor bem como orientar toda a atuação dos poderes públicos.

Embora o supracitado dispositivo faça referência expressa ao capítulo 3º da CE/78, relativo aos princípios retores da política social e econômica do Estado, não há inconveniente algum tomá-lo como um “princípio geral de direito formado diuturnamente na *praxis* forense” a ser seguido como mais um *topoi* na busca da feitura de uma, digamos, “boa legislação”⁴⁰².

Esse protagonismo e proeminência que a CE/78 dá à respeitabilidade das decisões judiciais — carregadas de valores jurídicos interpretados à luz do espírito do Direito posto (leis) e também do Direito pressuposto (princípios) — sobre todas as esferas de poder estatal nada mais representa do que a lógica do próprio constitucionalismo moderno que exige, por força do dogma da supremacia constitucional, que o juízo de prudência e ponderação dos juizes prevaleça sobre o ideal de subsunção querido e imposto pelos legisladores, protagonismo este magistralmente condensado nas palavras de Alejandro NIETO, *ipsis literis*:

“El jurista nacido en la Ilustración —y que ha llegado sustancialmente hasta nosotros— creía en las normas positivas como emanación directa de la voluntad popular y se sometía a ellas pasivamente, con absoluto respeto, convencido de que su función era entenderlas o, a lo sumo, aplicarlas. En cualquier caso, las aceptaba tal cual eran, sin entrar en su contenido, que consideraba fuera de su alcance e incluso de su juicio. La manipulación que el jurista hacía de las normas era meramente formal. Lo que sucede, sin embargo, es que ese tipo de jurista ya ha desaparecido (salvo excepciones muy contadas). El jurista de hoy es vitalmente muy distinto. Ya no acepta sumisamente las normas sino id quod prodest: en lo que le

⁴⁰² Não há (e nem poderia haver) no texto constitucional nenhuma exigência ao legislador quanto a uma boa integração legislativa de sua parte. Curiosamente, a única referência indireta neste sentido podemos encontrar na redação dada ao artigo 129.2 da CE/78 que emprega o qualificativo «adecuada» (adequada) ao termo «legislación» (legislação). Todavia, em que pese a exigência de uma «legislación adecuada» para o fomento das sociedades cooperativas, em razão da ambigüidade ínsita em tal qualificativo não há como considerarmos que tenha o constituinte deixado um “recado” expresso ao legislador ordinário impondo-lhe o *munus* público de “bem legislar”.

*convencen y, sobre todo, en lo que le son útiles. El jurista actual perdió el respeto a las normas en el momento en que dejó de creer en la voluntad popular y vio cómo la soberanía de la ley se ajaba en compromisos inconfesables; de la misma manera que pudo constatar que los reglamentos expresaban el despotismo político o burocrático y que la augusta toga judicial abrigaba personas de carne y hueso. En conclusión, el jurista de hoy ya ha dejado de creer que la ley es una norma sagrada e intocable y —tan descreído como irrespetuoso— se atreve a enjuiciar su contenido y hasta poner sus manos en ella. Lejos ya del pasado formalismo, entra en el contenido material de las normas y obra luego en consecuencia de tal forma que, dejando a un lado la autoridad, valora con sus propios criterios y, a sus results, aplica o no aplica, o aplica previa adaptación, las normas*⁴⁰³.

No âmbito da jurisdição constitucional onde o Tribunal Constitucional aprecia a necessária adequação da lei aos preceitos da Carta Magna estatal esse efeito secundário oriundo do Direito prático está bem presente nos *decisums* lavrados pelo máximo guardião da força normativa da Constituição nos quais a frequência⁴⁰⁴, a intensidade e a profundidade interpretativa dos doutos magistrados servem de calço à supressão das lacunas deixadas por determinada abertura da lei e também à melhor compreensão acerca das imprecisões constantes dos textos legais.

O controle de constitucionalidade aplicado sobre a lei gera, ademais da declaração ou não de sua conformidade com o texto constitucional, a doutrina *orientativa* de que não deve o legislador atuar futuramente em determinado sentido sob pena de seu ato incorrer em responsabilização⁴⁰⁵.

Quando o TC declara a inconstitucionalidade plena ou parcial de uma lei negando-lhe vigência⁴⁰⁶ está ele “punindo” o excesso ou mau uso da *potestad* legislativa do legislador principal destinatário e parte interessada na resolução da causa. Sendo

⁴⁰³ NIETO, A. e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *El Derecho y el revés: diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, 4ª ed., Ariel, Barcelona, 2006, pp. 14/15. Lição magistral pronunciada por Alejandro Nieto no ano de 1996 por ocasião de sua investidura como *Doctor honoris causae* na Universidad Carlos III de Madrid.

⁴⁰⁴ Frequência atrelada à própria claridade e vagueza das leis objeto de apreciação e controle judicial, circunstâncias estas que irão determinar em certa medida qual será a margem de aplicação prática da discricionariedade interpretativa e argumentativa de juizes e magistrados diante do caso concreto.

⁴⁰⁵ Não é preciso muito para observarmos os incontáveis “conselhos”, “sugestões” e outros “alertas” contidos corriqueiramente nos julgados do Tribunal Constitucional direcionados ao legislador ordinário.

⁴⁰⁶ O TC entende como regra básica que a modificação e a derrogação de um preceito legal compete primordialmente aos legisladores representantes da vontade popular. O papel repressivo da Alta Corte no sentido de anular (em sede de controle de constitucionalidade) a lei ou um determinado dispositivo legal, negando-lhe vigência, só é cabível nas hipóteses em que houverem *razões sólidas e graves* neste sentido (STC 17/1981, de 1 de junho, FJ 4º, Relator: Francisco Rubio Llorente).

declarada inconstitucional a lei é inevitável concluirmos que o legislador legislou mal e que o princípio democrático deve ceder ante ao postulado maior do Estado de Direito.

Não é outro o entendimento de CARVALHO FILHO:

“Quando o Judiciário reconhece a inconstitucionalidade da lei está, ipso facto, proclamando que o legislador agiu de forma errônea, sendo irrelevante que o equívoco tenha, ou não, resultado culpa. Se os efeitos da lei inconstitucional provocaram prejuízo ao administrado, deve a pessoa federativa responsável pela promulgação ser civilmente responsabilizada pelo erro. O que se exige é que o lesado demonstre o nexo causal entre a lei inconstitucional e o dano sofrido”⁴⁰⁷.

Como outrora defendido por CARRERAS temos que *“(…) las sentencias del Tribunal Constitucional...no sólo actúan como legislador negativo, sino que también ejercen funciones de orientación política —de modo, en ocasiones, decisivo, sobre todo en el ámbito y contenido de los derechos fundamentales y en la configuración del Estado de las Autonomías— y que, en el ejercicio de sus funciones no hay duda que acota el marco de actuación del legislador”⁴⁰⁸.*

Portanto, primordial também que observemos e sobretudo consideremos essa externalidade não alheia ao uso do poder pelo legislador no momento de enveredarmos na problemática da responsabilidade civil do Estado Legislador.

⁴⁰⁷ CARVALHO FILHO, J.S. «A responsabilidade civil do Estado por atos legislativos», em *Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro*, a. 14, nº 24, Rio de Janeiro, 1993 (março), p. 69.

⁴⁰⁸ CARRERAS, *op. cit.*, p. 306.

6. A LEI COMO ATO IMPOSITOR DE DANOS E IRRESPONSABILIDADES

6.1. A imperatividade da lei como mecanismo impositor de danos

Da própria essência⁴⁰⁹ da lei deriva um fator imprescindível capaz de demonstrar toda a sua força normativa de mandar, conceder, proibir ou ordenar algo⁴¹⁰: a imperatividade (*imperium*), fio condutor da eficácia buscada pelo ato legislativo emanado.

O ato legislativo sempre foi um poderoso instrumento de imposição de danos e prejuízos já que o Estado, desde as suas origens, sempre governou por meio de leis politicamente⁴¹¹ boas, más, justas ou injustas sob o manto de uma desencadeante *mens* ou *voluntas legislatoris* (intenção ou vontade do legislador).

A sua capacidade lesiva (ao lado de sua faceta justa e libertária) é tremenda e também faz parte de sua verdadeira essência. É a sua repugnante faceta, o outro lado da moeda, a sua “banda podre”. É o efeito negativo que se dolosa ou involuntariamente empregado pelo seu operador, o legislador, seja por qual motivo ou finalidade for, pode causar verdadeiras catástrofes patrimoniais e mesmo sociais.

O maximalismo pícaro e pessimista de Herbert SPENCER (1820-1903) quanto ao excesso de legislação bem expressa o poderio lesivo do legislador: “*as leis do Parlamento não falham simplesmente, frequentemente fazem algo pior*”⁴¹².

Como também já o dissera Julius Von KIRCHMANN, em discurso proferido em 1847 em Berlim, três palavras retificadoras do legislador bastam para converter bibliotecas inteiras em lixo.

⁴⁰⁹ “*Las leyes no se mantienen porque sean justas, sino porque son leyes. Es el fundamento místico de su autoridad; no tienen otro fundamento y es bastante. Con frecuencia están hechas por necios*” (MONTAIGNE, *apud* MARTÍNEZ ROLDÁN...[et al.], *op. cit.*, p. 25).

⁴¹⁰ “*La coerción que ejerce el soberano representativo como poder establecido es algo que le viene dado en la ley. Decir quién, cómo y cuando se proyecta sobre el ciudadano una dosis de violencia pública es tarea de la ley*” (LAPORTA, 2007, p. 154).

⁴¹¹ *Juridicamente* estes qualificativos não podem ser rasamente tomados como os mecanismos propulsores do reproche da lei em sede de controle de constitucionalidade. A lei injusta v.g., pelo simples fato de ser injusta, não pode ser declarada inconstitucional porque a sua injustiça é de cunho *político* não podendo, sem mais, influenciar decisivamente na prolação de um juízo de (in)constitucionalidade que deve pautar-se num raciocínio argumental exclusiva e desapaixonadamente *jurídico*. Algo neste sentido aporta YZQUIERDO TOLSADA (*op. cit.*, 2001, p. 242).

⁴¹² SPENCER, H. *Exceso de legislación*, tradução de Miguel de Unamuno, España Moderna, Madrid, 1895, p. 20.

E esse poder de causar danos natural das leis, ao contrário do que se costuma destacar, não é fruto do desgaste conceitual obtido com a crise da sua identidade pós 1ª guerra mundial em que elas, as leis, efetivamente passaram no plano concreto não mais a regular a vida em sociedade como normas gerais e abstratas, mas sim a intervir e dirigir os sistemas jurídicos-políticos contemporâneos através de legislações cada vez mais específicas e individualizadas fruto do decisionismo (muitas vezes imediato e efêmero) e do utilitarismo governamental e parlamentar, conforme mais uma vez reiteramos.

Já no *iusnaturalismo* é possível encontrarmos o temor de alguns renomados autores quanto ao poderio lesivo da lei coativa e injusta⁴¹³, apesar de sua base teocrática⁴¹⁴.

São Tomás de Aquino, por exemplo, conforme nos lembra GARCÍA DE HARO⁴¹⁵, pregava que a autonomia do legislador humano frente às leis divinas puras e invariavelmente justas emanadas pelos reis/príncipes (*iura majestatis*) ademais de representarem o uso da coação e imposição legal da violência à moral — sobretudo daqueles que não tinham porque cumprir a lei humana porque já guiados em fé e espírito pela lei e ordem divina e natural imposta pelo Deus criador e dadas a conhecer por seu “servo monárquico-imperial” — constitui um verdadeiro fenômeno de *corruptio legis* (corrupção da lei) na medida em que desvinculando-se (leis humanas) de sua regra e medida (lei divina e natural) passam a caracterizar-se como regras desmedidas, desordenantes, injustas, iníquas e egoístas desprovidas de qualquer luz direcionada ao caminho final do bem comum ante a falta de subordinação à lei eterna.

“(…) El poder de legislar es de Dios, y sólo por participación de los hombres, únicamente por error, podemos pensar en un poder legislativo que sea autónomo de Dios. (...) la *ley desmedida* no es verdadera ley, sino coacción, pura fuerza violenta, y eso no lo podemos cambiar. Lo único que está en nuestras manos es

⁴¹³ Para os jusnaturalistas o Direito injusto não é Direito, mas sim um mandado tirânico. Para um juspositivista, ao contrário, a norma injusta é Direito, ainda que injusta (FALCÓN Y TELLA, 1999, p. 136).

⁴¹⁴ O historiador francês Numa Denys FUSTEL DE COULANGES (*A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, RT, São Paulo, 2003, p. 172) a propósito da base teocrática da lei antiga e sua força “imperativa” sobre o corpo social deixou consignado em 1864 (ano de publicação de sua célebre obra *La Cité Antique*) que “o verdadeiro legislador entre os antigos não foi o homem, mas a crença religiosa que o homem tinha dentro de si”. Para ele, o Direito primitivo não se originou com base na idéia de justiça, mas sim da religião.

⁴¹⁵ GARCÍA DE HARO, R. «Para la recuperación de la noción teológica de ley», em *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 689-721.

llamar a esa apariencia de ley —a esa *corruptio legis*⁴¹⁶— ley verdadera, aunque sea lamentando la crisis que la noción de ley está sufriendo.

Por tanto, la cuestión no está en que la ley humana sancione a la ley natural, sino en que aquella recibe y alcanza su condición de verdadera ley positiva —que como tal ha de ser regla reglada, ordenación ordenada, medida mensurada— por su conformidad con la ley natural⁴¹⁷. Se comprende bien que cuando la autoridad humana invierte los términos, erigiéndose en medida de la ley divina, lo que hace es destituirse de autoridad, convertir su autoridad en violencia⁴¹⁸.

Transportando e adaptando o pensamento de AQUINO aos dias atuais custa pouco observarmos que o argumento ainda mantém a força e a vigência de um legado se aplicado na subordinação compulsória que o legislador “humano” tem com relação à lei “divina e suprema” que é a Constituição de um Estado^{419 420}.

⁴¹⁶ *Ibidem*, pp. 47 e 58, respectivamente: “Las leyes tiránicas, por lo mismo que no son según razón, no son propiamente leyes, sino más bien una perversión, una corrupción de la ley”. “Las leyes humanas tienen naturaleza y carácter de leyes sólo en cuanto se ajustan al dictamen de la recta razón. Y, así consideradas, es evidente que emanan de la ley eterna. Pero, si carecen de esa conformidad, son leyes inicuas, son violencias o atropellos más bien que leyes”.

⁴¹⁷ Fazendo um aparte ao tema da positividade da lei levantado por São Tomás de Aquino em suas reflexões, sem ingressar em seu mérito, convém lembrar que a simbologia da lei divina escrita como regra inviolável e suprema encontra-se bíblicamente descrita no livro intitulado Êxodo, especialmente no episódio que trata de descrever o recebimento por Moisés, no alto do Monte Sinai, das 02 (duas) tábuas de pedra contendo os 10 (dez) mandamentos escritos com o dedo de Deus conforme se infere das seguintes passagens: “Então disse o Senhor a Moisés: Sobe a mim ao monte, e fica lá; e dar-te-ei tábuas de pedra, e a lei, e os mandamentos que tenho citado, para os ensinar” (Êxodo 24:12); “E deu a Moisés (quando acabou de falar com ele, no monte de Sinai) as duas tábuas do testemunho, tábuas de pedra, escritas pelo dedo de Deus” (Êxodo 31:18); “E voltou Moisés, e desceu do monte, com as duas tábuas do testemunho na sua mão, tábuas escritas de ambas as bandas; de uma e de outra banda estavam escritas. E aquelas tábuas eram obra de Deus; também a escritura era a mesma escritura de Deus, esculpida nas tábuas” (Êxodo 32:15-16).

Todavia, apesar da simbologia da lei no sagrado texto bíblico, é praticamente consenso na doutrina (v.g. Cf. FROSINI, *op. cit.*, p. 136) de que o Código de Hammurabi da Babilônia do século XVIII a.C. e sua arcaica cultura taliônica do “olho por olho, dente por dente” talvez tenha sido a 1ª (primeira) compilação de leis escritas (282 leis no total) — curiosamente conservado e em exposição permanente no Museu do Louvre em Paris/França — de que se tem notícia. Salienta-se que o Código Babilônico é anterior e ponto de partida para a Lei Mosaica/de Moisés insitas na *Torá* (judaísmo) ou no *Pentateuco* (cristianismo), ou seja, nos primeiros 05 (cinco) livros da Bíblia — Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuterônimo.

⁴¹⁸ Essa era a concepção de São Tomás de Aquino segundo GARCÍA DE HARO (1976, pp. 702/703). Consultando a obra-prima de AQUINO sobre as leis (*La ley*, versão castelhana e notas explicativas do Prof. Constantino Fernández-Alvar, Editorial Labor, Barcelona, 1936, pp. 45, 89 e 104) é possível observar que a edição de leis humanas ou positivas não eram tidas como um ato herege contra a lei natural de Deus. No mínimo eram vistas como um “mal necessário” na cura gradual dos «imperfeitos». Apreciemos o silogismo de seu raciocínio: “Aristóteles nos lo dice expresamente: ‘la virtud del súbdito consiste en una dócil sumisión a aquel que manda’. Y ése es el objetivo de toda ley: que sea obedecida y acatada por aquellos para quienes ha sido establecida. Es, pues, evidente que la ley tiene por propiedad la inducción del hombre a la virtud. (...) El hombre de natural bondadoso es conducido por los caminos de la virtud por medio de los consejos mejor que por medio de la coacción. Pero no todos son de este carácter; los hay para quienes toda medida suave resulta ineficaz. De ahí la necesidad de apelar a la coacción. (...) Las leyes humanas, en efecto, tienden a hacer buenos y virtuosos a los hombres a quienes se imponen; pero no de una manera repentina, sino poco a poco, gradualmente. Por eso, para una multitud en la que predominan los imperfectos, no deben establecerse ya desde un principio, leyes que son propias de los perfectos en la virtud, cuales son las leyes prohibitivas de todos los vicios”.

⁴¹⁹ A propósito assim já tratara de arrazoar Francesc de CARRERAS (1989, p. 305) com estas palavras: “(...) La Constitución actúa respecto a la ley ejerciendo una función semejante —aunque más limitada en extensión— a la que en la doctrina iusnaturalista medieval ejercía la ley natural respecto a la ley

A corrupção da lei, ou melhor, da Constituição estaria hoje representada não só na violação direta e frontal de seus mandamentos, mas também na falta de equidade e de proporcionalidade, de medida ou de mensuração da lei na busca da consecução do bem comum previamente traçado pelas ordens advindas da razão prática do príncipe constituinte.

Diante de tal constatação não é despidiendo afirmar-se que essa neo-concepção, a da *corruptio constitutione*, está bem viva e presente no complexo e hodierno estudo da responsabilidade civil oriunda de atos legislativos do Estado que ora nos ocupa.

A lei contemporânea⁴²¹, longe de buscar a santidade por via da sacralidade e divindade, apesar de sua notada metamorfose, não perdeu o seu caráter imperativo e violento. Pior, adquiriu uma outra característica maledicente: a de servir de instrumento de vingança e de inescrupulosa imposição de danos e sacrifícios por parte dos detentores do poder⁴²².

positiva. En efecto, en la doctrina iusnaturalista, la ilegitimidad de la ley tenía su origen en la contradicción de la misma con la ley natural, derivada de la naturaleza humana y conforme con la ley divina. El iusnaturalismo racionalista de la Edad Moderna secularizó la fundamentación del Derecho, principalmente mediante las teorías contractualistas, pero, a su vez, este contrato tenía su máxima expresión en la Constitución, gran pacto entre los sectores sociales dominantes. Así, la teoría del contrato sustituyó a la naturaleza humana y la Constitución a la ley natural.” Destaqués no original.

⁴²⁰ Em tom metafórico, Mauro CAPPELLETTI (1986, p. 46) chegou a pronunciar-se nesse sentido: “(...) *el constitucionalismo moderno es el intento de superar el contraste varias veces milenario entre ley natural y ley positiva, es decir, el contraste entre una ley inalterable, no escrita, arraigada en la naturaleza o la razón y una ley temporal escrita por un legislador concreto de cierto tiempo y lugar. Las Constituciones modernas, con sus declaraciones de derechos y la revisión judicial son los elementos de una «más alta ley positiva» hecha vinculante y aplicable: representan una síntesis —hegeliana— de una especie de positivismo legal y ley natural; son el reflejo del más sofisticado intento jamás ideado de «positivizar» valores sin hacerlos absolutos ni abandonarlos a los cambiantes caprichos de las mayorías temporales*”.

⁴²¹ A referência à lei «contemporânea» não quita o caráter violento e danoso que também possuíam algumas leis humanas antigas da época do Direito Natural. A “perversão”, a “corrupção”, a “iniqüidade” e a eventual “injustiça” causadas pela promulgação das primeiras leis escritas podem ser facilmente percebidas nas denúncias de renomados jusfilósofos, dentre eles, TOMÁS DE AQUINO e Francisco SUÁREZ (*Tratado de las leyes y de Dios Legislador: en diez libros*, vol. I, libros I e II (La ley en general; Leyes eterna y natural y derecho de gentes), versão espanhola por José Ramón Eguillor Munoizguren com uma introdução geral por Luis Vela Sánchez, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, p. 41 e ss.).

⁴²² “(...) *aquella ingenua fe revolucionaria en que la ley es necesariamente instrumento de libertad ha sido tantas veces desmentida por la experiencia de los dos últimos siglos [XIX e XX] que más bien se ha transformado en la idea contraria: la ley es la primera amenaza —o la segunda, después del reglamento— para los derechos. Es más, incluso en el marco privilegiado del Estado de Derecho, ha ocurrido que la invasión por el Derecho público de recintos antes reservados a la libre disposición de los sujetos privados, así como la ampliación del catálogo de materias y relaciones sociales relevantes para el legislador, se ha interpretado muchas veces como una invasión en el más sagrado recinto de libertad, que es la libertad en la esfera privada. De la legislación como victoria de la razón y garantía de los derechos a la legislación como triunfo de la arbitrariedad y amenaza para el individuo*” (PIETRO SANCHÍS, 1998, pp. 23/24).

O imperativismo da lei sempre esteve marcado — *pari passu* com a sua função de instrumentalizar e positivar o Direito do Estado — de um caráter notadamente “absolutista”, “imperialista”.

A lei racional oitocentista, sinônimo de liberdade (lei = liberdade) e produto de um absolutismo político levado a cabo por uma soberania parlamentar infalível diante do culto social ao legicentrismo, em razão do paulatino processo de fragmentação social e jurídico-normativo percebido a partir do declínio do período codificador da segunda metade do século XIX teve que ceder passo à concepção da lei como um instrumento a disposição do decisionismo e voluntarismo político⁴²³. A lei, antes destinada a criar e a prever situações e reações jurídicas aplicadas aos fatos sociais, deles passou a ser resultado.

A lei-liberdade adquiriu uma nova indumentária, a de lei sinônimo de solução imediata (lei = solução). E essa nova roupagem fruto da era decisionista não quitou o seu caráter “absolutista”. Ao revés, tratou de potenciá-lo. A força imperativa da lei passou a ser não mais um fator de imposição da vontade popular em busca de uma igualdade social geral, mas sim um instrumento por demais coativo, sancionatório, pouco perene e, curiosamente, até certo ponto paradoxal, por incitar cada vez mais a busca de resultados práticos através da normatização de autoclassificadas desigualdades.

Não é mais um inevitável e excepcional vetor da atividade pública de imposição de um sacrifício particular motivado e justificado para satisfazer o interesse público e promover o bem comum. É uma arma letal pronta para ser usada sempre e quando ao mau legislador lhe convier.

Trata-se a imperatividade da lei da maior demonstração de força no uso do poder, entendido este como a capacidade de um determinado agente público dotado de competência influir, condicionar, determinar, moldar e até mesmo proibir e tolher o

⁴²³ “*Toda la tradición revolucionaria...montó la idea del Estado de Derecho, poniendo el énfasis en un esquema simple: la sumisión de la Administración a la Ley. Pero esta Ley, que era sentida como el mayor escudo de la libertad, es un hecho que ha pasado a ser hoy uno de sus enemigos más temibles. La concepción rousseaiana cría salvar con el dogma de la generalidad de la Ley hecha por todos los ciudadanos nada menos que la alienación del hombre en la sociedad. Esta esperanza utópica está totalmente quemada por la sociedad de nuestro tiempo*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1983, pp. 87/88).

comportamento, a liberdade e os direitos de outros membros sociais numa clara relação de mandado-obediência, de mandado-sujeição⁴²⁴ pregada em tempos bem remotos.

O poder do legislador através de uma “*imperatio legis*” e o dever de obediência que dela resulta encontra guarida no vigente ordenamento, por exemplo, através do seguinte dispositivo material civil, *in fine*:

Art. 6.3 CC/1889: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

6.2. Lesão ressarcível: uma atrofia conceitual a serviço da implementação da (falsa) legalidade. A imperatividade como instrumento de imposição de irresponsabilidades

Todo o sistema da responsabilidade civil do Estado espanhol gravita em torno do criticável conceito de *lesão ressarcível* que considera indenizável tão somente os danos queridos e impostos deliberadamente aos destinatários do ato estatal que não foram expressos e qualificados previamente por uma lei como um dever jurídico de suportar gratuitamente os efeitos negativos oriundos de sua futura aplicação pelo administrador.

Dito de outro modo: se o legislador-interventor prever no texto da lei que o particular tem o dever jurídico de suportar o prejuízo que o ato lhe é capaz de provocar não há que se falar em obrigação estatal de indenizar, previsão esta que pode adquirir um carácter dúplice: se houver previsão quanto ao dever de suportar e também silêncio quanto a qualquer espécie de compensação estaremos diante de uma limitação ou condicionamento geral de direitos e interesses não indenizáveis (limitação = previsão do dever jurídico de suportar + silêncio quanto a compensação); havendo previsão tanto do dever jurídico de suportar a intervenção quanto da compensação que se julga devida estará o legislador agindo em conformidade com a hipótese compensatória do dano oriundo de um ato não expropriatório na forma do artigo 139.3 da LRJAP y PAC/1992.

⁴²⁴ Esse poder político/legislativo de imposição de vontades é, no dizer de Locke, “(...) *el derecho de hacer leyes que estén sancionadas con la pena capital, y, en su consecuencia, de las sancionadas con penas menos graves, para la reglamentación y protección de la propiedad; y el de emplear las fuerzas del Estado para imponer la ejecución de las leyes, y para defender a éste de todo atropello extranjero; y todo ello únicamente con miras al bien público*” (Ensayo sobre el gobierno civil, tradução de A. Lázaro Ros. Aguilar, Buenos Aires, 1963, p. 29 *apud* CARPIZO, J. «El poder: su naturaleza y su tipología», em *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, p. 841).

Por este conceito o Estado só está obrigado a indenizar os destinatários de seus atos se o legislador ou o próprio Governo não tiverem qualificado com antecedência no texto de uma lei ou ato normativo com força de lei as suas conseqüências lesivas como um dever público a ser solidariamente suportado.

Se tomada com precaução essa providência — a de atribuir aos efeitos lesivos do ato a característica de uma simples e corrente limitação legislativa/administrativa — isento estará o Estado de responder civilmente pelas moléstias futuramente perpetradas, ou seja, a irresponsabilidade estará justificada no comando do ato normativo.

Diante de tal constatação percebe-se que esta concepção majoritária que vê a lei como uma poderosa *causa extintiva da responsabilidade administrativa* (desde que estabeleça com antecipação em desfavor dos destinatários o dever jurídico de gratuitamente suportarem os danos oriundos da ação estatal executiva) e ao mesmo tempo como *causa geradora de responsabilidade patrimonial* (na medida em que *não prevê* isenção quanto aos efeitos lesivos de tais atos) constitui-se numa notada faca de 02 (dois) gumes que, se interpretada sob um outro enfoque, revela-nos um panorama bem distinto. Senão, vejamos.

A importância da lei na configuração do vigente sistema de responsabilização estatal é manifesta. Isso é inegável se levarmos em consideração que a “sorte” do Estado em quanto à configuração do seu dever de indenizar está “lançada e condicionada previamente ao mero arbítrio do legislador”.

Se não deixarmos de considerar a lei como um instrumento *desertor, redutor* ou mesmo *modulador* de uma responsabilidade gerada pela prática de um *ato administrativo* desprezando-a como um *potente e direto* instrumento impositor de danos, é forçoso admitirmos que não há outra alternativa senão isentar o Estado de qualquer responsabilidade.

Quando se estuda o vigente sistema de responsabilidade civil do Estado percebe-se claramente o seu enfoque unidirecional voltado a regular, sob o manto do conceito de lesão ressarcível, todos os possíveis supostos indenizatórios gerados pela prática de atos administrativos e de execução de leis cuja eventual imputação só será admissível juridicamente se, somente se, o Poder Legislativo “autorizar” que se

processem os pleitos indenizatórios contra a Administração Pública em face da sua desídia, falta de cautela ou mesmo por meio de um voluntarismo justicero ao deixar, propositada ou inadvertidamente, de declarar no corpo da lei de regência dos futuros atos de execução o dever que os destinatários têm de suportar solidária e gratuitamente os danos e prejuízos ínsitos na prática de tais atos.

Esse mecanismo mirabolante nos permite pensar que o sistema de responsabilidade fundado no conceito de lesão ressarcível só é admissível e aplicável nos casos em que o Legislativo impõe uma nova ou reformada ordem legalista a ser observada pela Administração, ou seja, nos casos em que o Poder Legislativo implementa as estreitas balizas de legalidade que nortearão os futuros atos do administrador⁴²⁵.

O sistema privilegia o ato secundário (ato administrativo), não o ato primário (a lei).

Nesse esteio, atendo-se a esta ordem de sujeição e vinculação verticalizada que o administrador tem perante as ordens do legislador, é forçoso concluirmos que este mecanismo de responsabilidade administrativa jamais poderá servir de parâmetro para a consagração de um sistema autônomo de responsabilidade civil por atos legislativos diretamente emitidos pelo Estado. Neste sentido, o vigente sistema afigura-se atrofiado.

Atendo-se por outro lado na ordem de legalidade imposta originariamente pelo Poder Legislativo, é crível pensarmos que, dependendo da cautela e presteza impregnada pelo legislador ordenante, a Administração calcará seus atos sob as bases de uma “legalidade” apenas aparente, de fundo falso. Explicamos.

Se o legislador impuser *diretamente* o dano a determinados destinatários já no próprio corpo da lei sendo ademais precavido ao declarar a sua incursão patrimonial negativa como um dever jurídico de suportar solidariamente o prejuízo — imposição de uma suposta limitação ou condicionamento geral — não haverá qualquer reação jurídica por parte do ordenamento quanto aos eventuais danos e prejuízos que os atos administrativos praticados porventura venham a causar na execução e concreção da lei.

⁴²⁵ Relembre-se que todos os atos praticados pela Administração Pública estão condicionados à observância do princípio da legalidade estrita.

O administrador estará, neste caso, simplesmente propalando e dando contornos mais concretos ao vício e à causa lesiva ínsita no ato legislativo o que nos leva a conclusão de que o Poder Legislativo, ao declarar o dever jurídico de suportar os danos e prejuízos que eventualmente a *execução da lei* possa causar, estará eximindo, de uma só vez, 02 (duas) responsabilidades: a sua própria responsabilidade como mentor e autor originário do dano e a responsabilidade de seu agente executor o administrador.

Por estas razões, entendemos que neste caso o legislador acaba por camuflar e por eximir uma responsabilidade que em verdade é única e exclusivamente sua, mas que em face da estruturação do atual sistema de responsabilidade patrimonial — que gravita em torno ao conceito de lesão ressarcível — aparenta ser do administrador, pseudo algoz.

O ato de impor o dever de suportar o prejuízo apresenta-se, portanto, tão somente como um ato de isenção da responsabilidade da *Administração Pública*, mas não do Estado como um todo. Para nós, o ato legislativo originariamente pecaminoso não permanece incólume, mas sim passível de imputação de responsabilização por parte dos eventuais destinatários prejudicados porque a *falsa legalidade* imposta pelo legislador não se lhes aplica, o que lhes permitiria atacar *diretamente* o ato que ocasionou o dano (dispositivo de lei) e não o seu ato propagador (ato administrativo) protegido sob o manto da impunidade.

Do sistema ora posto, quando se deixa de focar a lei como um *elemento (coadjuvante) sistêmico prévio* que decidirá definitivamente o rumo da responsabilização *administrativa* e passa-se a enxergar a lei como o ato (principal) que em verdade é o que impõe e causa o dano, não é possível extrairmos qualquer solução à problemática que identifica o vício gerador do dano não no seu ato posterior de execução (ato administrativo), mas sim na própria lei que o rege.

O Estado-Legislador espanhol é nesta hipótese anteriormente descrita, segundo a atual normativa, soberano e irresponsável por não admitir que a sua fonte jurídica por excelência, a lei, passe a ser a própria vilã e causa jurídica de muitos danos perpetrados aos jurisdicionados.

De outra banda, de acordo com tal linha argumentativa, vemos que a solução apresentada pela atual LRJAP y PAC/1992 (Art. 139.3) para estes supostos de danos não expropriatórios só tem cabida para leis corriqueiramente editadas em estado puro, sem vícios materiais e desprovidas de quaisquer outros interesses alheios ao bem comum o que, sabemos, nos tempos do “*mercado das leis*” tal concepção não passa de uma mera quimera.

Se tomarmos ao pé da letra o entendimento majoritário a lei *diretamente impositora* de danos só poderá ser questionada se chegar a constituir-se no extremo de uma “privação singular”. O papel da lei estará marcado por 02 (dois) antagônicos e extremados pólos, a limitação legislativa e a expropriação *ope legis*, podendo mediá-los um ato de benevolência do próprio legislador-interventor que entendendo prejudicial o ato legislativo de sua lavra terá o livre arbítrio de conceder aos destinatários-prejudicados algum gênero de compensação.

Desta visão pouco depurada observamos de pronto que as leis restritivas de direitos e interesses carreadas de danos e prejuízos intencionalmente queridos estão plenamente autorizadas e cobertas pelo manto da irresponsabilidade, o que não concordamos, conforme adiante se verá.

7. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO LEGISLADOR NO DIREITO ESPANHOL

7.1. Admissibilidade e desdobramentos

7.1.1. A responsabilidade de todos os poderes públicos na Constituição Espanhola de 1978: a tese do Estado Legislador responsável

Historicamente (mais precisamente na Idade Média) foi através do câmbio conceitual sobre a figura e função do Rei e do ideal de justiça que se desencadearam os primeiros passos concretos em prol da construção e fortalecimento das garantias patrimoniais dos particulares contra os atos escritos e imperativos emanados pelo soberano, dentre eles as leis.

Os privilégios dos reinados, da aristocracia e da nobreza sucumbiam paulatinamente aos crescentes anseios de uma burguesia mais politizada e reivindicativa e de um proletariado cada vez mais ativista e organizado na defesa dos interesses da classe obrera, ambos cedentes por promover o fortalecimento de seus direitos frente aos arbítrios das classes dominantes não restando a estas outro caminho paralelo ao uso da força que não a necessidade de uma articulação e composição política garantidora de estabilidade e condições de governabilidade.

O Estado, na era do medievo, não podia mais estar alicerçado apenas em “boas” leis soberanas e num bom exército. O *príncipe*, como já o dizia MAQUIAVEL⁴²⁶, ademais de ser visionário, cauteloso, firme, benevolente, etc. deveria buscar ser “amigo” do povo e dos súditos para evitar possíveis conspirações, enfraquecimento e até mesmo a bancarrota do seu principado.

Nesse diapasão, a valoração progressiva do Rei como um verdadeiro administrador voltado a obrar com completa sujeição ao Direito então vigente (atos do príncipe) e aos acordos e composições políticas em busca da realização dos anseios coletivos comuns através da realização prática da justiça fez com que na Espanha, a partir dos regramentos primitivos impostos pelos *Fueros Reales*⁴²⁷, pelo *Espéculo*⁴²⁸ e

⁴²⁶ MAQUIAVEL, N. *O príncipe*, 6ª ed., Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2001.

⁴²⁷ Codificação de 550 leis em 4 livros com 72 títulos promulgada em 1255 pelo Rei Alfonso X “O Sábio” englobando temas relativos aos ofícios do rei, leis de um modo geral, direito penal, casamentos e matérias judiciais. Dito diploma também restou conhecido como o “Foro do livro de conselhos de Castilha” e ainda como “Flores das Leis”.

pelas *Partidas*⁴²⁹, os atos escritos emanados pelo monarca que lesionassem direito ou interesse de um súdito passassem a ser objeto de impugnação (quicá de proteção) através de um recurso extraordinário de «suplicación» feito ao próprio governante para que revisasse o mal feito.

A «apelación», a «nulidad» ou ainda a «pesquisa» constituíam os instrumentos mais comuns inerentes ao procedimento sumário da jurisdição (paralela à judicial) chamada “vía de gobierno”^{430 431}.

⁴²⁸ 1º (primeiro) texto castelhano destinado a reger de um modo geral a vida social em Castilla a meados do século XIII. Foi uma espécie de anteprojeto das *Partidas*, eis que desprovido de força de lei quando de sua promulgação. Seus livros tratavam de temas concernentes à sucessão da coroa, assuntos militares, procedimentos judiciais e outras matérias.

⁴²⁹ Compêndio de 2.208 leis típicas do *ius commune* ditado pelo Rei Alfonso X “O Sábio” composto de 7 (sete) partes (“partidas”) versantes, básica e respectivamente, sobre: 1ª partida) fontes de direito e direito eclesiástico; 2ª partida) sucessão da coroa e funcionários públicos; 3ª partida) normas processuais e algumas normas de direito civil e comercial; 4ª partida) direito de família, pessoas e outras normas; 5ª partida) direito de obrigações e contratos com grande influência do direito romano; 6ª partida) direito hereditário e sucessões e; 7ª partida) direito penal e direito processual penal. As *Partidas* também eram conhecidas como o “Livro das Leis” e o “Foro das Leis”.

⁴³⁰ Nesse sentido nos ensina Gustavo VILLAPALOS SALAS em sua obra *Los recursos contra los actos de gobierno en la baja edad media*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, pp. 18/20. Apoiado na doutrina de A. GARCÍA GALLO, assim preceitua:

“(…) *Del esquema de Espéculo y Partidas se desprenden, sin embargo, algunos caracteres nuevos respecto del período anterior. El rey fue progresivamente valorado como un administrador del reino que habría de obrar con sujeción al derecho, pudiéndose impugnar los actos escritos del rey que lesionaran un derecho o un interés del súbdito.*

En el Espéculo y las Partidas se contiene además una regulación general y completa de los órganos jurisdiccionales y de los recursos que ante ellos se pueden suscitar. En relación con los primeros, es conocida la tripartición de la jurisdicción en ordinaria, extraordinaria o delegada y arbitral; división que procedía de la glosa y que demostraría toda su operatividad en el sentido del incremento continuo de importancia que fue adquiriendo la jurisdicción delegada. La razón de este proceso es de sobra conocida y fue magistralmente expuesta por Hintze. El desarrollo de la llamada «revolución comisarial» fue debido a la necesidad que los reyes sintieron de utilizar agentes eficaces y ágiles sin tener que someterse a los imperativos de la rápida y jerárquica organización administrativa.

En la última instancia de esta pirámide jurisdiccional se encontraba el propio rey, quien, según la clásica representación medieval, era conocido sobre todo como juez y conservador del derecho, antes que como legislador. Es por esto por lo que ha de acatar, el primero, las leyes, al igual que todos sus oficiales. Contra éstos procedían los recursos ordinarios, la querrela o la alzada. Para impugnar los actos del rey se habría de acudir, en cambio, a un recurso extraordinario, la «suplicación» hecha al propio rey para que revisase lo mal hecho.

Junto a estos recursos de naturaleza judicial se desarrollaron otros que se resolvían sumariamente, y en lo que podríamos denominar vía de gobierno. El más significativo de ellos fue la pesquisa. Esta era un procedimiento antiguo que se había utilizado por los reyes y condes de Castilla para resolver contiendas sobre titularidades de derechos y para determinar el alcance de determinadas situaciones jurídicas. El Espéculo y las Partidas regulan extensamente la pesquisa —aunque difieren en algunos aspectos—, sobre la base de considerarla un procedimiento de oficio, que a veces podría incoarse por denuncia del particular. La pesquisa se utilizaba también contra los agravios causados por el rey o sus oficiales en el uso del oficio, pudiendo optar el particular, en caso de agravio, entre la pesquisa del agravio o la querrela judicial contra el oficial que le agravio”.

⁴³¹ Tratava-se de um procedimento administrativo recursal de alçada através do qual o particular lesionado, querendo, antes de ingressar nas vias judiciais ou ordinárias, requeria junto a autoridade hierarquicamente superior ao oficial que praticou em seu desfavor o ato tido por danoso — ou ainda junto ao próprio rei «vía de poderío real» —, a anulação e a reparação do agravio e/ou do dano econômico por ele sofrido «por merced» ou indulgência.

Estava, portanto, inaugurado, ainda que de forma imprecisa, confusa e um tanto quanto desarticulada o mecanismo jurídico contra a opressão e os agravos governamentais em desfavor dos particulares. Não se concebia mais que o exercício do poder soberano fosse ilimitado. Daí não tardou muito a implantar-se a doutrina dos *iura quaesita* procedente do *ius commune* (Direito Comum).

Não bastava mais ao Rei dignidade e dom divino para simplesmente governar o reino que “Deus lhe agraciou”. O seu poder, ademais das limitações impostas pelo Direito por ele posto — leis vigentes, em especial as que tratam de direitos adquiridos e privilégios —, estava também limitado e fundamentado no ideal de justiça⁴³².

“El rey, como vicario y defensor de esta *iustitia sempiterna*, se debe a ella y es por tanto más juez que legislador. Su ministerio no le lleva a innovar el derecho, sino a respetar y a custodiar el *status* y las situaciones jurídicas preexistentes. Se estableció así, en base a los textos romanos (Dig. 1.1), una sacralidad profana y paralela; un orden en que el rey es el pontífice y los juristas los *iuris sacerdotes*. Es coherente con ello, y con razón ha sido destacado, el hecho de que «lo que jerarquizaba políticamente no eran las facultades legislativas, sino los derechos jurisdiccionales (alta, media o baja justicia), y el rey modelo no era, salvo alguna excepción aislada —reyes o condes de los buenos fueros—, un inteligente legislador, sino un justo y equitativo juez»⁴³³.

Assim, através da exigência popular de uma boa governança baseada no respeito às leis e na busca pelo ideal de justiça a maior autoridade da época, o Rei, definidor, protetor, aplicador e servidor da ordem jurídica acabou em nome da manutenção de seu prestígio e da governabilidade, ao relativizar o tradicional absolutismo do poder insito na posição social e hierárquica que ocupava, por estabelecer uma tensão dialética entre o poder soberano e os direitos e garantias naturais dos governados restando, portanto, instaurado e enraizado de uma vez por todas a concepção de limitação e controle do poder.

Aqui quicá dita tensão teve maior destaque e assimilação nas chamadas *cartas desafortadas*, expediente destinado a classificar como lesivo todo ato real escrito que atentasse contra o direito de um governado seja pela imposição de cargas fiscais a título

⁴³² Compreenda-se a justiça moral religiosa/espiritual, a justiça política (exercida pelo uso da força e do poder inovando o Direito), a justiça distributiva (distribuição de ônus e privilégios de forma equânime independentemente do que diz a lei), a justiça comutativa (respeito aos direitos dos súditos), etc.

⁴³³ VILLAPALOS SALAS, *op. cit.*, p. 29, destaques no original.

coletivo ou individual, seja pela implementação de normativas comerciais restritivas, seja pela supressão de privilégios e liberdades, etc.

Esse processo paulatino de fortalecimento das garantias dos cidadãos ao longo da experiência constitucional espanhola contra os mandamentos restritivos e supressivos contidos nas leis emanadas pelos reis, pelo Parlamento central e demais Casas de Leis encontra hoje na vigente Constituição de 1978 o seu epicentro.

O texto magno atual — é bem verdade, e no que aqui interessa — não estabelece expressa e especificamente uma hipótese ou mesmo um dever de configuração do legislador infraconstitucional no que se refere ao dever obrigacional que o Estado tem de responder civilmente pelos danos e prejuízos ocasionados pela emissão de atos pelo Poder Legislativo a exemplo do que ocorre com a Administração Pública (Art. 106.2) e o Poder Judiciário (Art. 121).

A defesa da tese do Estado-Legislador responsável advêm essencialmente da disposição genérica contida no artigo 9.3 da CE/78 que impõe a todos os 03 (três) poderes públicos, sem distinção, a responsabilidade pela prática de seus atos perante quaisquer dos jurisdicionados, nestes termos:

Art. 9.3. CE/78: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

7.1.2. Retrato de uma jurisprudência cambiante

7.1.2.a) O *leading case* Rumasa S.A. A excepcionalidade das leis singulares no âmbito do TC: a propagação pretoriana de uma doutrina?

A princípios dos passados anos 80, especificamente no ano de 1983, procedeu-se na Espanha a maior, a mais direta e severa e, sem qualquer azo a dúvidas, a mais polêmica, transcendental e ao mesmo tempo criticável intervenção estatal sobre todo o patrimônio privado de um ente jurisdicionado.

O Estado de forma prévia, meticulosa e deliberadamente consciente mostrou toda a sua força ao expropriar, através de uma lei de estrutura singular, *todas as ações e*

participações sociais representativas de capital de todas as sociedades integrantes do grupo RUMASA S.A. pertencentes à família Ruiz Mateos, sociedades estas (222 – duzentas e vinte e duas sociedades no total) nominalmente relacionadas no anexo do Real Decreto-lei 2/1983, de 23 de fevereiro, convalidado posteriormente pelo Congresso de Deputados, que o converteu na Lei 7/1983, de 29 de junho, publicada no Boletim Oficial do Estado do dia subsequente.

E não é só! Dita lei, ademais de expropriar legislativamente todo o patrimônio acionário do grupo RUMASA, ordenou a imissão na posse e a transferência imediata do domínio das ações ao patrimônio público cuja administração ficou a cargo da Direção Geral do Patrimônio do Estado.

Não bastasse, ordenou que o pagamento do justo preço das ações fosse efetuado em até 3 (três) meses contados da data da celebração de acordo com os grupos de acionários ou da sua fixação por um corpo de jurados.

Incontáveis críticas⁴³⁴ — muitas suscitadas judicialmente pelos patronos judiciais do grupo RUMASA nos recursos e questões de inconstitucionalidade interpostos perante o TC — incidiram sobre tal lei expropriatória destacando-se: a acusação de que o processo de expropriação não poderia ter sido iniciado por meio de um Real Decreto-lei ante a ausência dos requisitos de extraordinária e urgente necessidade exigidos pelo Art. 86.1 da CE/78; que a lei convertida constituía-se num confisco com indenização posterior; que o meio utilizado pelo Estado (lei singular) era desproporcional ao fim perseguido (expropriação) ante a existência de outros meios menos gravosos que poderiam ter sido utilizados; que era ela inconstitucional também pelo fato de não permitir que o grupo empresarial afetado, bem como cada uma das empresas relacionadas no anexo da lei pudessem defender diretamente o seu patrimônio por não possuir legitimidade ativa e também por inexistir um remédio jurídico constitucional destinado a suscitar o seu controle de constitucionalidade quedando, pois, totalmente indefeso o grupo contra a medida; que a mesma era discriminatória na medida em que impunha um sacrifício individualizado a determinados destinatários; a eliminação do conceito indenizatório de preço; tolhimento ao direito de reversão;

⁴³⁴ No campo doutrinal, muitas delas encontram-se originariamente formuladas no estudo de PARADA VÁSQUEZ, J. R. «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas (El caso RUMASA)», em *RAP*, nº 100-102, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983 (Enero-Diciembre), pp. 1.139-1.168, ao qual fazemos remissão.

violação do princípio da irretroatividade do artigo 9.3 da CE/78 porque a lei expropriatória foi criada para sancionar e castigar fatos passados imputados aos diretores do grupo empresarial contra a economia nacional, etc.

Acusações e calorosos manifestos jurídico-doutrinários à parte, deparou-se em concreto o TC⁴³⁵ com os efeitos de toda essa problemática — *odisséia jurídica* segundo ALEGRE ÁVILA⁴³⁶ — em 04 (quatro) distintas oportunidades, especificamente quando da prolação das seguintes sentenças constitucionais a seguir analisadas: STC 111/1983, de 2 de dezembro; STC 166/1986, de 19 de dezembro; STC 67/1988, de 18 de abril e; STC 6/1991, de 15 de janeiro.

a) STC 111/1983, de 2 de dezembro (Relator: Jerónimo Arozamena Sierra)

A sentença constitucional nº 111 de 2 de dezembro de 1983 constituiu-se no pronunciamento final exarado pelo Tribunal Constitucional em face do recurso de inconstitucionalidade interposto por um grupo de deputados congressistas contra o Real Decreto-lei 2/1983, de 23 de fevereiro, que determinou a expropriação, por razões de utilidade pública e interesse social, dos bancos e sociedades componentes do grupo RUMASA S.A.

Neste julgado, centrou-se o TC na análise tão somente de 2 (dois) problemas: 1º) averiguar preliminarmente se o recurso de inconstitucionalidade tinha ou não perdido o seu objeto em face da conversão — durante a sua tramitação processual — do Real Decreto-lei (RDL) na Lei 7/1983, de 29 de junho; 2º) avaliar se o RDL impugnado padecia de inconstitucionalidade porque editado sem os requisitos de extraordinária e urgente necessidade exigidos pelo artigo 86 da CE/78.

Quanto a questão preliminar de cunho estritamente processual entendeu o TC que a conversão superveniente do RDL em lei não era óbice para que a pretensão

⁴³⁵ No âmbito do TS incontáveis pendengas jurídicas — centenas delas podem ser visualizadas no site <http://www.poderjudicial.es> com um link ao portal do Tribunal Supremo — foram ajuizadas contra as sociedades integrantes do grupo Rumasa, desde ações trabalhistas a cobrança de aluguéis. Em face da peculiaridade de cada um dos casuísmos originários da expropriação ocorrida em 1983 não incorreremos em suas análises limitando o nosso estudo a problemática instaurada no âmbito exclusivo do Tribunal Constitucional.

⁴³⁶ ALEGRE ÁVILA, J.M. «El derecho de reversión en las expropiaciones legislativas. El caso RUMASA en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», em *RAP*, nº 132, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (Septiembre-Diciembre), p. 231.

ajuizada fosse analisada pela Corte, apesar de operar uma redução no âmbito de discussão do litígio, notadamente quanto ao seu mérito.

Com tal entendimento esquivou-se o TC⁴³⁷ de adentrar na análise de questões por demais relevantes tais como a própria legitimidade da expropriação *ope legis* aliada à falta de prévia indenização, os indícios discriminatórios advindos do decreto, dentre outras, contentando-se em levantar meras conjecturas genéricas sobre tais questionamentos que, segundo o tribunal, ao fim e a cabo, e em certa medida, antecipavam naquele momento a apreciação do *meritum causae* da lei 7/1983 no qual chegou-se o mesmo a converter-se.

Ato contínuo, tratou o TC comodamente por direcionar o controle de constitucionalidade do RDL impugnado centrando a sua atuação no seguinte ponto: verificar se a sua expedição atendia o disposto no artigo 86 da CE/78 que assim prelaçiona:

Art. 86.

“1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general. 2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. 3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”.

Sobre a problemática posicionou-se o TC argumentando que a eleição (dentre os muitos caminhos existentes) da medida expropriatória do grupo RUMASA via

⁴³⁷ Esse “comodismo furtivo” do TC quanto a análise profunda do *meritum causae* em determinados julgamentos já chegou a ser denunciado por seus próprios membros integrantes. Destaque-se neste sentido o voto dissidente formulado pelo então magistrado constitucional Álvaro Rodríguez Bereijo ratificado por seus pares Pedro Cruz Villalón e José Gabaldón López por ocasião da STC 89/1994, de 17 de março, relativa a uma dúvida de constitucionalidade suscitada pelo juízo distrital nº 14 de Madrid quanto aos efeitos da prorrogação forçosa de arrendamentos urbanos instituída pelo artigo 57 do texto refundido da Lei de Arrendamentos Urbanos (L.A.U.), aprovado pelo Decreto nº 4.104/1964, de 24 de dezembro, sobre o patrimônio dos particulares, ocasião onde os doutos deixaram transparecer o seu descontentamento quanto à desídia da Corte Constitucional em afrontar a questão em todas as suas consequências.

Decreto-Lei, pelo Governo, foi legítima estando, portanto, a Corte impedida de valorar tal escolha sob pena de ingerência numa decisão eminentemente política competente exclusivamente ao Governo e ao controle parlamentar.

Para o guardião da Constituição a alegação recursal genérica então sustentada de que o artigo 86.1 da CE/78 proibia que um Decreto-lei afetasse direito, dever ou liberdade dos cidadãos não era suficiente para taxar a normativa em questão de inconstitucional, eis que

“(…) la cláusula restrictiva del art. 86.1 de la C.E. («no podrán afectar...») debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución «del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual» (fundamento 5, Sentencia de 4 de febrero de 1983), ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni dé pie para que por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos” (FJ 8°).

Por estas e outras razões entendeu o *pretório excelsius*, por maioria, que o Real Decreto-lei 2/1983, de 23 de fevereiro, diante das circunstâncias fáticas e sociais apresentadas como justificativas da medida⁴³⁸, foi um instrumento legítimo utilizado

⁴³⁸ Esta foi a exposição de motivos tanto do RDL 2/1983 quanto da própria Lei 7/1983, aqui reproduzida *ipsis literis*:

“El grupo de sociedades a que se refiere la presente Ley ha venido constituyendo en los últimos años una preocupación permanente de las autoridades monetarias que han venido manifestando formalmente su disconformidad con la política de riesgos e inversiones practicada. Desde el año 1978, dichas autoridades han venido exigiendo la práctica de auditorías externas, tanto de los bancos que forman parte del grupo como de sus sociedades más importantes, bien por ser titulares de la mayoría del capital de aquéllos, bien por ser filiales de los mismos o presentar una excesiva concentración de riesgos. Las inspecciones del Banco de España han puesto reiteradamente de manifiesto la existencia de tales fenómenos, si bien la permanente obstrucción a la actividad inspectora no ha permitido la fijación exhaustiva de todos los pormenores. No obstante, puede establecerse, con elementos suficientes de juicio, que gran parte de los riesgos asumidos por los bancos que financian al grupo son desproporcionados con la solvencia de los acreditados.

Toda esta problemática ha motivado que el Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios requiriese a los bancos de referencia a practicar auditorías externas, habiéndose incumplido en el caso de todos los bancos, salvo uno, los plazos y sus prórrogas concedidos a tales efectos.

Las advertencias de las autoridades monetarias se han multiplicado en los últimos años, particularmente acerca de «Rumas», sociedad cabecera del grupo recomendando una política más prudente de inversiones y una desconcentración de riesgos advertencias que no sólo han sido desatendidas, sino a las que se ha respondido con hechos consumados, que refuerzan la arriesgada espiral de adquisiciones e inversiones.

La intervención de las entidades bancarias del grupo o la Suspensión en sus funciones de sus administradores, previstas en la Ley y utilizadas en casos de menor envergadura y complejidad, no resolverían los problemas planteados que, además de no ser coyunturales, sino estructurales, involucran un gran número de sociedades matrices y filiales, que dominan o son dominadas por bancos, obligando además de a la expropiación de aquéllas a efectuar la de todo el grupo de sociedades, que constituye una unidad de dirección y de riesgo.

pelo Governo para solucionar o problema enfrentado restando justificada a extraordinária e urgente necessidade de sua emanção.

Todavía, no que tange ao tema da expropriação *ope legis* e da correlata garantia patrimonial indenizatória inculda na análise do caso, em que pese não ter sido este tema objeto de questionamento por parte dos recorrentes — que não suscitaram a análise dos efeitos expropriantes que perduraram após a conversão do decreto na lei 7/1983 — cabe aqui relatarmos os prenúncios da Alta Corte.

Inicialmente, tratando já o TC de preparar o terreno para declarar a aceitabilidade constitucional de normas de cunho singular, nelas incluídas as expropriações legislativas singulares ou *ope singulis legis*, deixou o tribunal consignado antecipadamente que

FJ 9º. “La expropiación que estamos considerando es, sin duda, un caso singular, no responde a esquemas generales y tampoco puede llevarse, sin hacer quebrar la institución, a modelos expropiatorios de signo sancionatorio, pero atiende a una situación extraordinaria de grave incidencia en el interés de la comunidad, comprometido por el riesgo de la estabilidad del sistema financiero y la preservación de otros intereses, que reclamaron, junto a una acción inmediata que no podría posponerse a la utilización de mecanismos legislativos ordinarios, la actuación global a través de la técnica expropiatoria. *El supuesto no es el de la expropiación privativa de bienes con destino posterior a un fin al que se afectan esos bienes, ni tampoco una operación destinada a reservar al sector público recursos o servicios, o, por último, una operación con motivación y justificación sancionadora. La excepcionalidad de la situación creada, comprometedora de la estabilidad del sistema financiero, según el juicio de las autoridades económicas, no autoriza a compartir temores por la extensión de la técnica utilizada a otras situaciones, bien ajenas a la excepcionalidad de la que ahora tratamos, pues no concurriendo en ellas las características de la presente no podrían resolverse por la vía expropiatoria ope legis, puesta en marcha mediante un Decreto-ley. Es justamente la indicada situación extraordinaria y urgente la que legitima la expropiación dentro de la exigencia de una norma habilitante para cumplir con el primero de los requisitos de la expropiación forzosa cual es la declaración de utilidad pública*

En consecuencia, el Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, en su reunión del día 23 de febrero de 1983, y en uso de la autorización concedida en el artículo 86 de la Constitución, considerando de utilidad pública e interés social la defensa de la estabilidad del sistema financiero y de los intereses legítimos de los depositantes, trabajadores y accionistas externos al grupo a los que alcanzaría una crisis de la organización, decidió adoptar las medidas que recoge el Real Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero, en el respeto más absoluto de los derechos de los accionistas mediante el pago del justo precio de sus acciones. Todo ello al amparo de las previsiones contenidas en los artículos 33.3 y 182.2 de la Constitución.

Dicho Real Decreto-ley fue convalidado por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 2 de marzo de 1983, que acordó su tramitación como proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia”.

o interés social, no reservada necesariamente a Ley formal en el sistema del régimen general expropiatorio y, desde luego, no reservada a Ley formal en la Constitución (art. 33.3). La necesidad de la ocupación, y aun la urgencia de la ocupación inmediata, incluso con el efecto expropiatorio transmisivo de la propiedad, excepcionalmente justificado por la concurrencia de un supuesto que a la vez de su urgencia no hace posible que opere la regla sustancial y, por lo común, general del pago como *conditio iuris* del efecto transmisivo, no es materia reservada a la Ley formal en el art. 33.3, que remite a las Leyes, en la regulación de la legislación expropiatoria general, que admite, con la atribución a la Administración del acuerdo de necesidad de ocupación, mecanismos también en manos del Ejecutivo para decretar la urgente ocupación. Que no se acudiera a esta regulación (art. 52 de la L.EF.) y se arbitrara la solución legislativa mediante la fórmula del Decreto-ley puede explicarse por lo demás, por lo insuficiente de aquella regulación para la singularidad del caso, pero sin que esto altere desde el marco del art. 86.1 de la CE., que tal regulación de la necesidad de la ocupación, segundo momento de la cobertura legal expropiatoria, la solución del problema en lo que atañe a la no exigencia de Ley en sentido formal para disponer lo que fue el contenido del art. 2 del Decreto-ley 2/1983, luego trasladado a la Ley 7/1983, también en su art. 2. El que la singularidad del caso haga quebrar la regla del previo pago, y la más formal que real del depósito previo prevista para los supuestos precisos de la ocupación urgente que dice el art. 52 de la L. E.F., con no ser problema específico de la expropiación en cuanto cubierta por el Decreto-ley, pues es común al contenido de la Ley 7/1983, lo que sería bastante para excusar su estudio porque entrañaría un enjuiciamiento de esta Ley, es claro que no respondería por la singularidad de la expropiación de que tratamos a las exigencias institucionales del previo pago. Seguramente la conclusión a que acabamos de llegar se refuerza, desde otra línea argumental, si observamos que todo el estudiado complejo expropiatorio se asume en la Ley 7/1983, de modo que desde el análisis de esta Ley aquellos efectos son una anticipación justificada por la **excepcional y urgente situación**, de lo que en esta Ley se dispone”.

FJ 10º. “(...) La expresión «mediante ley» que utiliza el mencionado precepto [artigo 128.2 da CE/78], además de ser comprensiva de Leyes generales que disciplinan con carácter general la intervención, permite la Ley singularizada de intervención que mediando una situación de extraordinaria y urgente necesidad y, claro es, un interés general legitimador de la medida, está abierta al Decreto-ley, por cuanto la mención a la Ley no es inidentificable en exclusividad con el de Ley en sentido formal”. Grifei e destaquei.

Em resumo, com essas assertivas deixou enunciado o Alto Tribunal que: a) se o direito de propriedade for convertido em seu *equivalente econômico (aestimatio rei)* legítima será toda forma de expropriação (FJ 8º); b) que em casos de extraordinária excepcionalidade e urgência pode-se operar a medida expropriatória diretamente por uma lei de cunho singular (expropriação singular *ope legis*) podendo o Governo, inclusive, no âmbito de sua competência legislativa, também valer-se de Decretos-leis; c) que a reserva de lei formal prevista no artigo 33.3 da CE/78 é do tipo geral e não

restringe a edição de leis de natureza singular para fazer frente aos casos *excepcionalmente urgentes* que se apresentem porque vinculada (reserva de lei) a regulamentar a legislação expropriatória tão somente em âmbito mínimo e geral; d) que a regra geral de pagamento como *conditio iuris* do efeito transmissivo da expropriação pode ser excepcionada nos casos singulares de extraordinária urgência em que se faz necessária a imediata ocupação sem qualquer vinculação a um pagamento compensatório prévio.

Em sentido contrário ao entendimento prevalente da maioria dissentiram os magistrados Gloria Begué Cantón, Ángel Escudero del Corral, Rafael Gómez-Ferrer Morant, Francisco Pera Verdager, Francisco Rubio Llorente e Antonio Truyol Serra, sinteticamente, com os seguintes argumentos:

1) que a conversão do RDL impugnado em lei não poderia ter limitado o alcance do recurso de inconstitucionalidade originariamente formulado «*ya que la Ley no es sino una prolongación en otra forma del Decreto-ley*» devendo o TC ter apreciado todas as impugnações articuladas e não cingir-se a averiguar se o Decreto-lei emanado cumpriu ou não os requisitos de extraordinária e urgente necessidade quedando-se, pois, atrofiado o julgado;

2) que apesar de estarem acordes com a maioria no sentido de que é possível o uso do RDL para situações que requerem uma atuação rápida e emergencial por parte do Governo, no caso concreto analisado o Real Decreto-lei 2/1983, de 23 de fevereiro, acabou por incidir negativamente sobre a garantia patrimonial e o direito de propriedade dos seus destinatários violando a disposição contida no artigo 86.1 da CE/78 fundamentando o seu racionamento conjunto com estas palavras, abaixo reproduzidas:

“2. El art. 86.1 de la Constitución establece que en caso de extraordinaria y urgente necesidad el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que adoptarán la forma de Decretos-leyes, los cuales, por lo que interesa a los efectos del presente recurso, no podrán afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en su Título I. Nuestro criterio no se aparta del sustentado por la mayoría del Tribunal en cuanto a la necesidad de analizar en el presente caso la existencia de los requisitos que el mencionado artículo establece para los Decretos-leyes que, como no cabe olvidar, son resultado de una potestad legislativa de la que sólo excepcionalmente puede hacer uso el Gobierno, pues su titular único son las Cortes Generales (art. 66.2 de la Constitución). En esta línea de análisis, no disintimos del parecer mayoritario en cuanto a la existencia de una situación de extraordinaria y

urgente necesidad como presupuesto habilitante del Decreto-ley, y compartimos la interpretación de los derechos, deberes y libertades a que se refiere el art. 86.1 -que incluye todos los del Título I y entre ellos el derecho de propiedad- y la relativa al alcance del verbo «afectar» en el sentido de que no excluye toda incidencia en los mismos.

Ahora bien, la existencia de una situación de hecho que justifique el recurso al Decreto-ley no permite, como es obvio, promulgar cualquier Decreto-ley, sino sólo una disposición de esta naturaleza cuyo contenido no exceda de los límites que el art. 86.1 de la Constitución impone. Y a nuestro juicio, a diferencia del parecer mayoritario, por muy flexible que quiera hacerse la interpretación del verbo «afectar» resulta claro que la norma recurrida, que lleva a cabo una privación singular del derecho de propiedad de determinados ciudadanos por medio de la expropiación, afecta sin duda a tal derecho. Por otra parte, el derecho de propiedad, cuya posible afectación se discute en el presente caso, está garantizado por el art. 33 de la Constitución, y los tres apartados del mismo no pueden ser artificialmente disociados de manera que llegue a entenderse que la llamada «garantía expropiatoria» constituye un derecho distinto del derecho mismo de propiedad y no, como efectivamente sucede, una garantía de su contenido, consistente en que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

En razón de lo antes expuesto, entendemos que el Decreto-ley afecta al derecho de propiedad cuando, al margen del sistema general expropiatorio, establece normas singulares sobre la expropiación o adopta medidas expropiatorias concretas, de tal modo que no se limita a contemplar las peculiaridades del caso, considerado de extraordinaria y urgente necesidad, sino que lleva a cabo una minoración de las garantías previstas en dicho sistema”. Destaquei.

3) adentrando na análise de *todo* o Decreto-lei expropriatório, ao contrário da maioria que limitou-se a apreciar se tal normativa excepcional cumpria ou não os seus requisitos condicionantes de extraordinária e urgente necessidade, entenderam os magistrados divergentes que o artigo 1º do RDL não podia considerar-se como inconstitucional, por violação ao artigo 86.1 da CE/78, no ponto em que trata de declarar a utilidade pública e interesse social sobre determinados bens (ações de sociedades), mas sim o seu artigo 2º quanto a ordem de ocupação imediata por estas razões:

“4. El art. 1 del Decreto-ley impugnado, en cuanto establece la necesidad de ocupación, así como los arts. 2, 3 y 6 del mismo, contienen un conjunto de medidas que globalmente consideradas pueden calificarse de ocupación (toma de posesión de las sociedades del grupo, gestión de las mismas, y cierre durante un día de las oficinas, sucursales y agencias de los bancos afectados), con la excepción de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 2 del Decreto-ley, en cuanto a que el Estado adquiere el pleno dominio de las acciones por ministerio de la Ley.

Por lo que concierne a este último extremo, estimamos que la adquisición del pleno dominio de las acciones por ministerio de

la Ley, al margen por completo del sistema general expropiatorio, es decir, la privación del derecho de propiedad, afecta indudablemente a este derecho, por lo que el Decreto-ley excede en este punto del límite que establece el art. 86.1 de la Constitución y es, por tanto, inconstitucional. El parecer mayoritario, por lo demás, no aduce un razonamiento convincente que justifique por qué entiende que la privación de un derecho no afecta a ese derecho, sin que por nuestra parte encontremos razón alguna para compartir tal conclusión.

En cuanto a las medidas de ocupación, si se consideran como parte de un procedimiento expropiatorio singular, como realmente son, *no constituyen una modulación del sistema general, sino que suponen la minoración de garantías previstas en el mismo.* Así, en cuanto a la necesidad de ocupación, se elimina el expediente contradictorio (arts. 15 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa), que permite determinar los bienes de necesaria ocupación para conseguir la finalidad propuesta con la declaración de utilidad pública e interés social; y, en cuanto a la propia ocupación, el Decreto-ley no se limita a aplicar la ocupación urgente, prevista en la Ley de Expropiación Forzosa para los bienes inmuebles (art. 52), sino que elimina la garantía del depósito previo y la indemnización también previa por la rapidez de la ocupación. *En estas condiciones, resulta claro a nuestro juicio que las medidas de ocupación se apartan del sistema general -como reconoce el parecer mayoritario en la parte que las examina-, en puntos esenciales, reduciendo las garantías de los expropiados. Por ello, entendemos que por lo que respecta a tales medidas, adoptadas como parte de un procedimiento expropiatorio, el Decreto-ley excede del límite impuesto por el art. 86.1 de la Constitución, dado que con ellas se afecta al derecho de propiedad, tal como aparece en el art. 33.3 de la misma*". Destaquei.

4) que o artigo 4º do RDL deveria ter sido declarado inconstitucional porque ao inserir os expropriados afetados em «grupos de accionistas» retirou-lhes o direito de atuação individual em busca da satisfação de seus direitos patrimoniais, com este parecer:

*“5. (...) Establece el art. 4, en lo que concierne a las relaciones Administración-expropiados, un procedimiento que no se ajusta a la Ley de Expropiación Forzosa, y que implica una minoración de las garantías en cuanto excluye la posibilidad de actuación individual de cada expropiado (arts. 4 y 5 de dicha Ley). Por ello estimamos que la regulación de las comunidades de accionistas no significa una modulación del sistema general en atención a las peculiaridades del caso concreto, sino que, **dado su carácter obligatorio y excluyente, afecta a garantías previstas en el sistema general. En consecuencia, entendemos que el art. 4 del Decreto-ley afecta al derecho de propiedad y, por lo tanto, excede del límite que establece el art. 86.1 de la Constitución, lo que determina su inconstitucionalidad**”.* Destaquei e grifei.

5) que o critério de justo preço estabelecido no artigo 5º, apartado 3º do RDL não implicava inconstitucionalidade porque não teve a normativa o objetivo de impingir aos

bens expropriados valores menores do que os seus respectivos valores reais conforme interpretação da sua exposição de motivos. Assim o fizeram com esses considerandos:

“6. (...) La fijación del justiprecio -núm. 3 del art. 5- no se ajusta a lo dispuesto por el art. 40 de la Ley de Expropiación Forzosa, el cual establece los criterios aplicables para la expropiación de bienes muebles. Constituye una garantía esencial del derecho de propiedad el que, en caso de expropiación, se observen los criterios de valoración establecidos por las leyes, y es claro que esta garantía desaparece en la medida en que, como aquí sucede, se establece que en un caso concreto de expropiación se aplicarán criterios singulares distintos de los generales. En consecuencia, interpretados como una norma imperativa, el precepto sería inconstitucional al exceder del límite previsto para los Decretos-leyes por el art. 86.1 de la Constitución.

Pero, no obstante lo anterior, es posible interpretar este precepto -artículo 5.3 del Decreto-ley- como un criterio de determinación del justiprecio que, al igual que ocurre con los previstos en los arts. 38 a 42 de la Ley de Expropiación Forzosa, no impide la aplicación de lo dispuesto en su art. 43, en el que se establece que «no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, tanto el propietario como la Administración podrán llevar a cabo la tasación aplicando los criterios estimativos que juzguen más adecuados, si la evaluación practicada por las normas que en aquellos artículos se fijan no resulta, a su juicio, conforme con el valor real de los bienes y derechos objeto de expropiación, por ser éste superior o inferior a aquélla». Interpretado así el precepto, no sería inconstitucional en cuanto no impediría la obtención del valor real de los bienes, que es la garantía esencial del expropiado que contempla la Ley de Expropiación Forzosa. *Por nuestra parte, nos inclinamos a esta interpretación, dado que en el Decreto-ley no se ha pretendido que el justiprecio sea inferior al real, ni se ha configurado el nuevo criterio de valoración como una especie de sanción por incumplimiento de la función social de la propiedad, sino que, por el contrario, la Exposición de Motivos indica que la expropiación se lleva a cabo «en el respeto más absoluto de los derechos de los accionistas mediante el pago del justo precio de sus acciones»*”. Destaquei.

b) STC 166/1986, de 19 de dezembro (Relator: Eugenio Díaz Eimil)

Volcando-nos sem rodeios já diretamente sobre a resolução do mérito da questão incidental de inconstitucionalidade suscitada perante o TC, especialmente no que se refere a discussão acerca da garantia patrimonial decorrente da expropriação *ope legis* do patrimônio do grupo RUMASA, importante destacarmos alguns excertos extraídos do extenso *decisum* a fim de procurarmos entender em pormenores a linha de pensamento adotada pela Alta Corte quanto ao ponto plantada e deixada como legado aos casos posteriores. Senão, vejamos.

FJ 9º. “(...) lo que realmente cuestiona el Juez, aunque lo haga con referencia específica al derecho de tutela jurisdiccional, es

la constitucionalidad de las Leyes singulares de expropiación, y este tema, incluso desde la limitada perspectiva de su planteamiento, presenta una gran complejidad con numerosos matices e implicaciones en el que se interrelacionan los tres siguientes problemas, que deben ser objeto de nuestra atención: 1.º, constitucionalidad de las Leyes singulares; 2.º, constitucionalidad de las Leyes singulares de expropiación, y 3.º, constitucionalidad de la expropiación singular acordada por la Ley 7/1983, de 29 de junio, con especial referencia al art. 24.1 de la Constitución, puesto en conexión con el 33.3 de la misma”.

FJ 11. *“En la Constitución Española no existe precepto, expreso o implícito, que imponga una determinada estructura formal a las Leyes, impeditiva de que éstas tengan un carácter singular, si bien consagra principios, que obligan a concebir dichas Leyes con la naturaleza excepcional* más arriba apuntada, en cuanto que de ellos se derivan límites que pasamos a examinar con la debida separación:

A) La vocación a la generalidad que, su propia estructura interna, impone a las Leyes viene protegida, en nuestra Ley fundamental, por el principio de igualdad en la Ley establecido en su art. 14; pero este principio no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable, enjuiciada en el marco de la proporcionalidad de medios al fin discernible en la norma diferenciadora. Esto equivale a decir que la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido y, en su virtud, que la Ley singular supuesto el más intenso de Ley diferenciadora debe responder a una situación excepcional igualmente singular y que su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta.

Según ello, la Ley singular sólo será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y sólo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone. El control de constitucionalidad opera así en un doble plano, para excluir la creación arbitraria de supuestos de hecho, que sólo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad y para asegurar la razonabilidad, en función del fin propuesto, de las medidas adoptadas.

B) La función legislativa tiene por objeto ordinario la producción de normas dirigidas a la ordenación justa y racional de la comunidad y la función ejecutiva el de actuar en atención a un fin concreto de interés general y de ello se desprende que *el contenido material de las Leyes singulares es al menos en parte, actividad ejecutiva o de administración y, en su consecuencia, que dichas Leyes constituyen intervención del legislador en el ámbito de poder del gobernante y administrador.*

Procede, sin embargo, señalar que la evolución histórica del sistema constitucional de división de poderes ha conducido a una flexibilización que permite hoy hablar, salvo en reservas materiales de Ley y en actividades de pura ejecución, de una cierta fungibilidad entre el contenido de las decisiones propias de cada una de dichas funciones, admitiéndose pacíficamente que su separación ya no se sustenta en la generalidad de una y singularidad de la otra y que, según se deja ya dicho, es lícito al

legislador adoptar decisiones singulares cuando así lo requieran situaciones singulares, al igual que es lícito a la Administración completar la función normativa de aquél mediante el ejercicio de su poder reglamentario.

A pesar de ello, no puede desconocerse que la Constitución encomienda la potestad legislativa del Estado a las Cortes Generales -art. 66.2- y la ejecución al Gobierno -art. 97- y, por tanto, esta separación debe ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro.

En su consecuencia, de la misma forma que el ejercicio por el Gobierno de la potestad legislativa que, a título excepcional, le concede el art. 86.1 de la Constitución para supuestos de «extraordinaria y urgente necesidad» debe utilizarse tan sólo cuando tales supuestos requieren una prontitud de respuesta que no puede dar el poder legislativo de las Cortes, *la adopción de Leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada, a una situación singular.*

De aquí se obtiene un segundo límite a las Leyes singulares, que es, en cierta medida, comunicable con el fundamentado en el principio de igualdad, en cuanto que esa excepcionalidad exorbitante a la potestad ejecutiva resulta válida para ser utilizada como criterio justificador de la singularidad de la medida legislativa.

C) *Los derechos fundamentales no consienten, por su propia naturaleza, Leyes singulares que tengan el específico objeto de condicionar o impedir su ejercicio; dichos derechos son materia reservada a Leyes generales y reducto inmune a medidas legislativas singulares.*

Este acotamiento del objeto material de las Leyes singulares no impide, ciertamente, que éstas, por su cualidad de Leyes formales contra la cual no caben acciones judiciales, incidan en la tutela judicial del derecho afectado por la Ley singular; esa incidencia plantea un problema de constitucionalidad que, a causa del carácter instrumental del derecho a la tutela jurisdiccional, se presenta estrechamente vinculado con la naturaleza del derecho sobre el que recaiga la medida legislativa singular, siendo, por tanto, el momento apropiado para su resolución aquél en que se analice el contenido de la Ley singular, pues es entonces cuando se podrá determinar cuál es el grado de incidencia que ésta ocasiona en el sistema de defensa judicial que protege al derecho objeto de la misma”.

FJ 13. “La expropiación forzosa se concibe en los orígenes del Estado liberal como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada y se reduce, inicialmente, a operar sobre los bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas. La transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el

derecho de propiedad privada, tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales.

La potestad expropiatoria, así concebida, vino y viene considerándose función administrativa encomendada, consiguientemente, a los órganos de la Administración, aunque ello ha dejado de ser obstáculo alguno para que se admita, por las razones ya expuestas, que el legislador ejercite singularmente esa potestad cuando lo justifique una situación excepcional y ello es perfectamente trasladable a *nuestra Constitución, la cual no establece reserva de la materia de expropiación a favor de la Administración y, por tanto, no puede abrigarse duda, desde el punto de vista formal, que las expropiaciones ope legis son, en cuanto Leyes singulares, constitucionalmente legítimas, si bien requieren, por ser expropiatorias, que respeten las garantías del art. 33.3 de la Constitución.*

Este artículo, después de reconocer el derecho a la propiedad privada y señalar su función social como delimitadora de su contenido, dispone que «nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes». Son, por tanto, tres las garantías de la propiedad privada frente al *poder expropiatorio de los poderes públicos*: 1) un fin de utilidad pública o interés social, o causa expropiandi; 2) el derecho del expropiado a la correspondiente indemnización, y 3) la realización de la expropiación de conformidad con lo dispuesto en las Leyes. Estas garantías se analizan en los tres apartados siguientes en su relación respectiva con las expropiaciones legislativas:

A) La causa expropiandi es el fin de utilidad pública o interés social que en cada caso declara el legislador. Dada la gran variedad de fines públicos que pueden ser legalmente configurados como causa justificativa de la expropiación, el destino de los bienes y derechos expropiados puede ser también muy distinto, pues dependerá del modo cómo se satisfaga en cada supuesto expropiatorio el interés público que legitima la expropiación forzosa.

Ese destino viene *necesariamente predeterminado por el fin* cuando la satisfacción de éste tan sólo consiente un único y concreto destino con exclusión de todo otro; pero ocurre también que en algunos supuestos, el fin expropiatorio puede cumplirse por la vía de distintos destinos que sean, todos ellos, igualmente aptos a la consecución del fin. En tales casos, es indiferente a la causa expropiandi el destino que reciban los bienes y derechos expropiados, siempre que el elegido sirva al fin expropiatorio. En dichos supuestos se produce, por lo tanto, una cierta desvinculación entre el fin de la expropiación y la afectación ulterior de lo expropiado, en el sentido de que ésta puede ser variable, sin que por ello quiebre la causa expropiandi.

Los términos en que se expresa el art. 33.3 de la Constitución, al hablar de «causa justificada de utilidad pública o interés social» sin contener referencia alguna al destino final de los bienes y derechos expropiados, permiten afirmar que la concepción constitucional de la causa expropiandi incluye tanto a las expropiaciones forzosas en que, el fin predetermina el destino de los bienes y derechos, como aquellas otras en que el fin admite varios posibles destinos.

Por otro lado, entre la causa expropiandi y la determinación de los bienes y derechos que deban ser objeto de la expropiación existe siempre una relación necesaria, dado que tan sólo son incluibles en la expropiación aquellos que sirvan a su fin legitimador y ello convierte en injustificada la expropiación de bienes o derechos que no sean estrictamente indispensables al cumplimiento de dicho fin.

Las *Leyes singulares de expropiación*, al igual que toda clase de expropiaciones, *requieren una específica finalidad de utilidad pública o interés social, si bien es preciso que esta finalidad venga apoyada en un supuesto de hecho singular y excepcional que guarde adecuación con la naturaleza, igualmente singular y excepcional, que tienen las expropiaciones legislativas y, en tal sentido, su causa expropiandi funciona como criterio de razonabilidad y proporcionalidad de la medida legislativa expropiatoria, de manera igual a como lo hace el fin discernible en las normas diferenciadoras dentro del principio de igualdad, al cual, indudablemente, vienen sometidas dichas medidas.*

B) La segunda garantía que establece el art. 33.3 de la Constitución es la mediación de la «correspondiente indemnización». Esta garantía plantea esenciales problemas, respectivamente, referidos a su naturaleza dentro del complejo expropiatorio y su contenido.

En cuanto a su naturaleza, la indemnización al expropiado puede configurarse como requisito previo a la expropiación, cuya falta de cumplimiento impide la ocupación de los bienes y derechos objeto de la expropiación, o como consecuencia y efecto de ésta, que concede al expropiado el derecho a ser resarcido del bien expropiado, después de que dicha ocupación se haya consumado.

El art. 33.3 de la Constitución no exige el previo pago de la indemnización y esto, unido a la garantía de que la expropiación se realice «de conformidad con lo dispuesto por las Leyes», hace que dicho artículo consienta tanto las expropiaciones en que la Ley impone el previo pago de la indemnización como las que no lo exigen, no siendo, por tanto, inconstitucional la Ley que relega el pago de la indemnización a la última fase del procedimiento expropiatorio. En esta clase de expropiaciones, de las cuales son prototipo las llamadas urgentes, el momento en que se produzca el efecto traslativo de la propiedad o titularidad de los bienes y derechos expropiados no depende del previo pago de la indemnización, careciendo, por tanto, de relevancia constitucional el momento en que se opere dicha transmisión de propiedad y, en su consecuencia, que ésta se produzca de manera inmediata en el mismo momento en que se acuerda la expropiación.

En cuanto al contenido o nivel de la indemnización, una vez que la Constitución no utiliza el término de «justo precio», dicha indemnización debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado, siendo por ello preciso que entre éste y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador puede fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de los bienes y derechos expropiados, debiendo ser éstas respetadas, desde la perspectiva constitucional, a no ser que se revelen manifiestamente desprovistas de base razonable.

Conforme a lo expuesto, la garantía constitucional de la «correspondiente indemnización» concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropiados, cualquiera

que sea éste, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación.

Las Leyes singulares de expropiación, según lo razonado, no vulneran la garantía indemnizatoria del art. 33.3 de la Constitución cuando acuerdan la inmediata ocupación de los bienes y derechos expropiados y la transmisión de su propiedad y no contienen reglas excluyentes de la indemnización o modalidades valorativas determinantes, directa o indirectamente, de consecuencias confiscatorias.

C) La tercera garantía del art. 33.3 de la Constitución es la consistente en que la expropiación se «realice de conformidad con lo dispuesto por las Leyes», es decir, la llamada garantía del procedimiento expropiatorio.

Esta garantía se establece en beneficio de los ciudadanos y tiene por objeto proteger sus derechos a la igualdad y seguridad jurídica, estableciendo el respeto y sumisión a normas generales de procedimiento legalmente preestablecidas, cuya observancia impida expropiaciones discriminatorias o arbitrarias.

En cuanto dicha garantía es aplicación específica del principio de legalidad en materia de expropiación forzosa, va dirigida principalmente frente a la Administración y, en razón a ello, puede sostenerse que las Leyes formales, incluidas las singulares, cubren por sí mismas esa garantía cualquiera que sea el procedimiento expropiatorio que establezcan, al cual, obviamente, tendrá que ajustarse la Administración.

Sin embargo, ello no puede así aceptarse en relación con las Leyes singulares de expropiación, pues su naturaleza excepcional y singular no autoriza al legislador a prescindir de la garantía del procedimiento expropiatorio establecido en las Leyes generales de expropiación, al cual deben igualmente someterse; pero ello no es obstáculo para que la propia singularidad del supuesto de hecho que legitima la expropiación legislativa autorice al legislador para introducir en el procedimiento general las modificaciones que exija dicha singularidad excepcional, siempre que se inserte como especialidades razonables que no dispensan de la observancia de las demás normas de los procedimientos contenidos en la legislación general”.

FJ 15. “A) (...) Desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, la declaración de utilidad pública e interés social hecha por la Ley 7/1983 no produce alteración ni limitación de clase alguna en dicha tutela, pues la situación de los expropiados por ella es exactamente la misma que la de todo expropiado, que carece de acción judicial para combatir las declaraciones legales de utilidad pública o interés social, y ello en virtud del sistema constitucional de protección de los derechos de los ciudadanos en el cual no existe tutela judicial frente a las Leyes, únicamente residenciables ante este Tribunal Constitucional.

La inexistencia de recursos directos frente a la Ley no quiere, sin embargo, decir que los expropiados queden indefensos frente a la causa expropriandi declarada en una Ley singular, pues estando ésta sometida al principio de igualdad, los expropiados que consideren que la privación singular de sus bienes o derechos carece de base razonable o es desproporcionada podrán, ante la ocupación material de los mismos, alegar ante los Jueces y Tribunales la vulneración de su derecho a la igualdad, y en el procedimiento correspondiente solicitar del órgano judicial el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por vulneración de dicho derecho fundamental, lo cual dará lugar o bien a que se eleve la cuestión al Tribunal Constitucional o bien a una resolución judicial denegatoria motivada, otorgándose así contenido al

derecho a la tutela judicial frente a la Ley cuestionada: asimismo podrán interponer el correspondiente recurso de amparo a través del cual este Tribunal tendrá ocasión de enjuiciar la inconstitucionalidad de la expropiación, si a ello hubiere lugar.

En relación con la necesidad de la ocupación se produce una innegable limitación de la tutela judicial en cuanto que los expropiados por Ley singular en la que se determine los bienes y derechos a expropiar se ven privados de la acción judicial que tendrían en el supuesto de que la necesidad de ocupación fuese declarada por acto administrativo.

Ello, sin embargo, no impide que si el expropiado estima que la expropiación de sus bienes y derechos no es estrictamente indispensable al fin expropiatorio, es decir, no está cubierta la necesidad de la ocupación por la causa expropiandi, pueda reaccionar frente a ésta, de realización necesaria por órganos administrativos, utilizando el mismo camino anteriormente expuesto para sostener la inconstitucionalidad de la expropiación en relación con sus bienes o derechos expropiados, por vulneración de su derecho a la igualdad, fundada en injustificada expropiación por ausencia de razonabilidad y proporcionalidad en la privación de aquellos bienes o derechos, abriendo así la vía de la cuestión de inconstitucionalidad en los términos antes expresados, y quedando asimismo en sus manos el recurso de amparo en la forma que se deja señalada.

B) La Ley 7/1983 no establece regla alguna que prive a los expropiados de su derecho a la correspondiente indemnización, sino que establece un sistema de valoración de los bienes y derechos expropiados aquí no cuestionado. Lo que sí constituye el objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad es comprobar si frente al procedimiento de valoración tienen o no reconocido los expropiados mecanismos de defensa jurisdiccional.

A este respecto, la Ley 7/1983 en su art. 3.1 permite la organización de los titulares de acciones o participaciones en comunidades de socios para «actuar colectivamente en el procedimiento expropiatorio y, en su caso, en los procedimientos judiciales que puedan tener lugar», lo que constituye un reconocimiento explícito del derecho a la tutela judicial efectiva. Asimismo, no introduce la Ley limitación alguna a la defensa jurisdiccional del derecho a la correspondiente indemnización, pues deja abierta la vía del Jurado Provincial de expropiación (art. 4.5) y por consiguiente la del posterior recurso contencioso-administrativo, donde los expropiados podrán discutir con toda amplitud la indemnización que les es debida («el justiprecio de las acciones o participaciones», por decirlo con las palabras del art. 4.4), pudiendo instar, en su caso, la aplicación del art. 43 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, tanto ante el Jurado como ante la Jurisdicción, y solicitar de ésta la apertura del proceso a prueba para la práctica de todas aquéllas que estimen necesarias, obren o no en su poder, para la determinación del valor real de los bienes y derechos expropiados y para su posterior correspondiente indemnización.

C) La Ley cuestionada se limita a introducir especialidades de procedimiento que vienen justificadas en la naturaleza y complejidad del objeto expropiado y que respetan las líneas maestras del procedimiento general expropiatorio, pues cumplen el presupuesto y las fases fundamentales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de la ocupación y valoración y pago de los bienes y derechos expropiados.

Tampoco en este aspecto sufre menoscabo alguno la tutela judicial de los expropiados, pues no existe en la Ley regla que les impida, según establece su art. 3.1, ejercitar las acciones judiciales que puedan corresponderles en relación con las infracciones formales que se cometan en el procedimiento expropiatorio”.

FJ 16. “Con arreglo a todo lo dicho y como contestación concreta a la duda judicial formulada en esta cuestión de inconstitucionalidad, *procede concluir con la afirmación de que la Ley 7/1983, de 29 de junio, no vulnera en los términos expuestos el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 de la Constitución puesto en conexión con las garantías de la propiedad privada que establece el art. 33.3 de la misma Norma fundamental*”.
Destaquei, grifei e sublinhei.

De uma atenta leitura do complexo acórdão — de importância capital ao *leit motiv* deste singelo trabalho — pode-se facilmente extrair as seguintes características imputadas às leis singulares pela maioria⁴³⁹ dos magistrados do Tribunal Constitucional no referido julgado:

- representam o exercício excepcional e extremado da *potestad* legislativa;
- estão subordinadas a rigorosos limites no marco do direito constitucional espanhol;
- devem responder a uma situação excepcional igualmente singular;
- seu cânon de constitucionalidade é a razoabilidade e proporcionalidade empregada na solução do suposto fático sobre o qual se projeta;
- sua utilização está circunscrita àqueles casos excepcionais que por sua extraordinária transcendência e complexidade não são remediáveis pelos instrumentos normais de que dispõe a Administração e também pelos demais instrumentos normativos ordinários existentes no ordenamento jurídico fazendo-se, portanto, necessário que o legislador intervenha singularmente com o objetivo exclusivo de arbitrar solução adequada a uma situação singular;
- possuem um conteúdo material e uma capacidade inovativa normativa limitada às soluções exigidas pela excepcionalidade do caso concreto que lhe deu impulso constituindo, não raro, intervenção do legislador no âmbito de atuação do Poder Executivo-Administrativo;

⁴³⁹ Nesta questão de inconstitucionalidade suscitada pelo juízo de 1ª (primeira) instância nº 18 de Madrid com base num juízo de interdição formulado contra o Estado espanhol pela representação jurídica do grupo RUMASA, objetivando recuperar a posse dos bens expropriados pela Lei 7/1983, foram dissidentes os magistrados Francisco Rubio Llorente, autor do voto divergente em separado, e Antonio Truyol Serra que o aderiu. A razão da discordância centrou-se no fato de que tais magistrados entenderam inconstitucionais os artigos 1º e 2º da Lei 7/1983 porque segundo eles infringiam frontalmente o artigo 24.1 da CE/78 na medida em que impossibilitavam a defesa individual dos bens e direitos expropriados por parte dos afetados que, por sua vez, ficaram totalmente à mercê da força legislativa. Os magistrados mantiveram-se fiéis à linha de raciocínio desenvolvida para justificar, nas suas opiniões, a inconstitucionalidade do artigo 4º do DL 2/1983 lançadas no voto divergente formulado na STC 111/1983 conforme já tivemos oportunidade de apreciar.

- não podem ter o objetivo específico de condicionar ou impedir o exercício de um direito fundamental — cuja regulamentação está reservada à leis gerais (orgânicas) — não podendo afetar singularmente o seu reduto;
- têm qualidade de lei formal;
- são imunes a ações judiciais diretas;
- possuem como subespécies, dentre outras, as leis de caso único e as expropriações *ope legis*;
- na condição de leis formais podem, excepcionalmente, em razão da singularidade do caso a solucionar, adotar procedimento expropriatório diferenciado composto basicamente por normas gerais existentes na norma matriz de expropriação [no caso as da LEF/1954] acrescidas de uma normativa específica para fazer frente à solução do caso concreto desde que respeitada, em todo caso, a garantia indenizatória do artigo 33.3 da CE/78;
- estão submetidas, fundamentalmente, ao princípio da igualdade (material) e às hipóteses de discriminações normativas;
- desafiam recurso ou questão de inconstitucionalidade se dotadas de fins discriminatórios pela via do artigo 14 da Constituição, sem constituir “indefensión” (Art. 24.1 CE/78);
- desafiam recurso de amparo se dotadas de fins desproporcionadamente expropriatórios.

c) STC 67/1988, de 18 de abril (Relator: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer)

Na sua incansável empreita judicial no sentido de atacar, reformar e reverter os profundos e negativos efeitos que o RDL 2/1983 e logo a Lei 7/1983 impuseram à totalidade acionária-patrimonial das empresas especificamente listadas nestes atos normativos, a representação judicial do grupo RUMASA S/A desta vez, voltando-se especificamente contra 3 (três) Acordos do Conselho de Ministros datados respectivamente em 21 de março, 20 de junho e 27 de junho, todos do ano de 1984, interpuseram perante o TC 3 (três) distintos recursos de amparo (1.080/85; 628/86 e 894/86) cuja apreciação conjunta deu origem ao pronunciamento inserto na supracitada STC 67/1988⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ Os Acordos do Conselho de Ministros atacados em sede de recursos de amparo tratavam, fundamentalmente, de autorizar a alienação e a adjudicação imediata e direta do capital social pertencente ao Banco Atlântico, ao grupo hoteleiro e ao grupo de bancos da *holding* Rumasa a terceiros compradores estrangeiros.

Importante deixar consignado que as recorrentes em amparo, antes de acudir à tutela do TC, já haviam tido por judicialmente improvidos os seus recursos contenciosos-administrativos no âmbito do Tribunal Supremo. Isto é, o TS confirmou a validade e a legalidade dos contratos firmados pelo Conselho de Ministros com os terceiros adquirentes das ações societárias alienadas.

Os argumentos recursais trazidos à apreciação do TC, a exemplo do que ocorrera na via ordinária do TS, concentraram-se primordialmente em alegar a inconstitucionalidade dos referidos acordos do Conselho de Ministros por violação aos artigos 14 e 24 da Constituição e, por via reflexa, a inconstitucionalidade do artigo 5.3 da Lei 7/1983 que no plano de fundo, ao excluir o direito de reversão ou retrocessão dos bens expropriados, lastreou a conduta e os acordos de privatização emanados pelo Conselho de Ministros.

Quanto ao *meritum causae* assim pronunciou-se o TC em sua maioria:

FJ 5º. “(...) La vulneración del principio de igualdad en la ley, requiere, pues, la existencia de unos supuestos idénticos o equiparables sobre los que pueda predicarse la exigencia de un tratamiento igual, de un tratamiento legal diferenciado entre esos supuestos, y la falta de una motivación que justifique objetiva y razonablemente la diferenciación de trato, en razón a la finalidad perseguida por la norma diferenciadora. La reversión habilita al expropiado para recuperar el bien objeto de la expropiación cuando no se ejecute la obra o se establezca el servicio que motivó la expropiación, o, cuando realizada aquélla o establecido éste, quede alguna parte sobrante de los bienes expropiados, o cuando desaparezca la afectación de los bienes o derechos a las obras o servicios que motivaron la expropiación. El supuesto de hecho para el surgimiento de este derecho no es el de la enajenación del bien -habiéndose negado la naturaleza de retracto legal de la reversión-, sino el de la no destinación del bien o derecho al fin expropiatorio, de lo que sólo puede ser un síntoma o prueba la enajenación de ese bien a un tercero privado. *Por ello, la revisión se ha caracterizado dogmáticamente como una especie de invalidez sobrevenida de la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la misma, la causa de utilidad pública o interés social de que habla el art. 33.3 de la Constitución. Sería esta cesación sobrevenida de la causa, la que permitiría que la expropiación perdiera sus efectos y la retrocesión del bien a aquel a quien le fue expropiado. El decaimiento o desaparición de la utilidad pública o interés social, la extinción de la propia causa expropiatoria, hacen nacer el derecho de reversión a través de cuyo ejercicio el particular podría recuperar su anterior propiedad.* En otras palabras, de acuerdo al art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y al art. 63 de su Reglamento, la reversión aparece y procede con toda su fuerza de retrocesión si se incumple el destino causal de la expropiación, si claudica, se incumple o desaparece la causa. *Si no ha habido fracaso en la*

operación expropiatoria, si se satisface la causa expropiatoria, el derecho de reversión no tiene oportunidad de desplegarse, ni posibilidad de surgir en cuanto que no haya habido incumplimiento de esa causa.

En el caso de la expropiación singular del grupo «Rumasa, Sociedad Anónima», la declaración de utilidad pública e interés social se concretó en la «defensa de la estabilidad del sistema financiero» y de los intereses legítimos de los depositantes, trabajadores y accionistas externos al grupo. Con la asunción por parte de la Administración del control del grupo y su posterior saneamiento se estaba dando cumplimiento, *pero no se agotaba*, la causa expropiandi, dentro de la cual puede insertarse, para satisfacer esa misma finalidad expropiatoria, también la posterior enajenación de las Empresas. Por consiguiente, dicha enajenación no significa que haya fracasado la operación expropiatoria o que se opere un desvío de la causa expropiandi, ésta persiste y se mantiene a través de la enajenación, que se encuentra sometida a una serie de requisitos y condiciones, que tratan de evitar precisamente el que se incumpla la finalidad perseguida con la expropiación.

Esa finalidad podría también haberse cumplido a través de la asunción permanente de esas Empresas por el sector público, pero ésta era una opción indiferente a la causa expropiatoria. *La operación expropiatoria no tuvo en ningún momento una finalidad nacionalizadora, en el sentido de que el destino final de los bienes fuera necesariamente su asunción por el sector público, sino una finalidad de saneamiento que podría cumplirse también mediante la fórmula de la posterior privatización que ha sido la elegida”.*

FJ 6º. “No cabe duda que el art. 33.3 de la Constitución no ha incluido dentro de las garantías constitucionales de la expropiación el derecho de reversión que es, en consecuencia, un derecho de configuración legal. Resultan relevantes, además, las circunstancias que dieron lugar a la expropiación del grupo Rumasa con muy directa relación con la forma de gestión hasta ese momento de las Empresas del grupo, gestión que dio lugar a la grave situación económica financiera de esas Empresas que provocó la expropiación como instrumento para salvaguardar la estabilidad del sistema financiero y para garantizar los intereses legítimos de los depositantes, trabajadores y accionistas terceros. **La razón y finalidad de la expropiación hacen razonable una medida legal que no reconoce el derecho de antiguos titulares-gestores a recuperar la titularidad de las acciones, a través de la reversión.**

(...) El fin de utilidad social perseguido por la expropiación justifica así el evitar que las Empresas que se privaticen pudieran volver a las manos de quienes llevaron al grupo a la situación económica financiera que provocó la expropiación y el posterior y costoso saneamiento de las Empresas del grupo.

Por su parte la regulación de la reversión contenida en la Ley de Expropiación Forzosa que no agota la regulación legal de la materia expropiatoria, tiene su punto de referencia en la expropiación de bienes afectables a la realización de obras y servicios públicos, y aunque pudiera ser aplicada analógicamente a otros supuestos, no puede constituir la regla general, única y uniforme para todas las expropiaciones, existiendo además en la propia Ley de Expropiación Forzosa supuestos en que los que se permite la enajenación de bienes expropiados por razones de interés social sin derecho de reversión. No existe, pues, en nuestro ordenamiento ni una norma constitucional ni una regla legal que imponga para todos los tipos y casos de expropiaciones el derecho de reversión.

La reversión o retrocesión del bien expropiado a su titular originario, aun configurada como un derecho patrimonial, va inescindiblemente unida a la causa de la expropiación y a su eventual incumplimiento, hecho que determina el nacimiento de aquel derecho de reversión. Pero, puesto que «la concepción constitucional de la causa expropiandi incluye tanto las expropiaciones forzosas en que el fin predetermine el destino de los bienes, como aquellas otras en las que el fin admite varios posibles destinos» (STC 166/1986), ni existe una exigencia absoluta de regulación idéntica del derecho de reversión, ni éste podría surgir cuando a los bienes expropiados pueda darse algún destino consecuente con la causa expropiandi, aunque no sea una afectación a una obra o servicio público. *La diversidad, constitucionalmente legítima, de causas de expropiación, y de objetos a expropiar, hace del todo inviable el criterio igualatorio que los recurrentes pretenden en materia de reversión, y, mucho menos, que este derecho suponga un derecho de adquisición preferente en los casos de reprivatización, cuando ésta no suponga el incumplimiento o desaparición de la causa de la expropiación.*

No es aceptable, por tanto, que el derecho de reversión sea inherente por igual a toda persona expropiada, en cualquier circunstancia, y menos aún que este derecho pueda ejercerse siempre en el momento de la reprivatización de los bienes expropiados, a la que los recurrentes conectan directamente, a efectos de este recurso, su privación del derecho de reversión.

La diversidad legal de regímenes expropiatorios, en función de la naturaleza del bien, de las causas de la transmisión, etc., no sólo impide un tratamiento unitario de la expropiación misma, que constituye hoy una institución flexible y diversificada en una pluralidad de figuras especiales (STC 166/1986, de 19 de diciembre), sino también de la reversión expropiatoria, pues ésta va inescindiblemente unida a la causa de la expropiación y a la naturaleza del bien objeto de expropiación.

La razonabilidad de una pluralidad de regímenes jurídicos relativos a la expropiación ha sido admitida también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto Lithgow, Sentencia de 8 de julio de 1986), quien ha afirmado que la naturaleza del bien y la circunstancia de la transmisión permiten legítimamente tener en cuenta o establecer reglas diferentes, existiendo un margen de apreciación al respecto de las autoridades nacionales.

Pero aunque el derecho de reversión no sea inherente a toda expropiación forzosa, el que exista en unos casos de expropiación y en otros no, permite examinar si, aun dándose los presupuestos para su ejercicio, la no concesión de ese derecho que opera el art. 5.3 de la Ley 7/1983, supone una diferencia de trato irrazonable y arbitraria respecto a otros casos de expropiación en que si se concede ese derecho, es decir, si teniendo en cuenta la naturaleza y las circunstancias de la expropiación el legislador ha podido legítimamente introducir esta diferenciación excluyente sin lesionar el art. 14 de la Constitución.

(...) En consecuencia, el no reconocimiento del derecho de reversión por los Acuerdos impugnados y también por el art. 5.3 de la Ley 7/1983, *no supone violación alguna del art. 14 de la Constitución*”. Destaquei e grifei.

Nesta sentença trata o TC de por em evidência que o direito de reversão ou retrocessão não é um direito necessariamente inerente e correlato a toda e qualquer expropriação estando, portanto, o seu “nascimento” condicionado à perda superveniente

da utilidade pública ou interesse social anteriormente declarado, isto é, não havendo extinção da própria *causa expropriandi* ou mesmo fracasso ou desvio da operação expropriatória o direito de reversão não tem causa.

Segundo o Tribunal Constitucional o argumento trazido à baila pelos recorrentes em amparo de que a não concessão do direito à reversão pelo artigo 5.3 da Lei 7/1983 estabelecia uma situação desigual e discriminatória frente aos demais expropriados era falso não merecendo acolhida já que a disposição legislativa negatória apresentava-se razoável na medida em que não reconhecia aos antigos gestores-titulares que deram causa à má administração e à má situação financeira do grupo Rumasa o direito de retornar o comando de suas operações que, efetivamente, foi o que deu azo à edição da lei excepcional.

Esse argumento nos induz a 02 (duas) conclusões: 1^a) que o direito de reversão expropriatória não constitui-se num elemento que compõe o núcleo essencial do direito de propriedade sendo, portanto, sua concessão uma liberalidade legislativa⁴⁴¹; 2^a) por conseguinte, que a lei de natureza expropriatória tem o poder de proibir o exercício de um visualizável direito condicionado e futuro como é o direito de reversão sem incorrer em inconstitucionalidade.

d) STC 6/1991, de 15 de janeiro (Relator: Carlos de la Vega Benayas)

A STC 6/1991 constitui um complemento jurídico-argumentativo ao *decisum* exarado pelo TC na STC 166/1986, de 19 de dezembro.

Similarmente ao que ocorrera na referida STC 166/1986 — oportunidade em que o TC pronunciou-se acerca da questão de inconstitucionalidade suscitada pelo juízo de 1^a (primeira) instância nº 18 de Madrid —, na STC 6/1991 deparou-se a Corte Constitucional com outra questão de inconstitucionalidade, atinente ao mesmo processo, suscitada em sede de recurso de apelação pela 7^a (sétima) Seção da Audiência Territorial de Madrid (hoje Tribunal Superior de Justiça de Madrid).

⁴⁴¹ O argumento neste sentido não se contradiz com a afirmação contida no FJ 11, letra “c”, da STC 166/1986 anteriormente transcrito.

Na primeira das sentenças (166/1986) o juízo de 1º (primeiro) grau cingiu a questão de inconstitucionalidade no seguinte ponto: suscitou que o TC se pronunciasse sobre a compatibilidade dos artigos 1º e 2º da Lei 7/1983 com o disposto no artigo 24.1 da CE/78 (tutela judicial efetiva).

Nesta segunda (6/1991) o juízo de 2º (segundo) grau solicitou que o TC se pronunciasse acerca da constitucionalidade dos mesmos artigos 1º e 2º da Lei 7/1983 quando comparados aos artigos 14 (igualdade) e 33.3 (garantia expropriatória), ambos da CE/78.

O tribunal ordinário de Madrid (Audiência Territorial) suscitou, ademais, em sua dúvida, importante questão que teve que ser enfrentada frontalmente em sede de controle: a correlata justificação substancial⁴⁴² da *causa expropriandi* e da aferição da proporcionalidade havida entre a medida expropriatória utilizada (expropriação de *todo* o patrimônio acionário de *todas* as sociedades integrantes do grupo RUMASA) e o fim perseguido (promover a estabilidade do sistema financeiro e preservar o direitos e interesses legítimos de trabalhadores, depositantes e acionistas através da ocupação imediata do bens e direitos expropriados). Noutros termos: suscitou o tribunal madrilenho que o TC aplicara um *teste de proporcionalidade sobre a lei*.

Sobre este interrogante aduziu o Máximo Tribunal o seguinte:

FJ 6º. “(...) Pues bien, si ninguna objeción constitucional en sí misma considerada puede merecer la posibilidad de que el legislador declare la utilidad pública e interés social de ciertos fines a los efectos expropiatorios de determinados bienes y derechos, debe añadirse que la singularidad de esa declaración, directamente adoptada en atención a una concreta y específica situación, *impide mantener la distinción conceptual entre el nivel abstracto de la declaración de utilidad pública e interés social y el nivel concreto de la proyección de esa declaración a los bienes y derechos que se expropián.*

(...) En aquellos casos en los que, como sucede con la Ley 7/1983, se incorporan esos dos niveles -abstracto y concreto- en la declaración de utilidad pública o interés social, *la distinción señalada se diluye para formar un todo unitario que imposibilita contemplar aislada y separadamente uno y otro momento procedimental, y ello porque la singularidad misma de la declaración de utilidad pública o interés social, adoptada*

⁴⁴² O tribunal de Madrid entendeu que a abstrata declaração de utilidade pública e interesse social prevista no artigo 1º da Lei 7/1983 não satisfazia a exigência do artigo 33.3 da CE/78 porque não fundada numa justificação causal plena e suficientemente motivada. Daí a importância de averiguar-se a fundo a sua proporcionalidade e a sua íntima relação com as medidas expropriatórias concretas levadas a cabo pela lei impugnada.

en atención a unos específicos fines directamente conectados a la propia realidad de los bienes y derechos afectados por aquella declaración, conlleva irremisiblemente la necesidad de ocupar y expropiar la totalidad de tales bienes y derechos. Quiere decirse, por tanto, que el control de la causa expropiandi supone ineludiblemente el control mismo de la necesidad de ocupación implícitamente, por tanto, el control de la proporcionalidad de la ocupación y expropiación de los bienes y derechos. Si hay causa expropiandi hay plena justificación y proporcionalidad en la ocupación y expropiación de los bienes y derechos, porque aquella no se adopta en estos casos al margen o independientemente - abstractamente- de la específica consideración de los bienes y derechos concretos sobre los que incide la expropiación.

La Ley 7/1983 no se ha limitado, como se ha dicho, a calificar en abstracto como de utilidad pública e interés social la defensa de la estabilidad del sistema financiero y de los intereses legítimos de depositantes, trabajadores y accionistas externos de aquellos grupos de sociedades que se vean afectados por una crisis financiera y de organización, sino que esa declaración ha sido adoptada en atención, justamente, a la situación de crisis de un determinado y concreto grupo de sociedades que integraban el Grupo Rumasa. *Por tanto, si en este caso concreto hubo efectiva utilidad pública e interés social en la defensa de la estabilidad del sistema financiero y de los intereses legítimos de depositantes, trabajadores y accionistas, obligado será reconocer que también hubo proporcionalidad en la expropiación de la totalidad de las acciones o participaciones sociales representativas del capital de las sociedades integrantes del Grupo Rumasa*, porque, como también ya se dijera en la STC 166/1986 (fundamento jurídico 13.A), si «entre la causa expropiandi y la determinación de los bienes y derechos que deban ser objeto de la expropiación existe siempre una relación necesaria, dado que tan sólo son incluibles en la expropiación aquellos que sirvan a un fin legitimador y ello convierte en injustificada la expropiación de bienes o derechos que no sean estrictamente indispensables al cumplimiento de dicho fin», no menos cierto es que en el caso de las leyes singulares de expropiación es preciso que la específica finalidad de utilidad pública o interés social «venga apoyada en un supuesto de hecho singular y excepcional que guarde adecuación con la naturaleza, igualmente singular y excepcional, que tienen las expropiaciones legislativas y, en tal sentido, su causa expropiandi funciona como criterio de racionalidad y proporcionalidad de la medida legislativa expropiatoria...».

En suma, al amparo de esa distinción de niveles en la declaración de utilidad pública e interés social, lo que en realidad se viene a cuestionar es la propia causa expropiandi, global y unitariamente considerada, por cuanto, como se acaba de decir, dicha distinción no encuentra razón de ser alguna cuando, como aquí ocurre, se trata de una Ley expropiatoria singular que, junto a la declaración de utilidad pública e interés social, acuerda la expropiación de la totalidad de las acciones o participaciones sociales representativas del capital de unas sociedades integradas en un grupo empresarial, así como la adquisición en pleno dominio de las mismas y la inmediata toma de posesión de dichas sociedades”.

FJ 7º. “De otra parte conviene recordar que el derecho de propiedad garantizado por el art. 33 del texto constitucional es, desde la vertiente individual, un derecho subjetivo que, como ya se ha dicho en la STC 111/1983, fundamento jurídico 8.º, y reiterado en la STC 37/1987, fundamento jurídico 2.º, «cede

para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación», apareciendo así esa conversión directamente conectada y supeditada al fin mismo de utilidad pública que la justifica. *En la medida, pues, en que la expropiación esté fundada en un fin público o social, ninguna lesión del contenido esencial del derecho de propiedad se producirá, ya que ese contenido no exige, ni conlleva, ineludiblemente, el que la declaración de utilidad pública o interés social se encuentre previa y genéricamente amparada en una Ley general que contenga una tipificación o catálogo tasado de los fines legitimadores de la expropiación.* Sobre este particular, debe recordarse que, en la STC 37/1987, fundamentos jurídicos 2.º y 6.º, ya se puso de manifiesto que la expropiación forzosa no es en la actualidad una institución unitaria que, en lo que ahora interesa, constitucionalmente quede circunscrita a fines previa y anticipadamente tasados dentro de los que, en principio, pueden englobarse en las genéricas categorías de «utilidad pública» o «interés social», ya que justamente con su carácter instrumental -y no finalista- no es sino consecuencia de la variabilidad y contingencia de lo que, en cada momento, reclama la utilidad pública o el interés social de acuerdo con la dimensión social de la propiedad privada y con los propios principios establecidos e intereses tutelados por la Constitución.

Por todo ello, corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes y, consecuentemente, apreciar también las exigencias dimanantes de las necesidades colectivas que imponen la conversión de la propiedad en un equivalente económico por medio de la expropiación forzosa, sin que, no obstante, ello suponga exención alguna del control que respecto de tales decisiones puedan corresponder a este Tribunal”.

FJ 9º. “(...) Es evidente, sin embargo, que la duda de inconstitucionalidad que se plantea, basada en una pretendida falta de acreditación de los hechos que determinaron la declaración de utilidad pública e interés social de la expropiación del Grupo Rumasa, razonando en contrario que con anterioridad a la expropiación no se había producido quiebra alguna del sistema financiero del Grupo, ni hechos que pusieran de manifiesto la insolvencia del mismo, carece radicalmente de todo fundamento y justificación, máxime a la luz de la valoración que sobre la causa expropiandi efectuara este Tribunal Constitucional en las citadas SSTC 111/1983 y 166/1986.

(...) Admitida por la propia Audiencia la plena constitucionalidad de la calificación -en abstracto- de la utilidad pública e interés social, a efectos expropiatorios, de la defensa de la estabilidad del sistema financiero y de los intereses legítimos de los depositantes, trabajadores y accionistas externos al Grupo, no es menos admisible que la situación de crisis económica en la que el Grupo Rumasa se hallaba inmerso, junto a la dimensión y alcance de esa crisis para el sistema financiero en su conjunto, dada la entidad económico-financiera del Grupo, y la propia configuración de ésta como un holding, en el que el conjunto de Empresas y Sociedades se encontraban subordinadas total e íntegramente a la Sociedad dominante («Rumasa, Sociedad Anónima»), en una estructura organizativa vertical con unidad de dirección, personalizada en su Director general, de todas las Empresas y en la que la interrelación e intercomunicabilidad financiera, a través de la participación directa o indirecta en los capitales de unas y otras hacía que la crisis del Grupo afectara simultánea e ineludiblemente a todos los componentes del mismo, no es

menos admisible, decimos, que todo ello justificara plenamente que esa declaración de utilidad pública e interés social se extendiera a la totalidad de Sociedades integrantes del Grupo, al no ser viable técnicamente deslindar en cuanto a la proyección y alcance de aquella entre unas y otras Sociedades que, más allá de su configuración formal, constituían en su conjunto una unidad económico y financiera.

De este modo *no hubo desproporción, ni falta de adecuación, en la declaración de utilidad pública e interés social del fin expropiatorio, que, por las razones apuntadas, una vez admitida su plena constitucionalidad, no permitía sino la ocupación y, por tanto, la expropiación de la totalidad de las acciones de las Sociedades integrantes del Grupo.*

(...) En conclusión, el rechazo de la inconstitucionalidad, en los términos vistos, de la causa expropiandi declarada en el art. 1 de la Ley 7/1983, por la propia e íntima vinculación y condicionamiento de la justificación de dicha causa con la situación financiera de las Sociedades integrantes del Grupo Rumasa expropiado supone, pues, la negación de la falta de proporcionalidad o adecuación a dicha causa de la ocupación y expropiación de todos los bienes del Grupo Rumasa y, por tanto, la radical eliminación de cualquier duda, por tal razón, acerca de la infracción del art. 33.3 de la C.E.

FJ 10º. “(...) La argumentación que se recoge en el Auto que suscita la cuestión se apoya en la idea de que si la ocupación de los bienes hubiera sido desproporcionada, al no concurrir la necesaria justificación de la causa expropiandi por *relación a todos y cada uno de los bienes expropiados*, se habría infringido el principio de igualdad, dándose un trato discriminatorio a la expropiación del Grupo Rumasa respecto de aquellas otras en las que la utilidad pública o interés social de la expropiación de los concretos bienes si está justificada.

La duda planteada carece, no obstante, de todo fundamento. *Si el principio de igualdad no descarta ni proscribiera la existencia de leyes expropiatorias singulares (STC 166/1986, fundamento jurídico 11), como tampoco lo impide el reconocimiento y garantía constitucional del contenido esencial del derecho de propiedad (art. 33 en relación con el art. 53.1 de la C.E.), la hipotética discriminación no puede tener, en el presente supuesto, otro fundamento que la inexistencia de la causa real y efectiva de expropiar, lo que, en otros términos, significa que la desigualdad requeriría que, con carácter previo, se aceptase que la expropiación carece de causa justificada, aun cuando, en ese caso, es evidente que la alegada desigualdad resultaría superflua o al menos redundante.*

En efecto, conviene recordar que, el principio de igualdad del art. 14 de la C.E. sólo impide al legislador establecer diferencias arbitrarias e irrazonables de trato entre situaciones equiparables, y no permite dar un trato arbitrariamente desigual a lo que es esencialmente igual, con lo que la igualdad constitucional se resuelve en la exigencia de no diferenciar sin razón suficiente entre situaciones de hecho equiparables. La diferenciación de tratamiento jurídico entre la expropiación del Grupo Rumasa y las expropiaciones comunes ha de ponerse en conexión con las peculiaridades y singularidades del Grupo, su dimensión y la gravedad de la situación económica y financiera en que se encontraba aquél.

La aplicación a la correspondiente expropiación no del régimen común expropiatorio, sino del establecido en la Ley 7/1983, responde a varias razones.

Por un lado, no ha parecido conveniente al legislador -para evitar la generalización de este tipo de medidas expropiatorias y garantizar al mismo tiempo su excepcionalidad- establecer, con

carácter general, una previsión expresa de la posibilidad de expropiaciones de grupos financieros que, de acuerdo con las reglas generales de la expropiación forzosa, podrían ser decididas por actos de la Administración Pública. La singularidad del caso justifica el trato especial que puede aparecer incluso como el más respetuoso, en relación con los derechos constitucionales en juego, ya que en cada caso la excepcionalidad de la Ley singular deberá estar justificada por la anormalidad de la situación que la provoca, excepcionalidad que permite afirmar la no equiparación del caso con los demás supuestos normales de expropiación, a los efectos del art. 14 de la C.E.

Por otro lado, la diferencia de tratamiento normativo entre la expropiación regulada en la Ley 7/1983 y el régimen común en lo que se refiere a la declaración de utilidad pública y a la necesidad de ocupación, incluso si se tratase de supuestos equiparables, responde a razones objetivas que permiten afirmar el carácter no irrazonable ni arbitrario del diverso tratamiento normativo.

En primer lugar, es evidente que este tipo de medidas expropiatorias en relación con situaciones de desequilibrio financiero y peligro de estabilidad del sistema económico requieren para su efectividad la inmediatez y la unidad del acto que evite situaciones de pánico financiero que pudieran agravar la situación, o de conductas de los afectados que pudieran obstaculizarla. Las fases procedimentales propias del régimen común expropiatorio resultan manifiestamente inadecuadas en este caso, de modo que la diferencia de trato consistente en la intermediación y unidad en el acto expropiatorio (declaración de utilidad pública o interés social y necesidad de ocupación), puede considerarse una justificación objetiva y razonable en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, existiendo una relación razonable de proporcionalidad entre esa finalidad y la diferencia de trato establecida.

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que las distintas fases a las que se refiere el Auto proponente se están refiriendo generalmente a un tipo de expropiación de bienes inmuebles y tienen además utilidad práctica en cuanto que pueda discreparse efectivamente de la necesidad de ocupación de los bienes, o de la adquisición de otros derechos. *En una expropiación como la de la Ley 7/1983 no se expropiaron bienes de una sociedad, sino títulos de participación social en diversas sociedades, que no son bienes de la sociedad expropiada, como se afirma en el Auto, sino de sus accionistas.* En la medida en que se justifique la utilidad pública y el interés social de la expropiación, esa justificación solo podrá referirse a esos derechos y nada más que a esos derechos, de manera que a efectos del tratamiento jurídico normativo resulta innecesario distinguir el plano de la justificación de la expropiación y el de la justificación de la necesidad de que se adquiriesen tales derechos, como antes se ha dicho. Quiere decirse, por tanto, que el control de la causa expropiandi requiere y supone el examen de la necesidad de ocupación o adquisición e implícitamente el de la proporcionalidad de la ocupación y adquisición de esos derechos.

La tercera razón que explica la diferencia de regulación entre la Ley 7/1983 y el procedimiento general previsto en la Ley de Expropiación Forzosa radica en la técnica jurídica utilizada, la de la Ley de caso único, en la que se concentran en un único poder decisiones que en el régimen general se prevé que correspondan a diversos poderes públicos. En el caso de las leyes singulares de expropiación la específica finalidad de utilidad pública o interés social, apoyada en un supuesto de

hecho singular y excepcional que guarde adecuación con la naturaleza, igualmente singular y excepcional, que tienen las expropiaciones legislativas, permite que aunque subsiste la relación necesaria entre causa expropriandi y la determinación de los bienes y derechos objeto de la expropiación, ambos aspectos se configuren de forma unitaria, sin posibilidad de contemplación aislada y separada en momentos procedimentales distintos, de modo que la declaración de utilidad pública e interés social, en atención a unos específicos fines conectados con los derechos afectados por dicha declaración, incluya irremisiblemente la necesidad de adquirir tales derechos. *Ello supone que la justificación ad casum de la causa expropriandi sirve simultáneamente de justificación para la adquisición y ocupación de tales derechos, porque la decisión de expropiar no puede adoptarse ni se adopta con independencia de la concreta y específica consideración de los derechos sobre los que incide, sino precisamente en consideración a los mismos.* También por esta razón ha de apreciarse que existe una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato.

En consecuencia, los preceptos legales cuestionados tampoco han violado el principio de igualdad del art. 14 C.E”.

Em resumidas contas, o TC acabou por desenvolver a mesma linha de raciocínio aposta nas STCs anteriores (111/1983; 166/1986; 37/1987) partindo da premissa de que sendo legítimo que o legislador, diante das circunstâncias excepcionais exigidas para a solução de um suposto fático singular, aplique um procedimento expropriatório diferenciado para fazer frente ao problema que urge enfrentar acabou por defender em tal julgado que havendo justa causa para a expropriação não há que se falar em desproporcionalidade e desigualdade das medidas de concreção utilizadas para a consecução da finalidade pública pretendida.

Para o TC as medidas de concreção da finalidade pública almejada eleitas pelo ente expropriante — no caso, o legislador — não podem ser analisadas em separado da *causa expropriandi* porque nela já se encontram inseridas levando à inquietante⁴⁴³ conclusão de que os fins declarados como suporte para a *causa expropriandi*, se legítimo porque não contrário à Constituição e as leis, justificam as eventuais (e aparentes) arbitrariedades ínsitas nos meios empregados.

⁴⁴³ Inquietante porque o teste de proporcionalidade das medidas expropriatórias contidas na Lei 7/1983 só foi feito após a apreciação do mérito da sua constitucionalidade por outros motivos. Se tais argumentos fizessem anteriormente parte das alegações em sede de juízo abstrato o TC talvez tivesse agido noutro sentido quando da prolação da STC 166/1986 porque a desproporção seria analisada como um critério anterior ao mérito. Nesta STC 6/1991 aferiu-se a proporcionalidade *depois de resolvida a constitucionalidade da lei*. O TC procurou a todo custo manter a linha de raciocínio jurídico empregada nas decisões anteriores.

Todavia, felizmente — e mais uma vez por intermédio de Francisco Rubio Llorente, um dos poucos magistrados presentes no julgamento de todas as questões envolvendo o caso Rumasa —, restou consignado em tal julgado um importante contraponto.

O magistrado dissidente, acompanhado por seu par José Gabaldón López, discrepou da maioria apontando, em síntese, os seguintes motivos que a seu juízo qualificavam como inconstitucionais os artigos 1º e 2º da Lei 7/1983 por infrações aos artigos 14 e 33.3 da norma fundamental, que ora tentamos reproduzir:

- a busca pela consecução do duplo propósito apontado como motivo da *causa expropriandi* (a estabilidade do sistema financeiro e os interesses legítimos de depositantes, trabalhadores e terceiros) não deveria implicar, necessariamente, na dissolução de todas as sociedades integrantes do grupo Rumasa ou mesmo na reserva ao setor público das mui heterogêneas atividades ou recursos, mas tão somente na atribuição provisória da administração social do grupo pela Administração do Estado, em concreto, pela Direção Geral do Patrimônio;
- que entre os motivos alegados para a intervenção extremada e as medidas concretas de imissão na posse e ocupação e incorporação imediata dos bens e direitos ao patrimônio público não derivava uma correlação lógica e plausível na medida em que o Estado — conhecedor do problema alegado com pelo menos 5 (cinco) anos de antecedência, conforme aduzido no preâmbulo da lei 7/1983 — não interviu de forma eficaz em tempo oportuno evitando a ablação patrimonial integral do patrimônio do grupo expropriado;
- o instituto expropriatório exige uma umbilical e estrita correlação entre o ato expropriatório emanado pelo Estado e o bem específico a ser suprimido do patrimônio do particular afetado diferentemente do que ocorrera na lei que tratou de expropriar *in integrum* todo o patrimônio acumulado do grupo expropriado privando o conteúdo da garantia patrimonial do Art. 33.3 da CE/78, reduzindo-a a uma formalidade vazia;
- o comodismo da Administração em utilizar a expropriação urgente e extremada para por fim a sua manifesta desídia (em grande parte do próprio Banco de Espanha) ao longo do tempo, tendo-a por mais econômica e eficaz em relação com outras medidas de intervenção, não constituiu só por si uma finalidade que justificasse a privação plena, e na raiz, de um direito fundamental como o de propriedade;

- o TC estava contrapondo-se à sua própria doutrina de que as limitações e restrições impostas aos direitos fundamentais só são legítimas se a realização de seus fins tiverem embasadas em medidas *estritamente necesarias e indispensáveis* para alcançá-lo.

“Es doctrina constante de este Tribunal, en efecto, la de que *las limitaciones o restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales sólo son legítimas cuando, siendo legítimo también el fin en aras del cual se imponen, se reducen a lo estrictamente indispensable para alcanzarlo; en cuanto excedan de ello son contrarias a la Constitución y en esa medida nulos*. También desde esta perspectiva la medida expropiatoria que articula la Ley 7/1983 es contraria a la Constitución, si no lo fuera ya por violación directa de la garantía expropiatoria, en cuanto que, de una parte, eliminan de raíz un derecho (el de propiedad de quienes controlaban la gestión) que, de acuerdo con la propia lógica de la Ley, hubiera bastado con restringir o limitar en su ejercicio y, de la otra, inciden sobre el derecho de quienes manifiestamente, y estando también a lo declarado por el legislador en nada habían contribuido a la producción de las anomalías”. Destaquei e grifei.

- a lei impugnada não deveria ter alcançado a expropriação total das ações de *todas* as sociedades pertencentes ou controladas pelo grupo Rumasa, mas tão somente àquelas sociedades efetivamente involucradas na desestabilização do sistema financeiro sendo, pois, discriminatória neste sentido.

O argumento da *excepcionalidade* aceito, incorporado e empregado pelo TC ao longo dessas STCs analisadas — conforme exposto pela doutrina — adveio em grande medida da qualidade técnica apresentada no parecer instrutivo do Conselho de Estado, datado de 3 de março de 1983, emitido, a título de consulta, acerca da (in)constitucionalidade do Real Decreto-lei 2/1983, de 23 de fevereiro, para fins de sua tramitação como projeto de lei em regime de urgência perante o Congresso de Deputados.

Na fundamentação do Conselho de Estado, dentre as novas e então transcendentais argumentações, tratara o referido órgão de deixar registrado na oportunidade os preceitos e a linha argumentativa da tese vencedora que posteriormente adotaria e difundiria o Tribunal Constitucional em seu posicionamento acerca da constitucionalidade e admissibilidade das leis de estrutura formal singular, conforme nos revela PARADA VÁSQUEZ:

“«Este requisito es especialmente aplicable a las expropiaciones administrativas, pero que no puede entenderse en el sentido de

que aun en el caso de las expropiaciones legislativas del Estado haya de ajustarse al régimen común de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, porque esto equivaldría a reconocer a esta ley una primacía que no tiene.

El poder legislativo puede no sólo modificar la ley general, sino también establecer un régimen especial para un supuesto concreto, como ocurre en el presente caso, cuya complejidad, urgencia y trascendencia justifican la norma singular, sin que por ello se incurra en discriminación atentatoria a la igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución.

De modo que el hecho de que el proyecto remitido en consulta no se ajuste íntegramente a la Ley de Expropiación Forzosa, no es motivo para tacharlo de inconstitucional ni de medida discriminatoria»⁴⁴⁴.

O grupo expropriado Rumasa S.A., apesar das sucessivas derrotas judiciais perante as instâncias judiciárias espanholas, obteve perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos — TEDH uma importante, porém ineficaz vitória relativa a todo este imbróglia judicial.

Na data de 23 de junho de 1993, por ocasião da apreciação do caso Ruiz Mateos contra Espanha, o TEDH (Tribunal de Estrasburgo) acolheu parcialmente a pretensão dos proprietários do grupo Rumasa entendendo que o seu direito a um tratamento processual igualitário («*igualdad de armas*», «*égalité des armes*», «*equality of arms*») na busca pela efetividade da justiça no caso concreto fora desrespeitado pelo Tribunal Constitucional espanhol, com a consequente violação do artigo 6º, apartado 1º, do Convênio Europeu de Direitos Humanos — CEDH ao qual Espanha é signatária.

O TEDH ateu-se prioritariamente na apreciação dos aspectos formais da complexa demanda esquivando-se de adentrar na análise da sua questão de fundo (a expropriação *ope legis*) sob a justificativa de que no momento em que se produziram os fatos lesivos ao direito fundamental de propriedade (1983) a Espanha não era parte signatária do protocolo adicional 1º (primeiro) do CEDH — vigente internamente a partir de 27 de novembro de 1990 — que dispunha, em moldes semelhantes ao conteúdo do artigo 33.3 da CE/78, que toda pessoa física ou moral tem direito ao respeito de seus bens podendo deles ser privados unicamente por causa de utilidade pública nas condições previstas por lei e de acordo com os princípios gerais de Direito Internacional.

⁴⁴⁴ PARADA VÁSQUEZ, *op. cit.*, pp. 1.143/1.144.

O acórdão do Tribunal Supranacional foi no sentido de reconhecer por violados o direito dos proprietários do grupo Rumasa a serem beneficiários da mesmas oportunidades de trato processual permitidas às demais partes envolvidas na demanda, oportunidades essas objetadas mais que tudo pela proibição da legislação espanhola em dar acesso *direto* aos destinatários de leis singulares em exercer o contraditório em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis na redação do até então vigente artigo 37.2 da LOTC.

Outrossim, entendeu o TEDH que a tutela judicial efetiva buscada pelos Mateo Ruiz desde a sua 1ª (primeira) intervenção em juízo (1983) não foi pronunciada em *prazo razoável* restando, portanto, violado o respeito ao princípio do devido processo legal por denegação ao igual exercício do contraditório e do retardamento injustificado de atos processuais por parte das autoridades públicas.

A “vitória” selou um desfecho sem final feliz na medida em que não propiciou aos demandantes a recomposição econômica da sua situação patrimonial anterior carecendo de pronunciamento explícito quanto ao seu mérito⁴⁴⁵.

Firmada a tese pretoriana⁴⁴⁶ da aceitação excepcional das leis singulares de intervenção, no que se refere ao seu estudo dogmático-científico, mormente das leis expropriatórias *ope legis*, poucos foram os doutrinadores que tentaram explicá-las, pese o reconhecimento expresso de sua legitimidade pelo TC e indiretamente pela própria Constituição.

SANTAMARÍA PASTOR é bem objetivo ao afirmar que na Espanha “(...) *las leyes singulares en sentido estricto no pueden considerarse inadmisibles: aunque la generalidad sea un carácter ‘natural’ (aunque no esencial) de la ley en el Estado de*

⁴⁴⁵ Estudo detallado sobre a mencionada sentença proferida pelo TEDH no caso Mateos Ruiz contra Espanha podem ser encontrados nos comentários de Ángel G. CHUECA SANCHO («La sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ruiz Mateos», em *Revista Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 1994, pp. 553-570, disponível em <<http://hdl.handle.net/10016/1505>> (data da consulta: 13/08/2008); e Fanny Castro-Rial GARRONE no seu artigo «El derecho a un juicio equitativo (comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993, en el asunto «Ruiz Mateos c. España»», em *Revista de Instituciones Europeas*, nº 21, 1994 (Enero-Abril), disponível em <http://www.cepc.es/rap/Resultados.aspx?IDS=10rsyb55kah1pgvah10h5bzu_961329> (data da consulta: 13/08/2008).

⁴⁴⁶ Um exemplo um pouco mais recente da doutrina da excepcionalidade das leis singulares de intervenção iniciada com o julgamento do caso Rumasa, e ainda hoje propalada pelo TC, pode-se encontrar na STC 48/2005, especialmente em seu FJ 5º.

*Derecho, es indiscutible que las leyes singulares constituyen hoy un instrumento de gobierno del que, guste o no, no se puede prescindir en un Estado eminentemente administrativo y cuya condición de Estado social le fuerza a intervenir mediante medidas singulares...Esto no supone, sin embargo, que hayan de invertirse las perspectivas tradicionales, hasta el punto de considerar la ley singular como algo connatural al Estado contemporáneo, asumible sin ningún tipo de cautelas (...)*⁴⁴⁷.

ALONSO GARCÍA entende também a seu turno que “*la Constitución no impone, ni explícita ni implícitamente, ninguna estructura formal a la Ley, por lo que las singulares que rompen el esquema tradicional no se contradicen con aquélla*”⁴⁴⁸.

José Antonio MONTILLA MARTOS, emérito Professor da Universidade de Granada, talvez tenha sido o que mais adentrou no estudo dessas espécies de leis.

Em artigo voltado ao comentário da sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 23 de junho de 1993 sobre o caso Rumasa MONTILLA MARTOS⁴⁴⁹ assevera com propriedade que a chamada *lei singular de intervenção* é aquela que conjuga uma estrutura formal singular — definida a partir da redução progressiva e gradual da generalidade como elemento material da estrutura formal da lei — com sua condição intervencionista através de uma ação singularizada de intervenção.

Para ele a *lei singular de intervenção* é um ato legislativo caracterizado por sua estrutura singular (elemento formal) cujo elemento material (relação meio-objeto/fim) enquadra-se no subtipo da intervenção.

A sua proposta conceitual — extraída de sua já citada obra intitulada *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español* — do que seja uma lei singular nos moldes do ordenamento espanhol parte do pressuposto de que na vigente Constituição de 1978 há um conceito unitário de lei como fonte de direito que, apesar

⁴⁴⁷ SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, p. 528.

⁴⁴⁸ ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 108.

⁴⁴⁹ MONTILLA MARTOS, J.A. «Defensa judicial «versus» ley singular de intervención (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993 sobre el caso Rumasa)», em *REDC*, a.14, nº 40, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994 (Enero-Abril), pp. 294/296.

do seu *pluralismo tipológico*⁴⁵⁰ e da conseqüente proliferação de fontes normativas com valor de lei não encontra-se afetado ou mesmo ameaçado de dispersão.

Pelo contrário, advoga que a própria noção plural que a lei goza no seio constitucional de uma sociedade miscigenada como a Espanha é o que dá lastro a essa diversidade tipológica que só é admissível se articulada com base no entorno unitário do conceito que a lei como fonte principal do Estado de Direito proporciona no sistema jurídico atual que, destaque-se, mais uma vez, não impõe a esta fonte de direito uma estrutura formal determinada permitindo, legitimando e presumindo constitucional toda e qualquer forma de manifestação legislativa adotada com a aparência de lei formal, independentemente da ausência ou não de materialidade em seu conteúdo.

Daí, debruçando-se detidamente sobre a relação e os efeitos que o binômio *generalidade-singularidade* da lei provocam em sua estrutura formal, com especial enfoque às dimensões espacial e temporal que um comando legislativo dotado de generalidade possa ter no âmbito de incidência das esferas jurídicas de seus destinatários, MONTILLA MARTOS demonstra cabalmente que o conceito de lei singular não está vinculado a um critério quantitativo baseado no número determinado ou não de destinatários identificáveis no ato legislativo e, sobretudo, a uma finalidade pontual destinada a regulamentar um suposto fático específico a exemplo do que ocorre com as leis-medidas (*Massnahmenetze*) alemã⁴⁵¹ que valora a *medida* (no mais das vezes de natureza administrativa e não, legislativa) como relação de meio e fim da intervenção estatal ou, ainda, e agora comparando-a à *leggi provvedimento* (lei-medida) italiana — que privilegia não a *medida em si* (relação entre meio e fim vinculada ao

⁴⁵⁰ Diversidade dos procedimentos de elaboração da lei aliado à pluralidade de sujeitos intervinientes no seu processo de produção quebrando, assim, o monopólio de emanção por parte da Corte Geral.

⁴⁵¹ Ao contrário do que pensa MONTILLA MARTOS a Professora da Universidade Complutense de Madrid Dra. Concepción Martínez-Carrasco PIGNATELLI (1995, p. 152, nota de rodapé nº 11), com apoio em J.L. VILLAR PALASÍ e Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, advoga que os diversos tipos de leis formais encontradas no ordenamento espanhol não derivam do gênero *lei singular* conforme defendido pelo autor andaluz, mas sim do gênero *lei-medida*, ou seja, para ela as leis singulares de intervenção, as leis de caso único, as leis «*ad hoc*», etc. derivam do conhecido conceito alemão de *lei-medida* e não do conceito de *lei singular* proposto pelo autor, entendimento este derivado do duplo sentido (sentido de continente e sentido de conteúdo) que a expressão «*Massnahme*» (medida) tem na sua tradução ao espanhol (p. 63). Em outras passagens (pp. 158/159) PIGNATELLI, ademais de tratar como sinônimas as leis-medida e as leis-singulares, sugere que estas últimas sejam denominadas corretamente de leis concretas e não leis singulares. Vejamos o trecho da confusa relação empregada, literalmente: “(...) *Las leyes medida llamadas leyes singulares, en las que se encuentran englobadas las «leyes ad hoc», no reciben este nombre por faltarles la generalidad sino por faltarles la abstracción de los supuestos de hecho que regulan, y/o de sus contenidos y/o de los supuestos a los que deberán ser aplicadas. Por ello deberían llamarse leyes concretas y no leyes singulares*”.

objeto perseguido), mas sim a estrutura axiológica da norma (generalidade/abstração-singularidade) — como critério determinante do seu conteúdo normativo.

Fugindo a estas tênues porém importantes diferenciações, inclinando-se à concepção italiana⁴⁵², o doutrinador andaluz — inspirado ao que parece na sugestão de NIETO⁴⁵³ — percorrendo os dois pólos da relação generalidade/universalidade extrema e singularidade absoluta, identificou uma graduação indefinida de hipóteses intermediárias de leis singulares referidas tanto ao objeto quanto ao sujeito/destinatário quando reduzida gradativa e progressivamente do elemento da generalidade impossibilitando, pois, de afirmar-se com precisão quando a lei não é geral e sim singular. São exemplos das espécies legislativas singulares por ele detectada as leis de caso único⁴⁵⁴ e as leis pessoais⁴⁵⁵, dentre outras encontradas na doutrina⁴⁵⁶.

Assim, a lei é singular não por causa do seu conteúdo material concreto ou do âmbito específico que afeta, mas sim porque sua estrutura é singular e a relação

⁴⁵² Essa inclinação o autor deixa transparecer na seguinte passagem de sua obra (*op. cit.*, 1994, p. 118): “Junto a la construcción doctrinal de la *Massnahmegesetz*, definida como ley de objeto, hemos reseñado otra interpretación de este fenómeno que rechaza su carácter normativo desde la relación generalidad-singularidad. El fundamento hermenéutico es la identificación de la norma con sus rasgos estructurales — generalidad y abstracción—. Oponiendo la norma como regla general y abstracta al mandato singular, la ley singular no contiene *normas*”. E em nota de rodapé arremata: “(...) Queremos discriminar dos fenómenos que nos parecen distintos. Las *Massnahmegesetz* como leyes caracterizadas por su vinculación a un objeto específico, que habitualmente tienen una estructura singular pero que pueden no tenerla, diferenciadas de la ley-norma por esa relación medio-objeto y, por otro lado, las *leggi provvedimento* y las leyes singulares en las que, a pesar de la ambigüedad de las formulaciones, el elemento de discusión es si la estructura formal singular determina el carácter no normativo del acto legislativo”. Destaques no original.

⁴⁵³ Alejandro NIETO (*op. cit.*, p. 76) disse em 1962 que entre o extremo da norma universal e o da norma singular há uma escala de inumeráveis graus em que medeiam categorias por demais problemáticas sugerindo que: “(...) *Ciertamente que todavía puede distinguirse si la Ley afecta a un individuo o la generalidad; pero de esta manera se marcan los dos extremos entre los que se abre una escala de innumerables grados. El acto aislado claro y la norma general clara no ofrecen dificultades. Pero las categorías intermedias de ambos son problemáticas, y en ellas no puede determinarse fácilmente si deben considerarse como regulaciones individuales (actos individuales) o como normas generales*”.

⁴⁵⁴ Para o autor, *leis de caso único* são espécies de leis singulares objetivas no espaço e singulares no tempo ditadas em atenção a um suposto fático singular, concreto ou irrepitível situadas no extremo da singularidade objetivo-espacial, vinculada à singularidade temporal.

⁴⁵⁵ No que se refere às *leis pessoais* afirma o autor que são elas uma espécie de lei singular que atendem a singularidade extrema na vertente subjetivo-espacial na medida em que não apenas determina o destinatário, mas o individualiza através da implementação de uma condição *ad personam*, tendo, pois, por objeto, favorecer ou prejudicar o destinatário identificado.

⁴⁵⁶ Independentemente de suas respectivas estruturas materiais e formais nomenclaturas como «leis-medida», «leis de efeitos concretos», «leis individuais», «leis pessoais», «leis “*ad hoc*”» (leis “para isto”, leis “sob encomenda” ou ainda leis “de fim específico”), «leis “ônibus”», «leis “mosaico”», «leis “cocktail”», «leis-marco», «leis-quadro», «leis-contrato», «leis de dispensa», «leis “tuitivas”», «“*leges pro ea re natae*”» ou «leis de vencimento fixo» (*Stichtaggesetz-Scheerbarth*), «leis de privilégio», «leis expropriatórias», «leis singulares com efeitos expropriantes», «leis de plano» ou simplesmente «leis-plano», «leis pactadas», «leis coartadas» (*Alibi-Gesetze*), «leis consensuadas», «leis-fotografia», «*sunset and sunrise legislation*» são alguns dos exemplos mais notórios de suas incontáveis variantes colhidos da doutrina especializada.

generalidade-singularidade refere-se a uma problemática solúvel desde critérios formales.

Dando um passo a mais em sua coerente tese, o constitucionalista cordobês, agora voltando-se sobre a tradicional relação havida entre a *norma* (regra objetiva de direito de cunho geral e abstrato destinada a ordenar o comportamento de um número indeterminado de destinatários e/ou situações mediante sua aplicação indefinida) e a *lei como fonte de direito* (suporte de manifestação da vontade do legislador em normatizar), admite que hoje a *norma jurídica* ademais de carecer de um regime jurídico próprio é fruto do suporte que a incorpora ao ordenamento e, portanto, sobretudo da lei fonte jurídica por excelência, em notada confusão estrutural. A norma jurídica não seria, assim, independente e autônoma, mas sim ao mesmo tempo norma e fonte jurídica. São suas palavras:

“En las leyes que aprueban, autorizan o intervienen de una forma singular, las normas que expresan el mandato establecido en la ley-fuente no contiene una prescripción general pero son normas jurídicas al estar contenidas en el soporte-ley del que depende su régimen jurídico. Así, estamos impidiendo la traslación al orden jurídico-positivo de la noción de *normatividad* puesto que ninguna relación es *naturalmente normativa* sino que puede llegar a serlo si viene regulada a través de normas incorporadas a un sistema jurídico en el soporte adecuado. Así, podemos definir las prescindiendo de su estructura, general o singular, de las características tradicional, etc. No estamos ante una definición de norma en sentido estricto sino más bien ante la determinación de qué tipos de actos pueden considerarse normativos, equiparando los contenidos normativos a otros que, en la interpretación anterior, no lo serían, sin plantear un concepto alternativo”⁴⁵⁷. Destaques no original.

Pese estarmos de acordo com as considerações formuladas por dito autor, cabe aqui abrimos um parêntese sobre uma questão de fundo essencial ao nosso argumento cuja boa compreensão requer que sejamos dissidentes quanto a um aspecto pontual de seu pensamento.

Ao contrário de MONTILLA MARTOS que em várias passagens de sua obra de 1994 toma como sinônimos as expressões «*lei singular de intervenção*» e «*lei singular expropriatória/lei de expropriação*»⁴⁵⁸ entendemos que apesar da forte

⁴⁵⁷ MONTILLA MARTOS, *op. cit.*, 1994, p. 124, destaques no original.

⁴⁵⁸ O autor neste ponto adota a influência que o arrazoado jurídico proferido pelo TC na sentença 166/1986 (caso Rumasa) causou no tratamento da matéria ao considerar a lei singular ao mesmo tempo como interventiva (estrutura e natureza) e expropriatória (caráter), nestes termos: “El Tribunal

tendência dessas espécies de leis resultarem ao fim e a cabo praticamente na quase totalidade dos casos em um ato *em tese* expropriatório, não há que nelas automaticamente inserirmos a qualidade de “expropriante” associada em equivalência ao termo “intervenção”.

O rechaço a este válido enfoque atribuído ao questionamento trazido à baila pelos possíveis danos ocasionados pelas leis singulares, para efeitos de nossas arguições e conclusões, é inevitável. A correlação não merece acolhida pois em nossa modesta opinião, se assim o fizermos, estaríamos a renunciar ao prelúdio de nossa tese de averiguar detidamente se os danos impostos por restrições legislativas ao exercício do direito de propriedade merecem ser indenizados pela via da expropriação ou pela via da responsabilidade patrimonial do Estado-Legislator.

Acatando sem mais a sinonímia sugerida não nos restaria outro caminho senão o da garantia expropriatória do artigo 33.3 da CE/78 a exemplo do que também já argumentara Maria Consuelo ALONSO GARCÍA⁴⁵⁹ — “*En definitiva, fuera de los supuestos expropiatorios, la posibilidad de reclamar del Legislador un deber resarcitorio por la adopción de actos legislativos legítimos, si el mismo no ha hecho previsión expresa al respecto, no puede ampararse en nuestro Derecho [Español] en la abstracta cláusula del art. 9.3 CE*”. — de que esta garantia é a única via da qual o particular pode se valer contra a atividade invasiva e lesiva do legislador constitucionalmente permitida. Disto não estamos totalmente convencidos!

Por isso preferimos e adotamos a terminologia «*lei singular de intervenção com efeitos restritivos*» com o intuito de destacar, ademais da legitimidade que o Estado Legislador tem de intervir concretamente através de uma lei especialmente ditada para

Constitucional ha destacado, en ese sentido, que las expropiaciones legislativas singulares son constitucionalmente legítimas, si bien requieren, **por ser expropiatorias**, el respeto a las garantías del artículo 33.3 y por ser singulares el respeto a sus límites constitucionales a las leyes singulares. En la STC 166/1986 había advertido su doble singularidad que precisa un doble control de límites y garantías: como ley singular es admitida en el ordenamiento porque no puede deducirse del articulado constitucional la prohibición de leyes de estructura singular, aunque se establecen una serie de límites en relación, no al concepto de ley sino a otras garantías autónomas de rango constitucional; además, **como ley de expropiación**, el artículo 33.3 establece los límites y garantías del derecho de propiedad. **Las leyes singulares de expropiación**, en las que el fundamento legal de expropiación se confunde con la actividad expropiatoria, están sometidas a los mismos límites y/o garantías que cualquier ley singular más las garantías anejas al instituto expropiatorio en el ordenamiento constitucional. (...) Los presupuestos van conformándose ya: **las leyes singulares de expropiación** están sometidas a los límites y garantías anejas a su *peculiaridad*, tanto por su condición de ley singular como **por su carácter de ley de expropiación**” (1994, pp. 141/142). Grifei.

⁴⁵⁹ ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 125.

regulamentar (limitar, restringir, expropriar, desenvolver e tornar mais realizável o exercício do próprio direito, etc.) a esfera privada de certo ou determinados administrados em razão de um suposto fático igualmente singular, o fato de que o seu conteúdo material *pode estar* (\neq sempre está) dotado de efeitos concretos e lesivos (\neq expropriantes).

Com esse cuidado preparamos o terreno para adiante discutirmos, antes de nos pronunciarmos sobre a corrente indenizatória à qual nos filiamos, se o regime jurídico indenizável dos danos patrimoniais oriundos de restrições legislativas ao exercício do direito de propriedade deve estar focado ou não na análise da intencionalidade do legislador em dilapidar o conteúdo útil econômico e essencial do direito de propriedade provocando *danos e prejuízos* (responsabilidade patrimonial do Estado-Legislador) ou se o que há que valorar simplesmente é o resultado (total ou parcial) expropriante de sua conduta dando causa a uma indenização compensatória mediante o pagamento do *equivalente econômico do bem ou direito expropriado* (garantia expropriatória).

Feita a ressalva e visto e analisado que as leis singulares de intervenção são plenamente aceitáveis no ordenamento jurídico espanhol tanto por parte do TC quanto pela escassa doutrina dedicada ao estudo da matéria, cabe agora enveredarmos sobre o seu aspecto ou conteúdo material.

Inicialmente, há que se ter em conta a acertada afirmação de GARCÍA DE ENTERRÍA de que hoje o simples jogo dialético entre *privação singular-ordenação geral* não é já o mais adequado e suficiente para resolver o grave problema das atuações legislativas de conteúdo materialmente “expropriatório” desde a perspectiva do proprietário⁴⁶⁰.

Outrossim, cumpre aclarar que, a nosso juízo, os efeitos ou impactos “expropriatórios” inerentes e carreados nas leis singulares de intervenção não se confundem totalmente com os efeitos expropriantes característicos da expropriação *ope legis*.

⁴⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, 1996, p. 137.

Uma lei de estrutura singular pode simplesmente limitar temporariamente o exercício do direito de propriedade objetivando satisfazer uma necessidade pública sem, contudo, expropriar ainda que parcialmente o bem ou direito juridicamente tutelado.

A limitação, dependendo do impacto concreto de incidência que chegar a causar ainda que temporariamente na vida do proprietário afetado, pode sem dúvida caracterizar-se como uma *restricção legislativa* (limitação negativa + dano), mas nem por isso pode ser considerada uma expropriação parcial.

Restringir temporariamente o exercício de um direito e o uso do bem quitando-lhe conteúdo econômico não implica desde logo que o mesmo tenha sido expropriado pelo poder público.

E se os motivos que justificaram a imposição da restrição legislativa traduzida na suspensão temporária do uso do bem em determinado sentido cessarem?

Por óbvio, não mais haverá razão para a conservação da validade e eficácia de uma lei singular com estas características ante a perda superveniente de seu objeto consequência lógica de sua potência normativa originariamente limitada⁴⁶¹.

O particular retomará a plenitude das faculdades dominiais que lhe são inerentes sobre tal bem e direito, inclusive sobre aquela faculdade em que temporariamente a lei o impediu de exercer.

Se tomarmos o entendimento corrente de que uma restrição legislativa deste tipo traduz-se ou equipara-se de fato a uma expropriação parcial *ope legis* fará jus o particular a uma indenização nos moldes do artigo 33.3 da CE/78. Quanto a isto, nesta interpretação, não há problemas. A restrição legislativa enquadra-se-ia no conceito de privação singular do artigo 1º da LEF/1954⁴⁶², especificamente como uma faceta da locução «*mera cessación de su ejercicio*».

⁴⁶¹ Ainda que a mesma muito provavelmente continue a figurar como uma lei mais no cabedal normativo do Estado já que raras vezes não chegam a ser ab-rogadas ou derogadas *formalmente* por outras leis posteriores. O seu desuso e inaplicabilidade são quase sempre fruto de circunstâncias *tácitas*.

⁴⁶² **Art. 1º.** “Es objeto de la presente Ley de expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

Contudo, ainda nesta linha de pensamento, perguntamos: e se ao particular não interessar requerer que o bem jurídico “expropriado parcialmente” pela lei singular restritiva seja de fato integralmente trasladado ao patrimônio do Estado (Art. 23 LEF/1954⁴⁶³), mas sim tão somente reclamar as *perdas económicas* que sofreu durante a suspensão do exercício pleno de seu direito, como deverá o mesmo proceder para ter respeitada a sua garantia de incolumidade patrimonial: deverá contentar-se com a indenização expropriatória equivalente ao menoscabo (parcial ou total se assim o requerer) ou poderá ingressar em juízo com vistas a imputar ao Estado o seu dever de indenizar com base no instituto da responsabilidade civil extracontratual?

Seguramente, se entendermos que a restrição ao exercício do direito de propriedade é *también* uma expropriação⁴⁶⁴, o regime jurídico indenizável é claro neste caso ante a aplicação do Art. 33.3 da CE/78 c/c a LEF de 1954. Até porque encaixaríamos não só a restrição como uma privação singular, mas também convergiríamos o suposto fático ao seu enquadramento na idéia primogênita de sacrifício especial que influenciou e ainda influencia, desde a suas origens, o instituto expropriatório e suas figuras afins utilizando-o mais uma vez como uma espécie de dogma *di chiusura* (de fechamento) da problemática acerca da indenizabilidade desse tipo de danos.

Porém, e se acaso nos afastássemos da moldada figura do sacrifício (singular, especial, grave e atual ou outra nomenclatura similar), para onde penderíamos: para o enquadramento da *restrição* no conceito de lesão indenizável formulado na vigente LRJAP y PAC de 1992 ou haveria um caminho alternativo a ser apontado?

Quedan fuera del ámbito de esta Ley las ventas forzosas reguladas por la legislación especial sobre abastecimientos, comercio exterior y divisas”.

⁴⁶³ “Cuando la expropiación implique sólo la necesidad de ocupación de un parte de finca rústica o urbana, de tal modo que a consecuencia de aquélla resulte antieconómica para el propietario la conservación de la parte de finca no expropiada, podrá éste solicitar de la Administración que dicha expropiación comprenda la totalidad de la finca, debiendo decidirse sobre ello en el plazo de diez días. Dicha resolución es susceptible del recurso de alzada previsto en el artículo anterior, y no se dará el recurso contencioso-administrativo, estándose a lo dispuesto en el artículo 46”.

⁴⁶⁴ Antonio PÉREZ CRESPO (1996, p. 117) assim parece comungar com grande parte da doutrina ao afirmar categoricamente que “(...) Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae, *o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio*, si no es en virtud de ley general o especial que autorice la *expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional*, calificada por el legislador, y mediando la correspondiente indemnización por el daño efectivamente causado, a la cual, el *expropiado* tiene siempre derecho. La responsabilidad, en Derecho, es restitución; en moral, expiación”. Destaquei.

A resposta não é simples e quiçá não possa ser respondida com segurança se considerarmos a atual norma de regência destinada a regulamentar a responsabilidade patrimonial do Estado Legislador para as hipóteses de danos não expropriatórios que agrega tanto conceitos do instituto da responsabilidade do Estado quanto do instituto expropriatório.

É bem verdade que a doutrina tem se inclinado timidamente a defender que hipóteses neste sentido estão albergadas no rol da responsabilidade do Estado Legislador. Entretanto, não está sendo capaz de se desvincular da figura e da teoria do sacrifício especial concebida aqui na Espanha através do conceito de privação singular.

A “norma de regência” da responsabilidade do Estado-Legislator hodiernamente posta (Art. 139.3 LRJAP y PAC/1992), da maneira em que está redatada, também não oferece outro caminho senão aceitarmos a irresponsabilidade do legislador em inúmeras hipóteses, ademais de conduzir-nos à interpretação estrábica de que a única via de garantir efetivamente a indenização ao particular nos casos em que seu patrimônio for vítima das incursões legislativas do Estado é a própria benevolência do legislador no caso em que preveja em contrapartida, no próprio corpo do ato legislativo lesivo, a quantia e forma da indenização.

Também não discordamos pura e simplesmente da corrente doutrinal que adota — veja-se o notado contra-senso — como única possibilidade de indenização ao particular a compensação econômica, nos casos de emanção de atos legislativos legítimos de natureza *não expropriatória*, a garantia *expropriatória* do artigo 33.3 CE/78.

Não há como defendermos uma responsabilização patrimonial do Estado Legislador imputando-lhe o resultado danoso passível de reparação com base numa figura essencialmente ligada ao paralelo instituto da expropriação forçosa: o sacrifício especial *em sua acepção clássica tradicional*.

Para nós, a atividade expropriatória (Art. 33.3 CE/78) não se inicia automaticamente onde termina a atividade reguladora da função social do direito de propriedade (Art. 33.2 CE/78). A fronteira não é assim tão nítida e de fácil distinção.

A violação do direito de propriedade por uma lei restritiva e lesiva não pode (supervenientemente) “*adquirir carácter expropriatório*” pelo simples fato de ultrapassar a virtual barreira de proteção do conteúdo essencial. E esse eventual traspasse não pode ocasionar, sem mais, a mudança do conteúdo material restritivo da lei interventiva que passará inexplicavelmente a ser expropriatória.

Por que a vítima do dano legislativo terá necessariamente que defender-se contra esta equiparação imposta *inaudita altera parte* com base simplesmente numa interpretação extensiva do conceito de privação singular extraída da atual sistemática jurídica posta (Art. 33.3 CE/78 c/c Art. 1º LEF/1954)? Por que desvitar-se a máxima jurídica de que quando há indícios de lesão e sacrifício a direito a interpretação hermenêutica da norma lesante deve ser também de cunho restritivo (e não extensivo como hoje se observa)? Classificar (por equiparação) o dano legislativo causado como um sacrifício expropriatório a ser compensado pela via do Art. 33.3 da CE/78 não agrava desnecessariamente a situação passiva da vítima sem prejuízo de restringir-lhe consideravelmente o direito à defesa e ao contraditório em razão da força do ato estatal tido por extremado?

Como se vê, não se pode aceitar em Espanha, a exemplo do que ocorre na Alemanha, a figura da *intervención equiparável à expropriação*⁴⁶⁵ simplesmente porque a atividade expropriatória estatuída pelo constituinte de 1978 não pode confundir-se com uma atividade — em tese, não extremista — de configuração e/ou regulação legislativa de um direito. Ou a intervenção é expropriatória ou limitativa ou restritiva.

Tampouco somos partidários do binômio *expropriação legislativa ou “ope legis” — lei materialmente expropriante ou com efeitos expropriantes* como centro conflitivo diferenciador e ao mesmo tempo concentrador das hipóteses indenizáveis emergidas dos danos de origem legislativa, ambas convergentes à garantia indenizatória (expropriatória) do Art. 33.3 da CE/78, não importando a forma ou a via que haja desembocado no instituto expropriatório conforme outrora defendido por BARNÉS⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Assim nos explica Emilio EIRANOVA ENCINAS, *op. cit.*, p. 296. Segundo o autor, “*la jurisprudencia habla de intervención equiparable a una expropiación cuando se interviene contra Derecho (voluntaria o involuntariamente) a través de medidas soberanas sobre un objeto de protección, y por tanto, se impone al damnificado un sacrificio especial en beneficio de la comunidad (BGH NJW 94, 1647). Esta institución de responsabilidad se deriva de la Einleitung ALR 74, 75 (BGH NJW 90, 3260)*” — grifo do autor. Mesmo que *involuntária*, a intervenção de natureza não expropriatória seria equiparável a uma expropriação desejada e previamente calculada, para fins de percepção da garantia indenizatória.

⁴⁶⁶ BARNÉS, *op. cit.*, 1995, p. 46.

A garantia expropriatória do artigo 33.3 da CE/78 não precisa converter-se forçosamente numa cláusula indenizatória *universal* capaz de agasalhar todo e qualquer caso de indenização a cargo de quaisquer um dos três poderes do Estado, como se fosse a única via ressarcitória admissível pelo atual sistema.

Também não nos convence a concepção de que a responsabilidade patrimonial emergida do Art. 106.2 da CE/1978 se configura como *uma (última, quiçá) alternativa* à garantia expropriatória em todas aquelas hipóteses em que esta não resultar procedente por não constituir-se o sacrifício sofrido pelo patrimônio privado consequência de uma expropriação, conforme sugerido por Javier PARDO FALCÓN⁴⁶⁷.

O vazio dogmático engendrado pela má técnica e pela auto-proteção legislativa não nos dá razão, ao final, de equiparmos um instituto ao outro aplicando-lhes os mesmos efeitos garantistas.

A equiparação e a consequente ampliação do conceito de expropriação forçosa com vistas a agasalhar os novéis atos lesivos oriundos do Parlamento no conceito de privação singular por “mera cessação de direitos” não pode servir de subterfúgio à solução da questão, em que pese hoje apresentar-se como o caminho mais fácil.

Não pode, portanto, a garantia “expropriatória” do Art. 33.3 servir de *suporte aplicativo subsidiário* à distinta garantia indenizatória do Art. 33.2 c/c Arts. 9.3 e 53.1, todos da CE/78. Não deve a primeira constituir-se em válvula de escape da segunda, ou vice-versa.

A ser assim Espanha estaria a incorrer no mesmo equívoco expansionista dos alemães que “(...) *en su afán por dar una base constitucional a las intervenciones*

⁴⁶⁷ PARDO FALCÓN, J. «El Tribunal Constitucional y la propiedad», em BARNÉS, J. (Coordenador). *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 84: “*Como es bien sabido, el principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos recogido en el art. 106.2 CE se configura en nuestro ordenamiento jurídico como una alternativa a la garantía expropiatoria en todas aquellas hipótesis en las que no procede esta última por no ser el sacrificio sufrido por el patrimonio privado consecuencia de una expropiación*”. O autor afirma que do Art. 106.2 CE/78 deriva uma responsabilidade dos poderes públicos enquanto a maioria doutrinária entende que a responsabilidade derivada de dito dispositivo constitucional é exclusiva da Administração Pública. Estamos acordes com a corrente majoritária por entender que a generalização proposta não é extensível ao Poder Legislativo que não presta nenhum serviço público na acepção jurídica do termo.

administrativas, han considerado como expropiación simples actos que carecen de la nota del procedimiento expropiatorio”⁴⁶⁸.

Não pode existir aqui e em nenhum outro lugar do mundo um instituto jurídico *tertius genus* que embase uma responsabilidade civil por atos legislativos restritivos e ao mesmo tempo limite o dever de indenizar do Estado ao regime jurídico indenizatório aplicável com exclusividade e como resposta jurídica aos sacrifícios impostos por atos de expropriação. Ambos os regimes jurídicos indenizáveis correm em paralelo, às vezes chocam-se, às vezes tocam-se, às vezes servem de parâmetro para a evolução do outro, mas nem por isso chegam a completarem-se formando um só instituto garantista e versátil como se pode extrair do estudo da questão pontual que ora nos ocupa.

Não nos parece razoável defender a idéia de que todas as possíveis hipóteses desencadeantes da Responsabilidade do Estado Legislador acabem resumindo-se a uma reação jurídica que o ordenamento atual dá à prática de danos legislativos com causa numa expropriação impositora de um sacrifício singular e especial, sobretudo quando o ato de imputação dessa responsabilidade recaia sobre uma lei dotada de efeitos ditos “expropriantes” incapazes sequer de promover a transferência parcial de domínio ao poder público ou mesmo a um terceiro habilitado à consecução de uma finalidade pública e social⁴⁶⁹.

Neste ponto, insistimos: o que fazer nesta hipótese — mais bem de requisição do que de expropriação propriamente dita — em que a lei interventiva restritiva está

⁴⁶⁸ NIETO, *op. cit.*, 1962, p. 106. Merece destaque também o seguinte pensamento do autor consignado às páginas 92/93 de seu articulado: “La expropiación forzosa...está dotada de una fuerza expansiva tan extraordinária que pronto va a salirse de este modesto papel para absorber e integrar en ella la mayor parte de los supuestos de la indemnización administrativa, de tal manera que de simple excepción de una regla vendrá a ocupar ella misma, al final de una evolución imperialista, la categoría de regla, para soportar por su parte algunas, pero muy pocas, excepciones.

(...) En todo caso, hay que tener siempre presente un dato fundamental: la expansión de la expropiación no se realiza a costa de una extensión de la responsabilidad del Estado, sino, posteriormente, a costa de absorber las demás figuras explicativas de tal responsabilidad, una vez que ésta ha sido declarada. Dicho de otro modo, y de una manera simplista, la responsabilidad del Estado, que a fines del siglo XIX se entiende todavía de una manera muy restringida, puesto que sólo se admite cuando una Ley la habilite expresamente, empieza a extenderse por impulso jurisprudencial, basado ordinariamente en una aplicación amplia de la teoría del sacrificio. Pues bien, teoría del sacrificio y *en los casos en que la responsabilidad del Estado ya está admitida y justificada por la misma, sustituir tal justificación por la teoría de la expropiación*”. Destaques do autor.

⁴⁶⁹ Quanto a este ceticismo já se pronunciara Stefano RODOTÀ (*El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*, prólogo e tradução de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1987, p. 416). Defende o renomado civilista italiano que, pese a multiplicidade de estatutos ínsitos no moderno conceito de propriedade e os seus respectivos regimes jurídicos regulatórios, a verdade é que parece muito difícil admitir a substituição de uma noção tradicional de expropriação ligada à idéia de transferência por outra que abarque também outras contemporâneas hipóteses «não traslativas de domínio».

dotada e caracterizada de uma eficácia temporal limitada: atribuir-lhe extensivamente um caráter (\neq natureza) expropriatório sem, contudo, reconhecer qualquer direito à compensação pelo particular lesionado como outrora ocorrido na Itália⁴⁷⁰?

Enfim, convencidos que estamos de que as leis de estrutura singular fazem sim parte do cotidiano dos parlamentos e dos ordenamentos jurídicos, dentre eles o espanhol, e de que o seu caráter formalístico apenas sofreu uma visível mutação em sua estrutura sem, contudo, evadir-se do conceito unitário de lei adotado pela Constituição de 1978, resta questionarmos como os seus respectivos contextos materiais podem efetivamente causar danos aos seus destinatários.

1º (primeiro), antes de seguirmos, há que se ter novamente em conta que as leis de estrutura formal singularizada não estão cingidas a servirem unicamente de instrumento de execução de um outro comando constitucional ou legislativo. É perfeitamente possível que elas inovem imperativamente no ordenamento jurídico impondo ao(s) seu(s) destinatário(s) novas situações jurídicas estando dotadas de verdadeira carga constitutiva de direitos e obrigações.

Se fossem dotadas apenas de efeitos executivos/aplicativos não passariam de meros atos administrativos sem conteúdo material emitidos pelo Legislativo, como autênticas leis-medidas, cambiando o nosso foco de discussão.

Podendo ser também *inovativas ou constitutivas* têm elas capacidade autônoma para normatizar o caso ou determinadas circunstâncias concretas causando, só por si,

⁴⁷⁰ Referimo-nos aos argumentos lançados pela Corte Constitucional Italiana nas sentenças de nº 55 e 56 de 1968 destinadas, respectivamente, a aferição da constitucionalidade das leis nº 1.150 de 1942 (vínculos urbanísticos impostos sobre a propriedade por planos de ordenação) e nº 1.497 de 1939 (proteção de paisagens naturais). Segundo nos informam Gian Franco CARTEI e Marcello CLARICH em seus artigos «La propiedad en la Constitución Italiana» e «La Responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento italiano: caracteres generales y tendencias recientes», ambos insertos na obra coletiva coordenada por Javier Barnés Vázquez intitulada *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 206/207 e 1.019, na 1ª dessas sentenças (nº 55/1968) a Corte Costituzionale fundada no parágrafo 3º do Art. 42 da atual Constituição Italiana declarou a natureza expropriatória da lei nº 1.150/1942 estabelecendo que toda limitação singular que exceda o conteúdo essencial do direito de propriedade gera a obrigação de indenizar, com exceção das limitações dotadas de uma eficácia temporal limitada. Na 2ª sentença (nº 56/1968) a Corte tratou de confirmar essa exceção. Em resumo: o Alto Tribunal afirmou que existe expropriação não só nas hipóteses de transferência coativa da titularidade de um bem do sujeito privado a outro público, mas também quando o conteúdo do direito de propriedade é modificado ou menoscabado essencialmente. Esses julgados encontram-se disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <http://www.cortecostituzionale.it>

danos na esfera jurídica de seus destinatários. Nesse sentido, seria a lei singular de intervenção, e somente ela, o ato legislativo objeto de impugnação porque dele se irradiaram diretamente os efeitos concretos e negativos no âmbito patrimonialmente protegido dos particulares.

Por todas essas nuances e coerência com a nossa tese, mister se faz que adotemos uma terminologia própria na tratativa de tais hipóteses em que leis singulares de intervenção incidam na esfera particular causando danos sem, contudo, caracterizarem uma expropriação.

Isto porque entendemos que nas leis restritivas de direitos fundamentais a classificação de justiça recai sobre o seu *conteúdo* e não sobre a sua *natureza* (formal, material, formal-material) como as de cunho expropriatório.

Daí defendermos a expressão «*lei singular de intervenção com efeitos restritivos de direitos (ou de interesses legítimos)*» como uma locução capaz de traduzir o que ora tentamos adentrar porque a mesma é capaz de agregar, simultaneamente, as seguintes características: a) a de ser uma lei de estrutura formal singular emanada pelo Estado Legislador sob o permissivo constitucional; b) que tem como função principal a de intervir direta e legitimamente na esfera patrimonial do administrado; c) que a atividade interventiva estatal é capaz de impor no corpo da lei efeitos concretos do tipo restritivos ao direito de propriedade do particular sem, todavia, enquadrar-se no elástico conceito de expropriação; d) que, por sua natureza constitutivo-restritiva, é capaz de gerar danos passíveis de compensação.

Outrossim, de modo reflexo, tal locução põe de manifesto que apesar da possibilidade das leis de estrutura formalmente singular apresentarem-se como leis materialmente danosas não podem ser elas confundidas (como corriqueiramente sói ocorrer) com a figura afim das expropriações singulares *ope legis*, lei singular interventiva de *natureza* expropriatória.

As expropriações singulares *ope legis* — conforme deixou inquestionável o TC no caso Rumasa — são de fato uma dentro das várias modalidades de lei de estrutura singular. Seu objetivo é de intencionalmente expropriar bem, direito ou interesse

legítimo do administrado em prol do interesse público ou social fazendo o legislador excepcionalmente às vezes da Administração.

Ditas características, porém, não podem aplicar-se *tout court* às leis singulares de intervenção com efeitos restritivos de direitos ou interesses legítimos (leis de conteúdo “quase expropriatório”) porque estas não estão necessariamente vinculadas à finalidade clara, manifesta e previamente adotada de expropriar, de suprimir, de quitar, de tolher, de transferir coativamente, etc., enfim, de tornar seu pelo uso do poder e da força bem e direito originariamente pertencente a outrem.

Nesta espécie de leis as restrições impostas ao direito de propriedade podem chegar a configurar-se por circunstâncias alheias ou mesmo imprevistas à vontade originária do legislador. Os sacrifícios — originariamente não imaginados e projetados — por elas gerados podem não ter tido inicialmente como causa a intenção legislativa direta de lesar como na expropriação, mas em face de alguma ou outra externalidade o resultado foi o menoscabo, a ablação patrimonial do seu destinatário que deve ser de algum modo passível de compensação.

7.1.2.b) O caso da antecipação compulsória da idade de aposentadoria de juízes e magistrados pela Lei Orgânica 6/1985, de 1º de julho, do Poder Judicial: o TC e a tese da 3ª (terceira) via

Caso bastante conhecido no Direito espanhol foi a intensa discussão nas barras dos tribunais superiores (TC e TS) acerca do direito de indenização das perdas econômicas e dos prejuízos materiais *em tese* sofridos pelos juízes e magistrados com o advento da Lei Orgânica nº 6/1985, de 1º de julho, do Poder Judicial — LOPJ⁴⁷¹, que por intermédio de seu Art. 386 reduziu-lhes compulsoriamente a idade limite de aposentadoria de 70 (setenta) para 65 (sessenta e cinco) anos, originariamente⁴⁷² com este texto:

⁴⁷¹ A discussão acerca do adiantamento da aposentadoria compulsória aos 65 (sessenta e cinco) anos foi objeto de milhares de questionamentos judiciais individuais em face da edição de diversos atos normativos que previram tal antecipação [ex.: Real Decreto-Lei 17/1982, de 24 de setembro, que previu tal antecipação de aposentadoria aos funcionários do Corpo de Professores da Educação Geral Básica — EGB (Vide STC 70/1988, de 19 de abril), bem como a Lei 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para a reforma da função pública, que previu a antecipação compulsória de aposentadoria aos 65 anos de *todos* os funcionários públicos (Vide STC 99/1987, de 11 de julho). Porém, preferimos trazer aqui à colação o caso da antecipação referente a aposentadoria compulsória de *juízes e magistrados* em razão da sua grande repercussão após a lavratuta da STC 108/1986, de 26 de julho, na doutrina e até mesmo na jurisprudência do Tribunal Supremo.

⁴⁷² Este artigo foi posteriormente modificado pela Lei Orgânica 7/1992, de 20 de novembro, estando hoje assim redatado, literalmente:

Artículo trescientos ochenta y seis

“La jubilación por edad es forzosa y se decretará con la antelación suficiente para que el cese en la función se produzca efectivamente al cumplir la edad de sesenta y cinco años para jueces y magistrados de todas las categorías”.

O advento do supracitado dispositivo legal trouxe à baila basicamente os seguintes questionamentos: a antecipação da aposentadoria compulsória para 65 (sessenta e cinco) anos foi capaz de provocar danos e prejuízos aos juízes e magistrados que ingressaram nos quadros do serviço público com base na antiga normativa (aposentadoria compulsória aos 70 anos)⁴⁷³? Essa antecipação por parte do Estado-Legislator teve natureza ablatória na medida em que reduziu, de surpresa e também antecipadamente, em 5 (cinco) anos, os ingressos que os funcionários perceberiam se continuassem na ativa? Cabia ao Estado-Legislator indenizar os juízes e magistrados em face das perdas econômicas virtualmente provocadas? Os afetados tinham direito adquirido de se aposentar aos 70 (setenta) anos valendo a medida tão somente para os juízes e magistrados que ingressassem na judicatura a partir da entrada em vigor da LOPJ/1985?

Diante de tais dúvidas o Sr. José María Jesús Gallardon, em representação a um grupo parlamentaríaco composto de 55 (cinquenta e cinco) deputados congressistas, na data de 26 de setembro de 1985, tratou de interpor recurso de inconstitucionalidade contra a citada LOPJ/1985 — em concreto, contra as disposições contidas no seu artigo 122, apartados 1º e 3º, bem como do seu retro transcrito artigo 386 em relação com o regime escalonado previsto na disposição transitória 28.1 por alegada violação dos preceitos contidos nos artigos 9.3, 33.3, 35 e 117.2, todos da CE/1978 —, em síntese, com os seguintes argumentos:

- que o estabelecimento e a redução da aposentadoria compulsória de 70 (setenta) para 65 (sessenta e cinco) anos menoscabava a inamovibilidade dos juízes e magistrados afetando a garantia constitucional da independência judicial;

“**Art. 386. 1.** La jubilación por edad de los Jueces y Magistrados es forzosa y se decretará con la antelación suficiente para que el cese en la función se produzca efectivamente al cumplir la edad de sesenta años.

2. También podrán jubilarse a partir de los sesenta y cinco años siempre que así lo hubieren manifestado al Consejo y General del Poder Judicial con seis meses de antelación, todo ello sin perjuicio de los demás supuestos de jubilación voluntaria legalmente previstos”.

⁴⁷³ Referimo-nos à então revogada Lei Orgânica 1/1980, de 10 de janeiro, do Conselho Geral do Poder Judicial.

- que a falta de estabilidade funcional daria possivelmente ensejo a julgamentos imparciais;
- que a redação final aprovada do artigo 386 constituiu uma “surpresa” pois não constava nos anteprojetos analisados durante a sua elaboração legislativa;
- que a redução compulsória do tempo de atividade laboral em 5 (cinco) anos desrespeitou situações jurídicas consolidadas que haviam gerado direitos públicos subjetivos derivados de uma relação jurídica confirmada;
- que os efeitos da normativa impugnada só poderiam aplicar-se *pro futuro* tão somente aos juízes e magistrados incorporados após o advento da lei;
- que o mandamento legal do artigo 386 constituía-se num *factum principis* (fato do príncipe) já que não possuía uma justificativa plausível de interesse público e que, por consequência, acabaria por neutralizar o exercício de outro poder, o Poder Judiciário;
- que a redução da idade compulsória da aposentadoria para 65 (sessenta e cinco) anos constituiu uma *privação de direitos* desacompanhada da devida indenização garantida pelo artigo 33.3 da CE/78.

O Tribunal Constitucional, por sua vez, proferindo a sentença STC 108/1986, de 29 de julho (Relator Angel Latorre Segura), concluiu o seguinte:

- a) que os juízes e magistrados não tinham *derecho subjetivo* muito menos um *interese legítimo a ser protegido*, mas sim uma *mera expectativa* de se aposentarem com base nos preceitos estatutários vigentes no momento do seu ingresso na carreira judicial, no caso, aos 70 (setenta) anos de idade, idade estabelecida na normativa anterior à impugnada LOPJ/1985, posto que “(...) *quien accede a la función pública como Juez no es titular de un derecho subjetivo a ser jubilado a la edad establecida para ello en el momento de su acceso, sino de una expectativa a ser a tal edad*” (FJ 16);
- b) que em face dos efeitos *pro futuro* emanados pela LOPJ quanto à consequência da aposentadoria antecipada aos 65 (sessenta e cinco) anos não havia que se falar em violação ao princípio da irretroatividade das normas restritivas de direitos individuais descrito no artigo 9.3 da CE/78 por não ter ela (LOPJ) incidido sobre «*relaciones consagradas*» e afetado «*a situaciones agotadas*» (FJ 17);
- c) que o impugnado artigo 386 da LOPJ/1985 não poderia ser taxado de arbitrário violando de igual modo o artigo 9.3 da CE/78 porque, em razão do seu alcance geral estabelecendo a aposentadoria compulsória aos 65 (sessenta e cinco) anos indistintamente a todos os juízes e magistrados, não impôs uma discriminação (FJ 18);

d) que por constituir-se em *mera expectativa* o alegado “direito” de se aposentar aos 70 (setenta) anos — e não aos 65 (sessenta e cinco) como mandava a impuganda LOPJ de 1985 — não haveria que se falar em expropriação e, portanto, em violação da garantia indenizatória do artigo 33.3 da CE/78 aplicado aos casos de privação de *bens, intereses legítimos e derechos* certos, efetivos e atuais, e não de supostos “direitos” eventuais ou futuros.

FJ 20. “(...) falta en el artículo 386 de la LOPJ un elemento indispensable para que pueda calificarse la reducción de la jubilación de medida expropiatoria, cual es que sólo son expropiables y, por tanto indemnizables la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas. Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros. En la medida en que, como se ha dicho reiteradas veces, no existe un derecho adquirido a que se mantenga una determinada edad de jubilación, debe concluirse que de lo que se ha privado a Jueces y Magistrados es de una expectativa, pero no de un derecho actual consolidado, con la consecuencia de que esa privación no es expropiatoria”.

Entretanto, apesar de todos esses argumentos que conduziram ao rechaço pleno do recurso de inconstitucionalidade interposto, tratou o TC de deixar também consignado no fundamento jurídico 22º (vigésimo segundo) da STC 108/1986, o seguinte:

FJ 22. “Una última observación suscita la Disposición transitoria 28.1 de la LOPJ, también impugnada. Establece esta disposición un escalonamiento de edades para aplicar en forma gradual la nueva edad máxima de jubilación y, en este sentido, su constitucionalidad viene confirmada por todos los razonamientos anteriores. Su finalidad evidente es la de paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos. Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación⁴⁷⁴. Pero esta cuestión queda, en todo caso, fuera del ámbito del presente recurso”. Grifei e Destaquei.

⁴⁷⁴ GARRIDO FALLA (1993, p. 126 e 1994, pp. 114/115) entende que o TC, num gesto de «mala conciencia», ao sustentar que eventuais efeitos negativos (prejuízos econômicos graves e certos) causados pela lei declarada constitucional poderiam merecer algum gênero de compensação, acabou por admitir que a responsabilidade do Estado Legislador ademais de comportar as hipóteses de indenização nascidas ou de uma norma de conteúdo expropriatório ou inconstitucional poderia ser ela pleiteada por uma 3ª (terceira) via, por exigências da equidade: a indenização por danos oriunda de uma lei constitucional não expropriatória com base nos artigos 9º da CE/78 c/c o extinto artigo 40 da LRJAE de 1957, hoje substituído pelo artigo 139 da LRJAP y PAC/1992. Seu argumento advém da clarividente formulação contida na STS 2.920/1991, de 11 de outubro, de relatoria do magistrado Emilio Pujalte Clariana, que se

Ora, cotejando as conclusões do TC ao longo da sentença comentada com as razões jurídicas expostas em seu FJ 22, pronto nos vem à mente a seguinte pergunta: não seria um evidente contra-senso o TC negar taxativamente que *não houve* violação da garantia indenizatória do Art. 33.3 CE/78 por parte da redação do Art. 386 LOPJ/1985 ao mesmo tempo em que reconhece que a antecipação compulsória da aposentadoria ao 65 (sessenta e cinco) anos de juízes e magistrados poderia causar-lhes, em razão de seus efeitos negativos, efetivamente prejuízos econômicos merecedores de algum gênero de compensação?

E mais! Se o Art. 386 da LOPJ/1985 é constitucional — porque não constituiu privação alguma de bem ou direito de juízes e magistrados, expropriando-lhes —, sob que base jurídica garantir algum gênero de compensação dos eventuais prejuízos econômicos sofridos que não a garantia do Art. 33.3 da CE/78? O artigo 386 da LOPJ/1985, apesar de não expropriatório, esteve realmente cargado de efeitos danosos passíveis de compensação? Em caso negativo, por qual motivo então tratou a própria lei impugnada de paliar no bojo de seu texto os efeitos gerados pela antecipação da idade de aposentadoria instituindo um escalonamento gradual para a sua efetivação como na sua disposição transitória 28.1?

A resposta a estes questionamentos relativos à hipótese dos efeitos negativos potencialmente causadores de prejuízos econômicos decorrentes da antecipação compulsória da idade de aposentadoria dos juízes e magistrados para os 65 anos — e

dedicou com maestria a averiguar a responsabilidade do Estado Legislador por imposição de aumento de carga tributária e restrição de publicidade incidente sobre bebidas alcoólicas e tabaco, em sede de recurso contencioso-administrativo interposto pela empresa Pedro Domecq S.A, assim se pronunciando:

“Sin embargo, el fundamento jurídico vigésimo segundo de la citada Sentencia núm. 108/1986 del Tribunal Constitucional, abre lo que pudiera llamarse una tercera vía. Tras afirmar la constitucionalidad de la Ley que enjuiciaba y la carencia de un efectivo derecho a cierta edad de jubilación -por tratarse de mera expectativa-, termina diciendo que «Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada (se refiere a la de paliar los efectos negativos del adelanto de la edad de jubilación) y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación...». En análogo sentido se expresa en la Sentencia de 11 de junio de 1987; y el Tribunal Supremo en Pleno, fundamentalmente en Sentencias de 15 de julio y 25 de septiembre de 1987 -aunque existen otras-, expresa que «La reparación de los posibles perjuicios (se refiere a los citados por jubilación)...plantea la cuestión de la responsabilidad del Estado por los actos del Legislador, problema que la doctrina científica y el Derecho comparado abordó en un sentido favorable a declarar esta responsabilidad, cuando la aplicación de una Ley conforme a la *Constitución*, produzca unos graves y ciertos perjuicios y que en el Ordenamiento legal que rige en nuestra Patria encontraría su respaldo y cauce legal en los arts. 9.º de la *Constitución* y 40 de la *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*». Es obvio, por tanto, que a la luz de esta doctrina y junto a la responsabilidad nacida de la norma de contenido expropriatorio o la causada por la inconstitucionalidad de la Ley, se ha dado entrada a esta tercera vía de indemnización por los actos del Estado-legislador cuando «merezcan algún género de compensación» de los perjuicios económicos —graves y ciertos— que irroque al particular una Ley constitucional y no expropriatoria”. Destaque no original.

porque não dizer, também, para as hipóteses de restrições legislativas ao patrimônio particular — até o presente momento ainda não veio de forma expressa por parte do TC e do TS.

Resta-nos averiguar se de fato o TC procurou solucionar tal dúvida nos julgados subseqüentes em que assim se exigiu o seu posicionamento ou se a sua afirmação acerca da possibilidade de algum gênero de compensação para os eventuais prejuízos econômicos dos afetados com a antecipação de aposentadoria não passou de uma mera “sugestão” («petición de principio») dogmática que não chegou a vingar nos campos político, doutrinário e jurisprudencial das vias ordinárias.

Tratando sobre a mesma problemática havida com a antecipação compulsórias das aposentadorias não tardou o TC em pronunciar-se em outros semelhantes casos.

Em 1987, por exemplo, agora voltando-se sobre a antecipação de aposentadoria de *todo o funcionalismo público* de 70 (setenta) para 65 (sessenta e cinco) anos ordenada pelo artigo 33 da Lei 30/1984, de 2 de agosto^{475 476}, no mérito assim manteve o TC em sua STC 99/1987, de 11 de julho (Relator Carlos de la Vega Benayas), o seu anterior posicionamento com algum matiz:

FJ 6. “a) Las situaciones que aquí se dicen afectadas *no constituyen derechos en el sentido que se pretende ni, consiguientemente, se ha operado su privación*. Es indudable que en el campo de la relación funcional, el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la ley ha de respetar, y en ese sentido es claro que ostenta, desde que ingresa en la función pública, el derecho a la jubilación o al pase a determinadas situaciones administrativas, también en la Ley estatutaria prevista. *Pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto*. El funcionario que ingresa al servicio de la

⁴⁷⁵ Originariamente com este texto:

ART. 33.- JUBILACIÓN FORZOSA.

“La jubilación forzosa de los funcionarios públicos se declarará de oficio al cumplir los 65 años de edad. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, tal declaración no se producirá hasta el momento en que los funcionarios cesen en la situación de servicio activo, en aquellos supuestos en que voluntariamente prolonguen su permanencia en la misma hasta, como máximo, los 70 años de edad. Las Administraciones Públicas dictarán las normas de procedimiento necesarias para el ejercicio de este derecho.

De lo dispuesto en el párrafo anterior quedan exceptuados los funcionarios de aquellos Cuerpos y Escalas que tengan normas específicas de jubilación”.

⁴⁷⁶ Dito artigo foi posteriormente modificado pela Lei 13/1996 (Art. 107), de 30 de dezembro, que não chegou a imprimir-lhe modificações textuais consideráveis porque tão somente tratou o “novel” texto de substituir os numerais do texto original (65 e 70) por sua grafia na forma extensa “sesenta y cinco” e “setenta” respectivamente. Tratou-se, em verdade, de uma vaidade técnica do legislador. Hoje, o artigo 33 da Lei 30/1984 foi completamente derogado com a recente entrada em vigor da Lei 7/2007, de 12 de abril, relativa ao Estatuto Básico dos Funcionários/Empregados Públicos.

Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando o bien, en fin, que el derecho a pensión, causado por el funcionario, no pueda ser incompatible por Ley, en orden a su disfrute por sus beneficiarios, en atención a razonables y justificadas circunstancias, porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional (art. 103. 3 C.E.). Por otro lado, no hay que olvidar que, por parte de cada funcionario, se ostenta el derecho a la jubilación y al disfrute (o a solicitarlo, en su caso), de las situaciones administrativas legalmente reconocidas, *pero no el derecho, sino la expectativa frente al legislador a que la edad de jubilación o el catálogo de situaciones continúen inmodificadas por el legislador, en modo que permanecieran tal y como él las encontró al tiempo de su acceso a la Función Pública*. Consecuentemente con lo expuesto, si no existen tales derechos no puede reprocharse a las normas que se impugnan el efecto de su privación y, por tanto, habrá que concluir por rechazar la pretendida vulneración del art. 33.3 de la Constitución. *No hay privación de derechos; sólo alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible. Esto no impide añadir -como se dijo en la STC 108/1986, de 29 de junio, referida al anticipo de la edad de jubilación de Jueces y Magistrados- que esa modificación legal origina una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación.*

b) (...) Y es esa misma Sentencia (108/1986) la que, refiriéndose a la supuesta privación de derechos y vulneración del art. 33.3 de la C.E., añade, a propósito de la jubilación anticipada de Jueces y Magistrados, que el legislador tuvo en cuenta el concepto de expropiación forzosa de la Ley vigente - art. 1, Ley de 16 de diciembre de 1954- que lo definía o define como «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos», que no se compadece con la disposición impugnada, carente de los elementos propios de una medida expropiatoria, uno de ellos que se trate de derechos, no de expectativas jurídicas, y otro que, aun en el supuesto de existencia de un derecho subjetivo a mantenerse el funcionario en servicio activo (con un contenido patrimonial del que se le priva), que se diera el dato de la privación singular propia de toda expropiación, que implica una sustracción o ablación de un derecho, como «sacrificio especial» impuesto a uno o varios sujetos por razones de utilidad pública o interés social, *pero no -como en la jubilación anticipada- una limitación, delimitación o regulación -general- del contenido de un derecho, que no les priva del mismo, sino que lo configura ex novo o modificando una situación normativa general anterior*». Destaquei e grifei.

Como se vê, o TC foi plenamente fiel a sua doutrina exarada na STC 108/1986. Todavia, no que tange ao seu pronunciamento nesta posterior STC 99/1987, entendemos que tratou a Corte de “aclarar” e matizar o entendimento anterior nos seguintes pontos:

1º) tratou de afirmar expressamente que a jubilação aos 65 (sessenta e cinco) anos, em face da ordenança geral constante da redação do artigo 33 impugnado, não configurava uma privação singular classificável como ato expropriatório derivado do sacrifício especial imposto a um ou alguns particulares em nome do interesse público, mas sim uma limitação, uma delimitação ou mesmo uma regulação geral *de um direito* impondo-lhe caráter *ex novo*, ou seja, impôs uma limitação modificando uma normativa geral anterior. Fixou, assim, 02 (dois) pólos extremos: a limitação geral de um lado e a expropriação *ope legis* do outro;

2º) diferentemente da STC anterior (108/1986) em que reconheceu indistintamente que os *efectos negativos* da lei que frustraram expectativas ou que causaram prejuízos econômicos, acaso não corrigidos, poderiam dar causa a algum gênero de compensação, na STC 99/1987 tratou o TC de vincular essa possibilidade de compensação tão somente aos eventuais *prejuízos económicos* descartando, ao contrário do que fizera na 1ª STC, a possibilidade de compensação das *expectativas frustradas*. É o que se observa na comparação dos seguintes excertos, *verbis*:

“Su finalidad evidente es la de paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir *en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos*. Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que *esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación*” (STC 108/1986, FJ 22).

“Esto no impide añadir -como se dijo en la STC 108/1986, de 29 de junio, referida al anticipo de la edad de jubilación de Jueces y Magistrados- que esa modificación legal origina una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos *perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación*” (STC 99/1987, FJ 6º).

Deste comparativo se pode aferir que a redação contida no FJ 22 da STC 108/1986 é mais genérica induzindo-nos a interpretar que os *efectos negativos* incidentes tanto sobre as expectativas frustradas quanto pelos próprios prejuízos econômicos poderiam merecer algum gênero de compensação. Por otro lado, a redação melhor depurada do FJ 6º da STC 99/1987 nos salienta que embora a antecipação da idade de aposentadoria pudesse causar frustração de expectativas, somente quando tratar-se de *prejuízos económicos* é que se poderia ter cogitado algum gênero de compensação. Esta, ao contrário daquela, é mais restrita e precisa no que se refere à possível hipótese indenizável visualizável pelo TC.

Com efeito, outra vez teve a Corte Constitucional a oportunidade de pronunciar-se a respeito da controversa matéria através da STC 70/1988, de 19 de abril (Relator Fernando García-Mon y González-Regueral), relativa a redução da idade compulsória de aposentadoria dos professores da Educação Geral Básica - EGB imposta pelo Decreto-Lei nº 17/1982, de 24 de setembro. À diferença dos demais, o recurso de inconstitucionalidade desta lei suscitou também uma possível vulneração ao artigo 106.2 da Constituição forçando o TC a um pronunciamento sobre esta questão pontual.

No que tange à vulneração do Art. 33.3 da CE/78 por parte do contestado Decreto-lei reafirmou o tribunal o entendimento de que a frustração efetiva de expectativas não pode *equiparar-se* à expropriação de bens e direitos (FJ 3º).

De outra banda, apreciando a alegada inconstitucionalidade do RDL no confronto com o artigo 106.2 da CE/78 entendeu corretamente o TC que o ato normativo não violou o texto magno em face do não enquadramento da função legislativa no conceito de serviço público.

Sem embargo, não perdeu o TC a oportunidade de novamente advogar pela tese da 3ª (terceira) via ao deixar constância de que a modificação no tempo de aposentadoria, afora a evidente frustração de expectativas que gerou, poderia, em determinados casos, dar causa a *prejuízos económicos* merecedores de algum gênero de compensação chegando, inclusive, a exemplificar alguns casos em que o Tribunal Supremo viu-se obrigado a pronunciar-se em tal sentido (FJ 3º).

Não bastasse, a ousadia da Alta Corte em tal *decisum* completou-se com um recado direto ao legislador impositor dos prejuízos, nestes termos:

FJ. 3º. “Por lo demás, y al margen de la solución judicial que se dé al caso aquí planteado, es claro que situaciones como las resueltas por el Tribunal Supremo y como la que ha de enjuiciar la Audiencia de Albacete tendrían más fácil y justa solución si el legislador, que, constitucionalmente ha rebajado la edad de jubilación, revisara también por medio de ley formal y en términos generales los años de servicio activo necesarios para alcanzar los diversos porcentajes previstos para el cálculo del haber regulador. La legislación sobre derechos pasivos descansa en último término sobre el binomio edad de jubilación-años de servicio, y es de pura lógica (y por tanto una razonable exigencia de los ciudadanos en términos de justicia material) que quienes han visto o verán anticipada su jubilación respecto a la edad fijada en el momento de su ingreso en la función pública, y no han podido por ello alcanzar el número de años de

servicio necesario para obtener el haber regulador que hubieran podido lograr de haber permanecido cinco años más en activo, *encuentren una solución que les permita, mediante un ajuste establecido por el legislador, percibir esos mismos haberes pasivos inalcanzables para cada uno de ellos por una decisión legislativa no contraria a la Constitución, pero creadora de perjuicios difícilmente justificables*”. Grifei e destaquei.

Portanto, nesta sentença a Corte deu um passo a mais na tratativa da matéria ao adotar os seguintes considerandos: a) afirmou que o Decreto-lei questionado não incorria em inconstitucionalidade por afronta ao artigo 106.2 da CE/78 e que competia tanto a então Audiência Territorial de Albacete quanto ao Tribunal Supremo, em última instância nas vias de jurisdição ordinária, apreciar o pedido indenizatório alternativo pleiteado naquela questão de inconstitucionalidade e não ao Tribunal Constitucional; b) deixou também consignado que não há que se falar em responsabilidade do Estado-Legislator com base na concepção de um *serviço público de legislação* para efeitos do artigo 106.2 da CE/78; c) tratou outrossim por reconhecer expressamente que há a possibilidade de responsabilização do Estado-Legislator através de norma não contrária a Constituição, sugerindo ao próprio legislador que no seu intento de reduzir a idade de aposentadoria compulsória preocupara-se por fazer um “ajuste”, por intermédio de lei formal e de alcance geral, na relação *idade de jubilação — tempo de serviço* logrando fazer frente à imposição de *prejuízos difícilmente justificáveis* ínsitos neste tipo de casos.

O TC, ao que parece neste julgado, por mais que estivera tentado a pronunciar-se favoravelmente sobre o mérito da pretensão indenizatória argüida na questão incidental de inconstitucionalidade formulada, preferiu deixar a cargo do TS a apreciação final aprofundada acerca da matéria sobre a responsabilidade do Estado-Legislator omitindo-se de declarar a inconstitucionalidade do Decreto-lei por desrespeito a garantia patrimonial dos funcionários públicos apesar de reconhecer a falha do legislador em não adotar mecanismos de equilíbrio entre a sua lícita, porém lesiva atuação regulatória, e os prejuízos difícilmente justificáveis sofridos pelos destinatários da lei, no caso, os professores da EGB e também, por via reflexa, dos demais funcionários públicos.

7.1.2.c) O Tribunal Supremo e a jurisprudência de incompetência

A discussão acerca do problema da responsabilidade patrimonial do Estado oriunda da aplicação de atos legislativos teve como mola propulsora no âmbito dos

tribunais superiores espanhóis as incontáveis demandas ajuizadas contra os diversos atos administrativos destinados a conformar e dar efetividade prática à disposição contida no artigo 33 da Lei 30/1984, de 2 de agosto, norma geral que impôs à época a todo o funcionalismo público a aposentadoria compulsória aos 65 (sessenta e cinco) anos conforme já adiantamos.

Os órgãos administrativos de todo o território em atenção ao comando da lei de 1984 começaram a baixar atos normativos, resoluções, acordos e outros atos administrativos decretando a aposentadoria compulsória de seus respectivos funcionários que, ao seu turno, acabaram por pleitear primeiro administrativa e depois judicialmente em face daqueles órgãos administrativos que decretaram a sua aposentação as perdas e danos oriundos de sua retirada antecipada.

Travaram-se milhares de batalhas judiciais *e.g.* contra a “Delegación del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Valencia (STS 66/1990, de 14 de maio), a “Subdirección General de Recursos Humanos de la Dirección General de Correos y Telégrafos” (STS 173/1990, de 3 de dezembro), o “Gobierno Civil de Guipúzcoa” (STS 52/1991, de 14 de março), etc.

Na apreciação de ditos reclamos fixou o Tribunal Supremo já nas STSs de 15 de julho, 25, 29 e 30 de setembro, todas do ano de 1987, o entendimento de que todos os órgãos administrativos demandados eram competentes para ditar e decretar a aposentadoria compulsória aos 65 (sessenta e cinco) anos dos seus respectivos funcionários. Porém, o que não tinham era competência para resolver sobre os pedidos indenizatórios alternativos formulados pelos funcionários que objetivavam permanecer ativamente por mais cinco anos em seus postos de trabalho.

Nesta perspectiva o Tribunal Supremo construiu⁴⁷⁷ e propagou a doutrina de que o único ente público competente em todo o Estado para decidir administrativamente sobre a procedência ou denegação das indenizações advindas da aplicação do contestado porém constitucional artigo 33 da Lei 30/1984 era o *Consejo de Ministros*, órgão máximo da Administração Pública espanhola que personifica e unifica o Estado na sua relação com os particulares⁴⁷⁸, sobretudo em razão da sua competência para executar atos legislativos e da titularidade do poder de administrativamente regulamentá-los (Art. 97 CE/78).

A tese da incompetência ou ilegitimidade passiva *ad causam* de todos os órgãos administrativos que não o Conselho de Ministros foi defendida com afinco pelo Alto Tribunal Ordinário que, com um certo tom de exagero e falta de cautela⁴⁷⁹, chegou a afirmar textualmente que dentre todas as funções do Conselho de Ministros competia-lhe administrativamente também, em matéria indenizatória, “*la potestad de arbitrar los instrumentos jurídicos conducentes a la indemnización de los daños y perjuicios que se estimen derivados de un acto legislativo que exija la debida reparación para no someter a una persona individual los efectos de una disposición legal fundada en el interés público*” (STS 137/1991, de 17 de junho, FJ 2º, parte final).

⁴⁷⁷ Analisando detidamente a STS 173/1990, de 3 de dezembro, FJ 3º parte final, é possível concluirmos que o Tribunal Supremo adotou como parâmetro de construção e reforço da sua tese da incompetência e ilegitimidade a tese da 3º (terceira) via levantada um ano antes pelo Tribunal Constitucional em sua STC 108/1986, de 29 de junho, relativa à problemática da aposentadoria compulsória de juizes e magistrados imposta pelo artigo 386 da Lei Orgânica 6/1985 do Poder Judiciário, com algum retoque direcionado ao seu intento de evitar a discussão do mérito da matéria relacionada com a responsabilidade do Estado Legislador. Segundo deixou consignado o TS em supradita sentença o direito a uma eventual compensação dos danos e prejuízos ocasionados pelas aposentadorias compulsórias não apresentava *per si* um problema de difícil solução concentrando-se, portanto, o entrave para a sua percepção mais que tudo no procedimento para a sua obtenção perante o órgão competente para denegá-la ou concedê-la na via administrativa, o Conselho de Ministros.

⁴⁷⁸ Cf. neste sentido a título de exemplo as STSs 66/1990, FJ 3º; 173/1990, FJ 3º; 52/1991, FJs 3º e 4º; 99/1991; 106/1991; 154/1991; 188/1991; 228/1991.

⁴⁷⁹ Assim entendemos porque a nosso modesto juízo esse “poder arbitral” («potestad de arbitrar») atribuído pelo Tribunal Supremo ao Conselho de Ministros é fruto de uma interpretação extensiva de origem única e exclusivamente jurisprudencial e pretoriana não irradiada do ordenamento jurídico posto pela CE/78 que, ao menos no que concerne à violação do direito de igualdade na repartição dos ônus e encargos públicos — argumento corriqueiro dos pleitos indenizatórios instaurados —, atribui ao Poder Judiciário e mormente ao TC a competência para julgar se uma lei ou ato normativo impõe efetivamente uma discriminação. Esse equívoco do TS em defender subliminarmente a idéia de que a indenização de danos e prejuízos oriundos da aplicação de uma lei (no caso a da lei 30/1984 que impôs a aposentadoria compulsória aos 65 anos ao funcionalismo público) deva estar inserida na esfera de competência do órgão administrativo máximo, o Conselho de Ministros, curiosamente, se bem observados os fatos e as circunstâncias, foram os que motivaram o legislador da LRJAP y PAC/1992 a estabelecer a mesma linha de princípio no articulado do apartado 3º do artigo 139 na questão atinente a indenização de danos e prejuízos oriundos da aplicação de atos legislativos não expropriatórios cuja indenização só é admissível se o próprio legislador causante do dano assim — no texto da lei danosa — convenientemente o arbitrar. Em ambas as hipóteses o “poder arbitral” ou o livre arbítrio do administrador e do legislador constitui-se no elemento chave para a obtenção da indenização.

Todavía, apesar da firmeza apresentada quanto ao tema da aposentadoria compulsória antecipada durante as décadas de 80 e 90, a desestimação generalizada das demandas indenizatórias fundadas na teoria da responsabilidade do Estado-Legislador não foi uma constante na seara do TS.

A título de exceção a essa tendência denegatória é possível destacarmos uma decisão datada de 23 de fevereiro de 1993 pela qual a Corte decidiu pela imputação ao Estado desta espécie de responsabilidade. Referimo-nos ao caso Pescanova S.A cujo fundamento do pleito indenizatório foram os danos e prejuízos causados pelo ato legislativo de adesão formal da Espanha à Comunidade Económica Européia.

Por intermédio do recurso contencioso-administrativo nº 1.318/90 a empresa Pescanova S.A combateu, no âmbito do Tribunal Supremo, a resolução do Conselho de Ministros datada de 30 de junho de 1989 que lhe indeferiu administrativamente o pleito de indenização dos danos e prejuízos provocados pela adesão da Espanha à Comunidade Económica Européia.

Sua pretensão teve como principais fundamentos os seguintes: a) que a adesão do Reino de Espanha à Comunidade Económica Européia — CEE em face da autorização originalmente contida na Lei Orgânica 10/1985, de 2 de agosto⁴⁸⁰, causou-lhe consideráveis prejuízos econômicos porque o tratado de adesão de 1985, em seu artigo 168, previu a eliminação, ao longo de 07 (sete) anos, das isenções tributárias e aduaneiras incidentes sobre a importação de pescado capturado por empresas estrangeiras participadas ou associadas a empresas espanholas — situação na qual se

⁴⁸⁰ Esse processo de adesão nos explica com detalhes o próprio Tribunal Supremo por exemplo na STS 8.031, de 29 de dezembro de 1997, FJ 2º, com estas palavras, *ipsis literis*: “*Terminado el proceso de negociación para la integración de España en las Comunidades Europeas con la firma del Acta de Adhesión de España y Portugal el 12 de junio de 1985, mediante Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, se otorgó autorización por las Cortes Generales -al amparo de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, con arreglo al cual «mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución»- para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, la cual llevaba consigo la aplicación del Tratado de Roma de 1957, que establece la unión aduanera, y el artículo 31 del Acta de Adhesión se refiere a las medidas transitorias e indica que la última reducción del 10 por ciento tendría lugar el 1 de enero de 1993.*

Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de febrero de 1986 se autorizó la firma del Acta Única Europea, permitiendo una nueva Ley Orgánica, la 4/1986, de 26 de noviembre, su ratificación, que prevé en su artículo 8 la adopción progresiva de medidas para establecer el mercado interior, que terminará el 31 de diciembre de 1992.

Por Ley Orgánica 10/1992, de 29 de diciembre, se autorizó finalmente la ratificación del Tratado de la Unión Europea alcanzado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, cuyo artículo B señala como objetivo el establecimiento de un mercado sin fronteras interiores”.

incluía —, em total afronta aos incentivos que até então lhe estavam sendo concedidos pelas disposições internas contidas no Decreto nº 2.517/1976, de 8 de outubro, posteriormente substituído pelo Real Decreto nº 830/1985, de 30 de abril; b) que em razão das ações de fomento levadas a cabo internamente pelo Governo espanhol e logo de sua abrupta e inesperada adesão à CEE viu preteridos todos os seus maciços investimentos no setor pesqueiro, especialmente em empresas estrangeiras almejando beneficiar-se da isenção, sofrendo, em razão disso, danos e prejuízos efetivos, avaliados economicamente e individualizados passíveis de indenização; c) que por tais motivos deveria o Estado ser responsabilizado patrimonialmente nos termos do artigo 106 da CE/78 e do artigo 40 da Lei do Regime Jurídico da Administração do Estado – LRJAE de 1957.

No mérito da STS 9.740/1993, de 23 de fevereiro (Relator: Pedro Antonio Mateos García), manifestou-se o TS pelo provimento parcial do recurso interposto, em síntese, com este entendimento:

FJ 3º. “(...) es lo cierto que la sociedad actora, en desarrollo y ejecución de la indudable acción de fomento programada por el Gobierno de la Nación y materializada, entre otras disposiciones en el Decreto de 8 de Octubre de 1976 y Real Decreto de 30 de Abril de 1985 contribuyeron a la creación de empresas pesqueras conjuntas y efectuó fuertes inversiones para su constitución, sujeta desde luego a la previa autorización administrativa, en ponderación de los concretos beneficios que se reconocían a los amadoras [leía-se “armadores”] españoles, como [leía-se “como”] eran créditos a la exportación de buques de pesca en explotación, (los cuales debían reunir los requisitos establecidos), cobertura de los riesgos de inversiones y sobre todo la importación [d]e pescado con exención del pago de derechos arancelarios y compensatorios variables, no siendo ocioso advertir, además, que la actividad gubernamental estaba inspirada por poderosas y variadas razones derivadas de las dificultades de la flota pesquera española para encontrar caladeros, una vez extendidas las aguas territoriales los distintos países, y de la necesidad de abastecer el mercado interior, conservar los empleos de los pescadores, mantener la actividad de nuestros astilleros, etc. y si esto es así, si los particulares acomodaron su actividad a la política de fomento plasmada en las disposiciones más arriba reseñadas y si el propio gobierno español., con las necesarias autorizaciones, promovió y dio lugar al Tratado de Adhesión suscrito por el Reino de España, en el que resultaron eliminados, aunque fuera progresivamente, los cupos exentos de arancel, que, según parece, era el mayor beneficio para las empresas pesqueras españolas...**deviene procedente la indemnización cuestionada, habida cuenta, en primer lugar, la existencia de derechos o al menos intereses patrimoniales legítimos, cuyo sacrificio particular se impuso por las determinaciones que hemos relatado, sin que las respectivas sociedades tengan el deber jurídico de soportarlo, y además porque concurren cuantos requisitos exige nuestro ordenamiento para dar lugar a la**

responsabilidad patrimonial del Estado, esto es **daño**, no causado por fuerza mayor, efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que es consecuencia directa, (nexo causal), de los concretos actos que se aducen y que hemos [leía-se “hemos”] examinado como [leía-se “como”] **determinantes de la lesión patrimonial**, no debiéndose olvidar tampoco que el *Real Decreto 830/85*, fue publicado y entró en vigor el día 6 de Junio de 1985, en tanto que el Tratado fue suscrito pocos días después, el 12 de iguales mes y año”.

FJ 4º. “(...) aunque diéramos por supuesta hipotéticamente la inexistencia de un autentico y plenamente configurado derecho adquirido, por la anual fijación de los cupos exentos, la realidad es, repetimos, que el Gobierno desarrolló una muy concreta acción de fomento para la constitución de empresas pesqueras conjuntas, con los fines analizados con anterioridad, reconociendo a cambio unos particulares beneficios, representativos de intereses patrimoniales legítimos, y si estos se interrumpen o disminuyen, cual ha sucedido, por la voluntad de los órganos competentes del Estado, *en modo alguno cabe negar el subsiguiente derecho a la indemnización correspondiente*, la cual además estaría incluso avalada, tanto por los Principios de la buena fe que debe inspirar la relación de la Administración con las particulares y de la seguridad jurídica, como por el equilibrio de prestaciones que debe existir entre una y otros en el desarrollo de relaciones, como las que contemplamos, preestablecidas y con finalidad determinada, aunque, en otro orden de ideas, ***parece que también puede afirmarse la existencia, no de meras expectativas, sino de verdaderos derechos adquiridos para alcanzar los beneficios establecidos***, pues los cupos exentos, aunque se fijen anualmente por la Dirección General de Ordenación Pesquera, han de señalarse atendiendo al “...pescado capturado por los buques nacionales aportados o vendidos por empresas pesqueras españolas a las conjuntas que hayan constituido (*artículos 3.c) del Decreto 2517/1976 y del Real Decreto 830/1985*), lo cual quiere decir en realidad, que las aludidas empresas españolas eran portadoras no ya sólo como decíamos de intereses patrimoniales Legítimos, sino también de un derecho, en cuanto lo tienen acreditado para disfrutar del correspondiente cupo, sea en mayor o menor medida, con interdicción, desde luego, de toda arbitrariedad y aunque haya de fijarse preceptivamente todos [leía-se “todos”] los años, sin olvidar que la entidad demandante no ejercita una pretensión de reconocimiento de un derecho adquirido, **sino una pretensión indemnizatoria por lesión producida con ocasión de la adopción de actos emanados del Poder legislativo o de medidas no fiscalizables en vía contencioso-administrativa**; (...)”. Grifei, destaquei e sublinhei.

Como se denota entendeu o TS que o Estado (Estado-Legislador⁴⁸¹) deveria sim ser responsabilizado pelos câmbios radicais e imprevisíveis de uma ação dirigista de

⁴⁸¹ A STS não empregou a terminologia “Estado Legislador”, mas deixou explicitado nas seguintes passagens constantes, respectivamente, do FJ 3º “(...) *al haberse alcanzado el acuerdo con la C.E.E. mediante la suscripción el Tratado de Adhesión, en cuya virtud se cedió soberanía en materia de pesca, o incluso y más propiamente como consecuencia de las determinaciones de Poder legislativo, en cuanto las Cortes concedieran la autorización para la prestación del consentimiento del Estado, a medio de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de Agosto*” e do FJ 4º “(...) *sino una pretensión indemnizatoria por lesión producida con ocasión de la adopción de actos emanados del Poder legislativo o de medidas no*

fomento provocadora de prejuízos concretos a particulares advindos de uma posterior adesão e conseqüente aplicação de um tratado internacional fundamentando o *decisum* sob a égide de novéis princípios tais como o da boa-fé, o da confiança legítima, o da segurança jurídica e ainda o do equilíbrio de prestações entre Estado e administrado.

Restou curiosamente consignado no julgado que o magistrado-relator seguido por seus pares — em que pese desenvolverem seu raciocínio com base nos consagrados conceitos de lesão,nexo causal, dever jurídico de não suportar a incursão estatal⁴⁸² ínsitos na teoria da responsabilidade patrimonial do Estado — empregaram indistintamente as expressões “prejuízo”, “lesão” e “dano” como sinônimas, sem detrimento da equiparação (ao menos no campo léxico) formulada entre a figura do *dano* efetivo, avaliado economicamente e individualizado com a figura do *sacrificio singular* própria do instituto expropriatório, “conscientes” que eram de que o artigo 40 da extinta LRJAE/1957 falava única e exclusivamente de “lesão”.

Não bastasse, também chama a atenção a dúvida do TS em classificar como *interesse legítimo* ou ainda como *dereito adquirido* a pretensão da recorrente empresa Pescanova S.A.

Sem embargo, o que mais interessa do estudo de dito aresto é deixar consignado que, pese o esforço dogmático e justiceiro do Tribunal Supremo em resolver dito conflito de interesses, sua doutrina não fundou-se em base sólida.

Na parte dispositiva da sentença o TS limita-se a afirmar que “*el Estado, por el concepto de responsabilidad patrimonial, ha de indemnizar a la sociedad recurrente en la concreta cantidad que será fijada en ejecución de sentencia*” porque o acordo do Conselho de Ministros de 30 de junho de 1989, que denegou administrativamente a pretensão indenizatória da autora Pescanova S.A, não era conforme ao Direito. Nesse esteio, perguntamos: a que Direito?

fiscalizables en vía contencioso-administrativa” que a problemática ali enfrentada era a responsabilidade do Estado-Legislador.

⁴⁸² Neste aspecto assim se pronuncia GARRIDO FALLA (1994, p. 120): “*¿Pero es que acaso los particulares no tienen el deber jurídico de acatar y soportar las leyes, e incluso los actos administrativos singulares de carácter expropiatorio? Una vez más tendremos que recordar los viejos principios: que el Estado mande...pero que pague. Dejando aparte los derechos y libertades fundamentales, es ésta la simple fórmula que explica la teoría de la conversión obligatoria de los derechos patrimoniales en su contenido económico*”.

Da análise da decisão é possível aferirmos que o pedido da autora só não foi estimado *in integrum* porque a Corte entendeu que a satisfação da indenização deveria obedecer não aos valores inicialmente estipulados e que correspondiam ao somatório dos percentuais máximos de isenção fiscal (máximo valor que poderia ser alcançado com a isenção de impostos), mas sim com base num “correto mecanismo” proposto pelo *Subdirector General de Ordenación Económico-Pesquera* que apurasse o valor da indenização devida com base nos “*despachos aduaneros realmente efectuados, que pueden o no alcanzar aquel límite*” realizados entre 1º de janeiro de 1987 e 31 de dezembro de 1992 (FJ 6º).

O fundamento jurídico que a baseou (responsabilidade) foi aquele invocado inicialmente pela autora na petição inicial que indicou como suporte da pretensão as disposições contidas no artigo 106 da CE/78 e no artigo 40 da LRJAE/1957, mandamentos legais estes que representavam à época o microssistema e o regime jurídico indenizável imputável ao Estado por lesões derivadas do funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos ou de medidas não fiscalizáveis em via contenciosa-administrativa.

Isto significa dizer que a imputação da responsabilidade civil da Administração deveria estar calcada necessariamente em pelo menos uma dessas hipóteses: ou o ato administrativo emanado a prestar o serviço público, gerador da lesão ao particular, enquadrava-se no qualificativo de ato “normal, porém lesivo” ou “anormal” ou, alternativamente, como uma “medida” (administrativa ou mesmo política) não fiscalizável na via contenciosa.

O Tribunal ao afirmar que a pretensão tinha por objetivo condenar ao Estado-Legislator o que fez foi tentar trasladar os conceitos ínsitos na responsabilidade administrativa pregada pela LRJAE/1957 explicando a dilapidação patrimonial sofrida pela autora com base num sacrifício particular moldado pelo conceito elástico de privação singular trazido pela LEF/1954, confundindo e mesclando os institutos com vistas a construir um argumento razoável e defensável à solução da pendenga jurídica que se afrontava.

Nesse diapasão, perguntamos: qual a tese que ficou consignada no julgado: a da responsabilidade do Estado-Legislator por deficiência e lesão oriunda da prestação

de um serviço público ou considerou-se como “medida não fiscalizável na via contenciosa-administrativa” a lei orgânica que autorizou a adesão da Espanha à CEE?

A nosso ver, nenhuma nem outra. A uma, pela clara impossibilidade de vincular a responsabilidade civil/patrimonial pela aplicação de atos legislativos ao conceito de serviço público. A duas, porque tampouco restou definido se o ato lesivo considerado pelo TS foi a lei orgânica autorizadora da adesão ou o próprio ato governamental de celebração do tratado. Ao revés, deixou o colegiado a entender que o ato gerador da lesão fora a lei em si sendo, pois, o ato posterior de celebração e ratificação da autorização uma mera consequência lógica e imediata daquele emanado pela Corte Geral nos termos do Art. 93 da CE/78.

Analisando outros casos semelhantes enfrentados pela Corte é possível afirmarmos que a tese impingida pela decisão do caso Pescanova S.A. e outras demandas formuladas por empresas pesqueiras ainda permanece flutuante e demasiado confusa. Senão, vejamos.

Tomando por base o tema da entrada da Espanha no mercado comum europeu convêm aqui destacarmos a linha argumentativa mais recentemente defendida pelo TS nas inúmeras demandas propostas pelos agentes aduaneiros que tiveram, tempos depois, sua profissão extinta em razão da abertura das fronteiras e do trânsito livre de mercadorias consequência da entrada em vigor da Ata Única Européia.

A questão jurídica de fundo destas demandas é idêntica ao caso ajuizado pelas empresas pesqueiras, conforme reconhecido pela própria Corte na STS 8.031/1997, de 29 de dezembro, ora objeto de nossa análise.

QUINTO. – “(...) La sentencia de 5 de marzo de 1993 de esta misma Sala, cuya doctrina ha sido seguida por la de 27 de junio de 1994, aun reconociendo que la eliminación de los cupos de pesca exentos de derechos arancelarios, derivada del Tratado de Adhesión a la Comunidad Europea, podía considerarse producida «incluso, y más propiamente, como consecuencia de las determinaciones del poder legislativo», reconoció en el caso allí enjuiciado la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado, por apreciar que los particulares perjudicados habían efectuado fuertes inversiones -que se vieron frustradas- fundados en la confianza generada por medidas de fomento del Gobierno, que a ello estimulaban, plasmadas en disposiciones muy próximas en el tiempo al momento en que se produjo la supresión de los cupos, de tal suerte que existió un sacrificio particular de derechos o al

menos de intereses patrimoniales legítimos, en contra del principio de buena fe que debe regir las relaciones de la administración con los particulares, de la seguridad jurídica y del equilibrio de prestaciones que debe presidir las relaciones económicas”.

SEXO. – *“Como enseñan estas sentencias, bajo el régimen anterior a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, sólo cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de las leyes y existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos, que pueden considerarse afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable”.*

Da análise do supracitado julgado, cotejando-o com a doutrina formulada no caso Pescanova, verifica-se que o TS nada acrescentou de positivo ao deslinde dogmático da discussão acerca da responsabilidade do Estado-Legislador espanhol na medida em que voltou a vincular (FJ 6º) a clássica figura do *sacrificio singular* e não da lesão como o elemento caracterizador da responsabilidade administrativa fulcrada na LRJAE/1957 (Art. 40)⁴⁸³, com um agravante: o retorno impróprio de uma discussão desnecessária envolvendo atos de imposição de condicionamentos gerais a direitos ou interesses legítimos (limitações administrativas) e atos de imposição de uma privação singular (atos expropriantes). É o que se denota da transcrição do seguinte excerto extraído do FJ 8º:

OCTAVO. – *“Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado propugnada por el actor son, según los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de Administración del Estado y los 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia, que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.*

Lo razonado en los anteriores fundamentos jurídicos nos lleva a la conclusión de que en el caso examinado, aun cuando puedan existir daños y perjuicios para los Agentes de Aduanas como consecuencia de la supresión de barreras arancelarias derivada de la entrada en vigor del Acta Única Europea, los mismos no pueden generar responsabilidad patrimonial para el Estado por existir, dadas sus características, la carga para los afectados de soportarlos, y por no ser, además, imputables, atendidas las circunstancias en que se producen, a medidas de

⁴⁸³ Em que pese o julgamento ter ocorrido em 1997, ou seja, após a entrada em vigor da LRJAP y PAC/1992, aplicou-se no julgado a extinta LRJAE/1957 porque entendeu o TS que o suposto ato de violação patrimonial alegado pelo autor ocorreu em período de *vacatio legis* (dezembro/1992 e fevereiro/1993) da nova regulação dada pela lei de 1992.

sacrificio singular adoptadas por la Administración respecto de determinados particulares, sino a genéricas disposiciones de rango legal, las cuales imponen limitaciones que se proyectan sobre el conjunto de los ciudadanos, aun cuando puedan afectarles desigualmente según los grupos en que se integran”.

Ora, se o que se discute é uma responsabilidade patrimonial por *aplicação* de um ato legislativo lesivo (lei orgânica que autorizou ou ratificou a assinatura da Ata Única Européia e ingresso formal da Espanha no mercado comum europeu) emanado pelo Parlamento, porque invocar desavisadamente como fundamento da decisão uma matéria inerente diretamente às leis e não a atos administrativos de execução das leis? Será que o artigo 53.1 da CE/78 permite que o *administrador* limite o patrimônio ou qualquer outro direito do jurisdicionado, respeitando o seu conteúdo essencial? Obviamente que não. Conforme exaustivamente provado, a competência exclusiva desses casos é do *legislador*.

O regresso tolo a esta discussão (limitação = dever jurídico de solidariamente suportar e sacrificio = garantia jurídica de *não* suportar gratuitamente o prejuízo imposto) carece de todo sentido e só teve o condão de confirmar, sem azo a dúvidas, que o Tribunal Supremo opera o tema da responsabilidade do Estado-Legislator com base em fundamentos e critérios jurídicos flutuantes e vacilantes fruto de um estrabismo dogmático gerado pela indissociação dos institutos e dos regimes jurídicos indenizatórios aplicáveis à expropriação forçosa e à responsabilidade civil estatal propriamente dita.

Noutras palavras: o que se percebe é que em se tratando de danos oriundos de leis constitucionais de índole não expropriatória (ato legislativo lícito, portanto) o TS aplica a teoria da responsabilidade *administrativa* — até porque só admite uma responsabilidade do Estado-Legislator indireta concretada por um ato administrativo executor posterior — sem, contudo, desvincular-se da idéia de que nestes casos a regra é que o próprio legislador ou próprio Conselho de Ministros são os que devem por iniciativa própria⁴⁸⁴ reconhecer e atribuir um montante ou ao menos um mecanismo de

⁴⁸⁴ Esta foi por exemplo a tónica adotada pela STS 7.864, de 19 de dezembro de 1997 onde o autor pleiteava ante ao TS indenização em face dos supostos danos e prejuízos que lhe ocasionou o acordo do Conselho de Ministros de 6 de junho de 1969 que ordenou abruptamente o fechamento do posto de controle aduaneiro e policial do município de *Línea de la Concepción*, fronteira com Gibraltar, e que, por conseguinte, impediu-lhe de diuturnamente cruzar a fronteira e de gerenciar o seu negócio que foi à bancarrota em razão da medida administrativa tomada. Neste julgado entendeu o TS que a medida de política exterior adotada pelo governo fora lesiva conforme *mea culpa* reconhecida pelo próprio Conselho de Ministros. Ato contínuo, ratificou o direito do autor a ser indenizado afirmando que a medida

satisfação da indenização ou, não sendo este o caso, que o dano seja compensado sob as bases da *aestimatio rei* ínsita na garantia indenizatória expropriatória contida no artigo 33.3 da CE/78. A visão do TS é nesse sentido míope e desfocada.

A linha argumentativa adotada e desenvolvida até aqui pelo TS no estudo prático do tema relacionado com a responsabilidade civil por atos legislativos do Estado também não condiz com a premissa fixada pela Corte na solução do caso Domecq S.A. julgado em 11 de outubro de 1991 (STS 2.920) onde reconheceu inicialmente⁴⁸⁵, com certa brilhantez e clareza, que ao lado das expropriações *ope legis* figura *pari passu* o regime indenizatório baseado numa responsabilidade civil por atos legislativos lícitos ou constitucionais de natureza não expropriatória constituinte de uma 3ª (terceira) via passível de algum gênero de compensação conforme aludido pelo TC nas STCs 108/1986 e 99/1987⁴⁸⁶.

Por tais fatos e razões é possível admitirmos que até finais do ano de 1992 a posição do TS quanto ao tema da responsabilidade pelo fato das leis consistiu em: a) quanto ao tema das aposentadorias compulsórias aos 65 anos, negar a responsabilidade do Estado por deficiências formais das demandas, especialmente no que se refere à legitimidade passiva dos órgãos administrativos para dirimir questões inerentes a pleitos indenizatórios derivados da aposentação em face da competência única e exclusiva do Conselho de Ministros na resolução da matéria; b) provimento das demandas ajuizadas com suporte em danos concretos provocados por atos de aplicação de leis anteriormente declaradas inconstitucionais; c) quanto aos danos provocados por leis constitucionais, 03 (três) foram os supostos indenizatórios admitidos pela Corte: 1º) casos de sacrifícios individuais gerados por expropriações *ope legis* ou leis com efeitos expropriatórios (Art. 33.3 CE/78); 2º) casos em que o Conselho de Ministros, emanando atos administrativos não fiscalizáveis judicialmente na via contenciosa-administrativa,

administrativa adotada foi de cunho discricional não fiscalizável na via judicial deixando transparecer, nas entrelinhas, que a única solução indenizatória nestes tipos de casos (medidas não fiscalizáveis na via contenciosa-administrativa) é a estipulação de uma compensação pelo próprio agente lesivo a título livremente arbitral de acordo com sua conveniência, oportunidade e senso de justiça.

⁴⁸⁵ “Inicialmente” porque tanto no preâmbulo quanto no próprio mérito da causa o TS, após reconhecer a existência de uma possível 3ª (terceira) via surgida da interpretação conjulgada dos artigos 9º da CE/78 e 40 da LRJAE/1957, faz alusão de que a responsabilidade do Estado-Legislador deriva de «*principios expropriatorios*» ligados aos dogmas do instituto de expropriação forçosa regulado pela LEF/1954 negando o conceito de lesão. A demanda foi improvida porque a empresa Domecq não conseguiu provar os danos e prejuízos que lhe causaram o alegado sacrifício particular decorrente do aumento de impostos previstos no Art. 41 da lei de 26 de dezembro de 1981 e da restrição de publicidade fomentando a venda de bebidas alcoólicas imposta pela lei de 11 de novembro de 1988.

⁴⁸⁶ As outras 02 (duas) vias indenizatórias (relembre-se) são as hipóteses de leis com efeitos expropriatórios (Art. 33.3 CE/78) e a de leis declaradas inconstitucionais pelo TC.

reconhece voluntariamente, a título de *mea culpa*, o dever de indenizar os danos e prejuízos provocados pelos efeitos concretos de tais atos e; 3º) casos em que o ato oriundo da *aplicação de uma lei constitucional não expropriatória* provocasse um efetivo sacrifício singular patrimonial ao particular em razão da implementação, pelo Governo, de um câmbio brusco e inesperado na política econômica-fiscal e dirigista que acabaram por frustrar a boa fé, a confiança legítima, o equilíbrio patrimonial e (em alguns casos) a igualdade na repartição das cargas públicas.

Dita trilhagem jurisprudencial deixou-nos alguns ensinamentos destacando-se aqui os principais: a) a responsabilidade civil do Estado pela *edição* de atos legislativos confunde-se com a responsabilidade por atos de *aplicação ou execução das leis*; b) o ato legislativo causador do dano foi considerado em seu sentido mais amplo sendo, pois, utilizado como um sinônimo de ato normativo (ato legislativo = resolução = acordo, etc.) e englobador de toda e qualquer atividade executória ou mesmo de regulamentação estatal.

7.1.2.d) O Tribunal Supremo e a jurisprudência da carência regulamentar da matéria

Conforme restou demonstrado⁴⁸⁷ o Tribunal Supremo, fiando-se na linha jurisprudencial firmada pelo TC quanto a constitucionalidade das leis que anteciparam a idade da aposentadoria compulsória de juízes e magistrados, de funcionários públicos e também de outros setores, sempre tratou de denegar os pedidos de indenização pelos prejuízos causados por esta redução da vida ativa de serviço e de contribuição previdenciária (v.g: STSs de 15 de julho relativas respectivamente aos recursos ordinários de nº 134 e 135/1986 e STS de 25 de setembro de 1987 relativa ao recurso ordinário nº 144/1986) até que pela 1ª (primeira) vez⁴⁸⁸ foi provocado a adentrar na

⁴⁸⁷ A doutrina especializada também advoga neste sentido, dentre outros, GONZÁLEZ SALINAS, P. «La responsabilidad del Estado por anticipar la edad de jubilación», em *RAP*, nº 114, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987 (Septiembre-Diciembre), pp. 245-252; GALLARDO CASTILLO (1994, pp. 343-371); GARRIDO FALLA (1989, pp. 35-56) e (1993, pp. 125-132); GONZÁLES PÉREZ, J. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2000, pp. 61/64; GALÁN VIOQUE (2001, pp. 435/442 e 463/464); QUINTANA LÓPEZ, T. «La responsabilidad del Estado Legislador», em *RAP*, nº 135, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994 (Septiembre-Diciembre), pp. 103-147.

⁴⁸⁸ «*Pero tan loables intenciones manifestadas por el TS en sus citadas sentencias [STSS de 15 de julio e 25 de setembro de 1987] no tuvieron el resultado apetecido en las que le siguieron, tales como la de 2 de octubre de 1987, 18 de marzo de 1988, 18 de diciembre de 1889, 5 de febrero, 4 de octubre de 1991 y 5 de noviembre de 1992. En todas estas STSS, el principio de responsabilidad del Estado legislador, lejos de quedar robustecido, fue diluyéndose en la tan socorrida teoría de los derechos adquiridos y situaciones estatutarias de los funcionarios públicos, hasta prácticamente desaparecer en los Fundamentos de Derecho de tan nutrida jurisprudencia. Este propósito de dejar reducido a la nada*

análise profunda do mérito da questão envolvendo a responsabilidade patrimonial do Estado Legislador.

Após a STS de 30 de novembro de 1992 abandonou-se (em tese⁴⁸⁹), portanto, a fase da “*jurisprudência de incompetência*” até então reiterada pela Corte (relembre-se) de que os pedidos de indenização judicialmente formulados em sede de recurso contencioso-administrativo não poderiam ser estimados porque a parte demandada — os diversos órgãos administrativos no caso de aplicação do artigo 33 da Lei 30/1984 e o Conselho Geral do Poder Judicial, no caso da antecipação compulsória da aposentadoria formulada pela Lei Orgânica 6/1985 — não tinha legitimidade passiva *ad causam* já que cabia não a ela mas ao Conselho de Ministros resolver administrativamente sobre os pleitos indenizatórios.

As alegações jurídicas formuladas pela representação processual do Sr. Francisco J. Ponce Cordones neste caso paradigmático da STS de 30/11/1992, em que pela 1ª (primeira) vez (repita-se) a Corte manifestou-se sobre recurso interposto contra decisão denegatória de indenização por parte do Conselho de Ministros, centraram-se, em síntese, a suscitar: a) que foi prejudicado ao ter que se aposentar aos 66 (sessenta e seis) e não aos 70 (setenta) anos em face da aplicação do artigo 33 da Lei 30/1984, de 2 de agosto, de medidas urgentes para a reforma da função pública; b) que a responsabilidade do Estado Legislador tem reconhecimento constitucional e aplicabilidade imediata no artigo 9.3 da CE/78 e também no âmbito dos tribunais espanhóis; c) que a indenização estabelecida na disposição transitória 5ª (quinta) da Lei 50/1984, de 30 de dezembro, regulamentada pelo Real Decreto 306/1985, tratava-se de uma antecipação de valores, não havendo qualquer óbice legal que o impedisse de pleitear a diferença a maior que julgava fazer juz e que compunham o prejuízo por ele então suportado; c) que o artigo 40 da Lei de Regime Jurídico da Administração do

aquel incipiente principio de responsabilidad del Estado legislador o convertirlo en una entelequia repleta de equivocidades fue, por fin, logrado en la STS de 30 de noviembre de 1992, en la que el propio TS no puede remitir a los recurrentes al Consejo de Ministros porque éstos ya lo hicieron, y no le queda más solución que pronunciarse sobre el fondo del asunto, negando categóricamente, esta vez, que en nuestro ordenamiento jurídico exista cobertura para reconocer dicha responsabilidad del Estado legislador, en contra de lo que él mismo había admitido ya en las STSS de 15 de julio y 25 de septiembre de 1987” (GALLARDO CASTILLO, 1994, p. 364).

⁴⁸⁹ Mesmo após 30/11/1992 aos pleitos indenizatórios não ajuizados contra o Conselho de Ministros aplicou-se a jurisprudência de incompetência e não a da carência regulamentar da matéria, eis que a pretensão continuava esbarrando em impedimentos formais procedimentais. Cf. v.g. STS 37/1993, de 13 de fevereiro.

Estado de 1957 poderia ser aplicado de forma análoga e integradora aos casos de responsabilidade do legislador.

A seu turno o Advogado do Estado contestou a demanda alegando resumidamente que: a) a pretensão deveria ser desestimada porque resultava mui duvidosa a aplicação prática da responsabilidade do Estado pelas leis enquanto não se regulamentasse o artigo 9.3 da CE/78; b) que uma lei, a exemplo do que ocorria com a expropriação legislativa [LEF/1954], deveria regular as hipóteses e o mecanismo de indenização oriundas de atos legislativos (lícitos), eis que nos demais casos a indenização só era cabível no caso de leis declaradas inconstitucionais; c) que os órgãos judiciais não podem emendar a lei que concedeu indenizações por antecipar a idade de aposentação.

Reunida a Sala 3ª (terceira) do contencioso-administrativo, em sessão plenária, proferiu o Tribunal Supremo a famosa sentença prolatada em sede dos autos do Recurso Ordinário nº 46/1989 e relatada pelo magistrado César González Mallo apontando as seguintes conclusões:

- a impossibilidade de ajuizar-se a responsabilidade do Estado-Legislador por ato de *aplicação* das leis em razão da ausência (histórica, inclusive) de um «desarrollo legislativo» prévio em tal sentido:

FJ 3º. “(...) si la exigencia de responsabilidad por actuaciones de la Administración o de órganos de la Administración de Justicia, aunque objeto de un tratamiento más completo los artículos 106.2 y 121 de la Constitución, los mismos se remiten, y tanto hacen necesario, un previo desarrollo legislativo, en la posible responsabilidad derivada de actos de aplicación de las Leyes, que hasta ahora cuenta únicamente con el enunciado genérico del artículo 9.3 del texto constitucional, la necesidad de un previo desarrollo legislativo determine en qué casos procede y qué requisitos son exigibles parece más indispensable en este caso, por faltar cualquier antecedente histórico [de] regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones, razón suficiente para la desestimación del recurso”.

- dificuldade de aplicar-se à lacuna regulamentar da matéria outro regime jurídico indenizável a título de analogia.

FJ 4º - “Si se estimara, contrariamente a lo antes razonado, que el artículo 9.3 de la Constitución es de inmediata aplicación, la primera cuestión a resolver, a falta de desarrollo legislativo, sería fijar las normas aplicables para determinar en qué casos y

cuáles habrían de ser requisitos para exigir esa responsabilidad con las siguientes posibles soluciones: aplicación analógica de las normas que regulan la responsabilidad de la Administración -artículos 106.2 de la Constitución, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico la Administración del Estado -, que, quizá por admitir una amplia responsabilidad objetiva, es la que fundamentalmente se invoca en la demanda; la prevista en el artículo 121 de la Constitución y 292 de la Orgánica del Poder Judicial; la extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil, o la elaboración por la jurisprudencia de los casos y requisitos en que es exigible dicha responsabilidad. Con independencia las dificultades y problemas que la analogía presenta, lo cierto es que responsabilidad a que se refieren los artículos 106.2 de la Constitución, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico la Administración del Estado está referida al funcionamiento de los servicios públicos prestados por la Administración, en cuyo concepto difícilmente tiene cabida la elaboración de Leyes por los órganos legislativos o su aplicación en los estrictos términos que en las mismas establece; otro tanto puede decirse de la prevista en los artículos 121 [de] la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, limitada a casos de error judicial, al que, a lo sumo, podría equipararse el error [a la] inconstitucionalidad de la Ley, que no se da en este caso, o anormal funcionamiento de los órganos a los que corresponde la aplicación de la Ley, que ni siquiera se ha invocado; la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil ha sido objeto de una amplia y progresiva interpretación jurisprudencial, tanto en el sentido de objetivarla cada vez más como en el abanico de los daños y perjuicios indemnizables -daño emergente, lucro cesante, daños morales-, pero sin llegar a prescindir del requisito de la culpa o negligencia que aquel precepto exige, que hace totalmente inviable su aplicación analógica al caso que examinamos; por último, a los Jueces y Tribunales incumbe la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y, muy especialmente [al] Tribunal Supremo unificar criterios interpretativos, por lo que, al margen de casos puntuales en que se puedan suplir, aplicando la analogía o los principios generales del derecho, omisiones en aspectos concretos de la norma jurídica, resulta inadmisibles que, sustituyendo al legislador, sean los órganos del Poder Judicial los que regulen la posible responsabilidad derivada de la aplicación de las Leyes mediante una elaboración jurisprudencial que carece de cualquier antecedente legislativo”.

- que ainda na hipótese de aceitação da tese da responsabilidade civil por atos legislativos expressamente declarados constitucionais causadores de danos em razão de sua aplicação, dita teoria não poderia ser empregada ao caso *sub judice* porque estaria condicionada à prova de danos e prejuízos causados a *bens e direitos* e não às meras expectativas como as do recorrente (FJ 6°).

- que o pleito indenizatório não poderia sustentar-se na alegação de que o ato do Conselho de Ministros violou o artigo 33.3 da CE/78 e 121 da LEF/1954 porque o recorrente não possuía *direito ou interesse jurídico* de aposentação aos 70 (setenta) anos

de idade, mas sim uma *mera expectativa* que com o advento da Lei 30/1984 (Art. 33) foi frustrada (FJ 6º).

- que a tese da 3ª (terceira) via indenizatória para supostos lesivos ocasionados pelo Estado-Legislador levantadas pelo Tribunal Constitucional nas STCs 108/1986, 99/1987 e 70/1988 relativa ao caso das aposentadorias compulsórias aos 65 (sessenta e cinco) anos de juízes e magistrados, funcionários públicos e professores da EGB não passa de uma advertência direcionada ao legislador não constituindo, portanto, uma carta de ordem aos juízos e tribunais ordinários.

FJ 7º - “(...) *el modo verbal empleado [na locução «pueden merecer algún género de compensación»] no supone el reconocimiento de un derecho a ser indemnizados por dicho motivo, como alega el recurrente, ya que más bien parece una reflexión dirigida al propio legislador*”.

- que a vontade orientativa do legislador de regular as hipóteses de responsabilização do Estado-Legislador extraídas da à época ainda não vigente LRJAP y PAC/1992 não contemplava a pretensão da recorrente.

FJ 8º - “*Por último, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, publicada en el B.O.E. de fecha 27 de los corrientes, no vigente pero orientativa de la voluntad del legislador al regular por vez primera esta materia*⁴⁹⁰, *limita la indemnización a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos en un triple aspecto: 1º que no tengan el deber jurídico de soportarlos; 2º que se establezca en los propios actos legislativos, y 3º que la indemnización tendrá lugar en los términos que se especifiquen en los propios actos, requisitos exigidos por su artículo 139.3 que, de estar vigente, excluiría por supuesto la indemnización pretendida*”.

A publicação desta sentença frustrou todas as expectativas geradas pelos julgados anteriores do Tribunal Supremo a respeito da matéria⁴⁹¹ que de um modo ou

⁴⁹⁰ Com relação a curiosa “coincidência” havida entre a data de aprovação da Lei 30/1992, de 26 de novembro, e a data do julgamento da STS de 30 de novembro de 1992 — apenas 4 dias — manifesta-se dissimuladamente Fernando GARRIDO FALLA («A vueltas con la responsabilidad del Estado Legislador: las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 y de 5 de marzo de 1993», em REDA, nº 81, Civitas, Madrid, 1994 (Enero-Marzo), p. 112: “(...) *Es comprensible, pues, la frustración que les produjo, primero, la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre, y enseguida, la Sentencia de la Sala Tercera en Pleno del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992 (cuya significativa fecha nos hace pensar que la Sala para evitar contradicciones con la doctrina del propio Tribunal en Pleno, esperó tranquilamente para cubrirse con la autoridad — en este caso discutible — de la Ley formal)*”.

⁴⁹¹ Essa decisão supreendeu e “frustrou” até mesmo alguns membros da Alta Corte. Os magistrados Carmelo Madrigal García, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez e Eladio Escusol Barra manifestaram no FJ 4º

outro sinalizavam para um possível acolhimento da tese da responsabilidade do Estado Legislador por danos oriundos de uma lei constitucional conforme se pode extrair da leitura do seguinte excerto colhido da STS de 25 de setembro de 1987, presente no comentário de GALLARDO CASTILLO, aqui reproduzido:

“(…) como ya se ha indicado en la sentencia de este Tribunal de 15 de julio último, no se puede negar la efectividad de esa responsabilidad, siquiera su declaración presente el problema de su falta de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, pero de ello *no puede colegirse que de tal ausencia de regulación derive la exención de responsabilidad para el Estado, pues ello implicaría una absoluta falta de ética en sus actuaciones y el desconocimiento de unos valores y principios reconocidos en la Constitución al inspirar preceptos concretos de la misma*; (...) si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses sin venir obligado a satisfacer la pertinente indemnización, menos puede hacerlo el Estado al establecer sus regulaciones generales mediante normas de cualquier rango, incluso leyes, de lo que se infiere que, si tácticamente se da perjuicio alguno para ciudadanos concretos, económicamente evaluables, ellos deben ser indemnizados si, además, concurren los restantes requisitos señalados (...)”⁴⁹².

O TS, em que pese a aparente boa vontade e certa dose de ousadia e coragem, sucumbiu ao anacrônico dogma da separação e independência dos poderes ao evitar, flagrantemente, de adentrar no âmago da questão que lhe foi apresentada — sob o temor de fazer-se passar por legislador positivo — após firmar a (contestável) premissa de que não havia como configurar a responsabilidade do Estado por ato de aplicação das leis em face da inexistência (mais que tudo histórica) de lei específica que regulamentasse o preceito do artigo 9.3 da CE/78, não auto-aplicável.

E mais! Tratou o TS de descartar por completo o caminho alternativo (3ª via) sugerido pelo TC quanto a possibilidade de algum gênero de compensação dos prejuízos causados pelas leis que anteciparam a idade de aposentadoria de juizes, magistrados, funcionários públicos e professores ao considerar que a reflexão da Magna Corte sobre o assunto da indenizabilidade desses prejuízos, ademais de configurar-se como um modo verbal mal empregado incapaz de supor o reconhecimento de um direito à

do voto particular dissidente e conjunto que emitiram as suas incompreensões quanto ao motivo pelo qual o TS, naquela sentença, tomando-se em conta todo o incentivo e a sinalização anteriores para que os afetados pleiteassem seus reclamos indenizatórios perante o Conselho de Ministros, apartava-se da coerência em julgar procedente o pedido formulado. *V.* nota de rodapé nº 477.

⁴⁹² GALLARDO CASTILLO, *op. cit.*, 1994, p. 363, destaques da autora.

indenização, mais pareceu uma reflexão dirigida ao legislador do que ao próprio TS e aos demais órgãos judicantes⁴⁹³.

Não bastasse as inúmeras conjecturas sobre inúmeras teses possivelmente aplicáveis à resolução da matéria, que mais serviram para ilustrar a problemática ali enfrentada do que para trazer alguma espécie de solução ao caso concreto *sub judice*, não hesitou o colegiado em afirmar que a LRJAP y PAC/1992 que entraria em vigor dias depois⁴⁹⁴ já deixava claro que a única hipótese admissível de responsabilização do Estado Legislador pela aplicação de atos legislativos não expropriatórios seria na hipótese em que a própria lei assim reconhecesse o “dever” de indenizar do legislador.

De um modo geral, a citada sentença não deixou de ser uma funesta e surpreendente escusa pública pela falta de coragem de abertura do *leading case* espanhol acerca da matéria. Os argumentos foram de fato confusos⁴⁹⁵. Um verdadeiro retrocesso⁴⁹⁶.

Portanto, com a prolação da STS de 30 de novembro de 1992 tratou o Supremo, aproveitando a título meramente *orientativo* a vontade do legislador expressa no artigo 139.3 da LRJAP y PAC/1992, de fixar no ponto 02 (dois) entendimentos correlatos: 1º) a CE/78 não regula expressamente a responsabilidade do Estado por atos legislativos carecendo a solução da matéria de um suporte jurídico («desarrollo legislativo») que possibilite a apreciação de seu mérito; 2º) a letra da lei do supracitado dispositivo determina que a única via para indenização dos danos advindos de atos

⁴⁹³ A propósito GALÁN VIOQUE (2001, p. 438), após destacar as inflamadas divergências doutrinárias causadas pela expressão “(...) *puedan merecer algún género de compensación*” inseridas nas STCs relativas a antecipação da idade de aposentadoria, apoiado em LEGUINA VILLA, assim se pronuncia: “*En todo caso parece claro que de estas palabras del intérprete Supremo de la Constitución se pueden entresacar dos posibles alternativas para lograr la compensación de los perjuicios económicos causados por estas leyes. Por un lado, interpretar que se está haciendo un llamamiento a los tribunales ordinarios para que superando el agosto [angosto] concepto de expropiación forzosa busquen un nuevo instrumento indemnizatorio, que no puede ser otro que el de la responsabilidad legislativa. En segundo lugar, estas palabras se pueden considerar como un mandato o una recomendación al Legislador para que repare los perjuicios económicos que han causado estas leyes aprobando una ley indemnizatoria expresa*”.

⁴⁹⁴ A lei foi publicada no Botetim Oficial do Estado (BOE) na data de 27/12/1992 — 03 (três) dias antes da prolação da sentença — entrando em vigor somente 03 (três) meses depois em 27 de fevereiro de 1992.

⁴⁹⁵ Os exemplos mais notórios disso estão no fato do Tribunal Supremo ter substituído, erroneamente e sem qualquer necessidade, a expressão «*responsabilidade do Estado Legislador*» empregada em seus *decisums* anteriores pela expressão «*responsabilidade do Estado por atos de aplicação de leis*» desvirtuando o foco e o alcance das discussões e também no fato de ter negado na STS de 30/11/1992 aplicabilidade imediata ao artigo 9.3 da CE/78 como antes claramente defendia.

⁴⁹⁶ GALÁN VIOQUE (2001, pp. 478/480), indignado, chega ao ponto de classificar tal sentença do Tribunal Supremo como a “*antiLafleurette española*”.

legislativos constitucionais não expropriatórios é a hipótese em que o próprio legislador disponha, de acordo com seu livre arbítrio e o seu eventual senso de justiça, em que casos o Estado deva (ou melhor, queira) indenizar os danos e prejuízos que reconhecidamente julgou ter cometido com a edição da lei que será aplicada compulsoriamente pelo administrador.

8. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO LEGISLADOR NA LRJAP Y PAC/1992

8.1. A falibilidade técnica do artigo 139

Mesmo após as exaustivas denúncias doutrinárias de falta de regulamentação da responsabilidade do Estado quanto ao ato legislativo tido por soberano e irrefutável, decepcionante foi a tutela legal trazida pelo primogênito regramento introduzido no ordenamento espanhol pela redação dada ao artigo 139 da Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (daqui em diante LRJAP y PAC) de 1992 que mais uma vez tratamos de reproduzir, *ipsis literis*:

Art. 139 da LRJAP y PAC/1992: “Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635)”.

Contra a redação de tal dispositivo já se atribuiu toda e qualquer espécie de desqualificativo. Dentre os mais severos destaque-se a crítica lançada por GARRIDO FALLA que o considerou como “*cicatero, involucionista y difícilmente constitucional*”⁴⁹⁷.

No plano redacional-formal tratou logo a doutrina de melhor configurar a expressão “*particulares*” inserida já no apartado 1º do artigo 139 da LRJAP y PAC/92 sugerindo a sua leitura e interpretação no sentido de “*lesionados*” possibilitando que uma Administração, e não só pessoas físicas ou jurídicas de direito privado como a princípio sugere a redação legal, também possa voltar-se e exercitar contra uma outra

⁴⁹⁷ GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 1993, p. 127.

Administração Pública o seu direito de ação para a reparação de um prejuízo qualquer que porventura a outra lhe tenha causado⁴⁹⁸.

Sob o prisma do alcance material dos efeitos da disposição legal as críticas foram um tanto mais contundentes e ferrenhas, sobretudo no que se refere a diferenciação entre o conceito de lesão e dano, da imputação de responsabilidade patrimonial não ao Estado propriamente dito, mas sim a uma determinada Administração Pública, bem assim entre o contraste entre atos legislativos de natureza expropriatória e não expropriatória para efeitos de imputação de responsabilidade por atos do Poder Legislativo.

O apartado 1º do Art. 139 da LRJAP y PAC/92 preceitua claramente que o eventual direito dos lesionados de serem indenizados em face de um ato omissivo ou comissivo praticado por uma das Administrações Públicas componentes do Estado deve obrigatoriamente decorrer de uma *lesão* provocada em quaisquer de seus *bens e direitos*⁴⁹⁹ como conseqüência do funcionamento normal ou anormal do serviço público correspondente.

No apartado seguinte (nº 2) tratou de asseverar que “*en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas*” suscitando, de pronto, as seguintes indagações: o que se deve entender por *lesão*? Ao empregar tais termos jurídicos quis o legislador infraconstitucional estabelecer uma clara diferenciação conceitual entre *lesão* e *dano* ou tratou-os desavisada e atecnicamente como sinônimos?

Numa análise perfunctória e restrita dos 02 (dois) primeiros apartados do supracitado artigo 139 não exitamos em afirmar que o legislador infraconstitucional tratou os institutos jurídicos da *lesão* e do *dano* como verdadeiros sinônimos, o que de certa forma não chega a ser uma novidade ou até mesmo a caracterização de um deslize jurídico e técnico do legislador se considerarmos que inúmeros operadores jurídicos — ainda que melhor familiarizados com a terminologia técnica e alcance que muitos

⁴⁹⁸ Nesse sentido AYALA MUÑOZ, J.M...[et al.]. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000, p. 970.

⁴⁹⁹ Cumpre destacar que no apartado 3º (terceiro) a lei fala tão somente em indenização de “direitos” omitindo qualquer referência a bens ou mesmos interesses legítimos protegidos.

termos jurídicos soem irradiar — em seus respectivos escritos assim indiscriminadamente o fazem.

Em verdade, se analisarmos o texto e o contexto da LRJAP y PAC/92 verificamos que quis sim o legislador, propositadamente, estabelecer um conceito diferencial entre lesão e dano para fins de justificação do título indenizatório inerente às hipóteses descritas no artigo 139 seguindo, por certo, a premissa conceitual lançada originariamente pela LEF/1954.

Do cotejo entre os apartados 1º e 3º do artigo 139, bem assim com a redação dada ao artigo 141.1⁵⁰⁰, todos da LRJAP y PAC/92, é possível vislumbrarmos que o legislador ordinário de fato tratou de corroborar no texto da lei o “*acervo jurisprudencial largamente elaborado sobre la antijuridicidad de la actuación administrativa o, lo que es igual, la ausencia del deber de soportar el daño(...)*”, conforme bem destacado por QUINTANA LÓPEZ⁵⁰¹.

A “lesão” a que se refere o legislador no apartado 1º do artigo 139 não é simplesmente a lesão patrimonial englobadora de todo e qualquer dano ou prejuízo.

A lesão indenizável é aquela proveniente de um dano⁵⁰² provocado pela Administração que o lesionado não está obrigado previamente por lei a suportar. Noutras palavras: a lesão referida pelo legislador é a decorrência imediata, o resultado de um dano efetivo, avaliado economicamente, individualizado e, ainda, objetivamente antijurídico.

⁵⁰⁰ “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

⁵⁰¹ QUINTANA LÓPEZ, *op. cit.*, 1994, p. 128.

⁵⁰² Da correlação entre os termos *dano* e *lesão* empregados pela LRJAP y PAC, especialmente na redação do artigo 141, apartado 1º, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999, p. 61) assim se pronuncia a respeito: “(...) *La fórmula legal —lesiones provenientes de daños— es la máxima consagración de la ambigüedad, arrancando de la idea de que se indemnizan las lesiones. Se hubiera comprendido la idea contraria, es decir, daños que sean consecuencias de lesiones de derechos; mas la idea legal «lesiones provenientes de daños», no es comprensible salvo se adopte el criterio previamente formulado por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien el concepto jurídico de lesión difiere del concepto de daño y del concepto de perjuicio y sólo existen lesiones resarcibles cuando concurre la nota característica de la antijuridicidad que se concreta en el hecho de que la persona que sufre la lesión no tenga el deber jurídico de soportarlo. Que la antijuridicidad en materia de daños, o de lesiones en derechos, pueda caracterizarse de ese modo, es idea que aparece sumamente discutible (...)*”.

O dano é o pressuposto da ação estatal lesiva, é o prejuízo econômico individual efetivamente sofrido pelo particular capaz de ativar e impulsionar todo o mecanismo propulsor da responsabilização do Estado como garantia à sua incolumidade patrimonial frente a ação interventiva.

Constatado primeiramente o dano e o *plus* da antijuridicidade objetiva (omissão legislativa quanto à imposição ao particular do dever de suportar gratuitamente o prejuízo) tem-se como *resultado final* uma “lesão” passível de recomposição. O dano econômico de *per si* não é capaz de dar causa, na seara do Direito Público espanhol, à responsabilização do Estado ou das Administrações.

No Direito Privado costuma-se afirmar que não há responsabilidade civil sem *dano*^{503 504}, exista ou não a culpa do agente⁵⁰⁵. No Direito Público daqui, em face do conceito legal de lesão indenizável, é possível afirmarmos por analogia que não há responsabilidade patrimonial do Estado sem *lesão*.

Luiz MARTÍN REBOLLO não poderia ter sido mais objetivo quanto ao tema: *“el sistema pivota sobre el concepto de lesión, entendida ésta como un daño antijurídico. No como un daño causado antijurídicamente, pues ello acercaría nuestro sistema público de responsabilidad a uno de tipo subjetivo y no a uno objetivo que prescinde de la idea de culpa, como es el vigente”*⁵⁰⁶.

No que se refere ao sujeito passivo de imputação da responsabilidade patrimonial parece claro que o legislador da LRJAP y PAC/92 objetivou atribuir não ao Estado em si⁵⁰⁷, mas aos seus respectivos representantes e órgãos componentes das

⁵⁰³ Referimo-nos ao dano «ressarcível» cuja reparação está tutelada juridicamente pelo Direito do Estado, e não ao dano em sentido *lato* e coloquial.

⁵⁰⁴ Em verdade, o entendimento de que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano é um verdadeiro truísmo porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde não há o que reparar quando inalterado o *status quo*.

⁵⁰⁵ PANTALEÓN PRIETO, pp. 189/190) não poderia ter sido mais direto e preciso quanto a esta afirmação ao atestar que *“el daño es la fuente y la medida de la responsabilidad civil. Puede haber responsabilidad extracontractual sin culpa, pero no sin daño”*. Na mesma obra também prelaçiona Mariano YZQUIERDO TOLSADA («La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate», *op.cit.*, p. 232) com esta reflexão: *“A nadie se le escapa que en la actualidad la copla ya no es la de ‘no hay responsabilidad sin culpa’, sino otra bien distinta: ‘que todo daño quede reparado, haya o no culpa’*.

⁵⁰⁶ MARTÍN REBOLLO, *op. cit.*, 1999, p. 820.

⁵⁰⁷ Cumpre destacar que o Estado, como estrutura social, carece de vontade real e própria manifestando-se através de órgãos que não exprimem senão vontade exclusivamente humana mediante atos praticados pelos agentes legalmente legitimados a atuar em prol dos interesses públicos.

Administrações Públicas⁵⁰⁸ a legitimidade para responderem diretamente pelas lesões causadas a particulares e também a outras Administrações.

Em nenhum momento referiu-se à responsabilidade patrimonial do *Estado ou de seus poderes públicos*, em que pese ser uma norma destinada a integrar e conformar o princípio constitucional de responsabilidade dos poderes públicos estabelecido no artigo 9º, apartado 3º c/c Art. 106.2, ambos da CE/1978.

No texto da lei verifica-se a preocupação do legislador em consagrar a responsabilidade patrimonial dos atos executivos e administrativos através de suas distintas Administrações Públicas⁵⁰⁹, até mesmo no que se refere à responsabilidade em face de atos de aplicação de leis de carácter não expropriatório atribuída tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente ao Estado Legislador, mas que em verdade está afeta ao Poder Executivo a quem incumbe aplicar no plano concreto os mandamentos dos atos legislativos.

A configuração da responsabilidade atribuída pelo artigo 139.3 por ato de *aplicação* da lei como uma faceta do dever de indenizar do Estado-Legislador confunde-se notadamente com a clássica responsabilidade do Estado-Administração na medida em que parte da vacilante idéia de que a antijuridicidade ínsita no ato de *aplicação* constitui um reflexo direto da antijuridicidade do ato legislativo-normativo que modelou prévia e estritamente o seu exercício como se a conjugação desses atos (ato legislativo e seguidamente o ato administrativo) de um ato único se tratara⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ **Artículo 2º da LRJAP y PAC/92**

“Ambito de aplicación.

1. Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas:

a) La Administración General del Estado.
b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
c) Las Entidades que integran la Administración Local.

2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”.

⁵⁰⁹ Relembre-se que o artigo 139 encontra-se disposto no Capítulo I (*Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*) do título X da LRJAP y PAC/1992 (*De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio*) razão pela qual restar o seu teor vinculado à tratativa dos casos referentes ao dever de indenizar das *Administrações Públicas*, em que pese a aparente inserção da anunciada responsabilidade do Estado Legislador no seu apartado 3º (terceiro).

⁵¹⁰ A nosso juízo a tentativa de enquadramento da hipótese descrita no Art. 139, apartado 3º, da LRJAP y PAC/92 como *uma das* facetas da responsabilidade do Estado Legislador só se justificaria se a redação empregada na sua parte final não dispusesse a locução “(...) *cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos*”. Se não tivesse o legislador ordinário

Entendemos que o título que legitima o particular destinatário da lei a voltar-se com todas as suas forças a sustentar em juízo a tese da responsabilidade do Estado Legislador objetivando o ressarcimento dos prejuízos que lhe foram impostos não se constitui da análise conjunta do ato legislativo e de seus efeitos advindos da sua aplicação no plano prático.

Não há que cogitarmos a possibilidade de que a ativação do mecanismo de responsabilização por atos legislativos do Estado se dê somente *a posteriori* com a materialização do dano no ato de *aplicação* da lei e que, sobretudo, esse *fictício ato (complexo) normativo único* (ato legislativo + ato administrativo) sugerido pela redação legal do artigo 139.3 da LRJAP y PAC/1992 venha a constituir-se no ato lesivo.

A nosso modesto juízo a lesividade real ou potencialmente desencadeada pela entrada em vigor de uma lei não tem porque estar necessariamente atrelada à concretização do dano mediante um ato de aplicação pelo ente ou agente administrativo executor. A própria lei pode *diretamente* ser a causa de um dano. As leis de estrutura singular são um exemplo claro disto⁵¹¹.

Não se pode pensar como quer a lei do regime jurídico das administrações públicas que o ato lesivo imputável ao legislador esteja “distribuído” e “diluído” no seu ato de aplicação constituindo uma simples transferência da carga indenizatória incumbida ao mentor e autor do ato legislativo ao seu simples executor. Essa premissa só seria admissível se todas as leis emitidas pelos Parlamentos carecessem de auto-

preocupado-se em avocar para si (por intermédio de dita locução) o juízo de valor quanto à paradoxal “concessão” ou não do direito à indenização ao lesionado na forma e nas condições da lei que ele próprio emana não haveria justificativa alguma para tratarmos do tema da responsabilidade do Estado Legislador no corpo da LRJAP y PAC. A hipótese seria tipicamente enquadrável sem maiores problemas na responsabilidade atribuída ao Poder Executivo por ato de aplicação da lei, sem qualquer caráter inovativo ao que já se conhece do instituto. Todavia, a falta de regulamentação legal para combater os danos normativos e legislativos aliada a intenção de fechar o sistema de proteção de garantias do administrado contra todo e qualquer ato emanado pelo Estado, bem como o afã e tendência tanto doutrinária quanto jurisprudencial de implantar-se aqui esta hipótese de responsabilidade, fez com que a mesma se desenvolvesse sob bases movediças. A sua previsão jurídica articulou-se sob uma falsa autonomia e independência porque fruto quase que integral de um “plágio hermenêutico-dogmático” da teoria aplicável à responsabilidade por atos de administração e execução da lei.

⁵¹¹ Michel TEMER (*Elementos de Direito Constitucional*, 16^o ed. revista e ampliada, Malheiros, São Paulo, 2000, p. 136) ao tratar de conceituar o que seja uma *lei de efeitos concretos* — terminologia adotada no Brasil usualmente como sinônima ao conceito de lei-medida alemão — esclarece em tempo que: “(...) a lei de efeito concreto é o próprio ato administrativo revestido da roupagem formal da lei, consubstanciando num só corpo e num só momento a norma e a sua execução, uma e outra aperfeiçoadas no mesmo e único instante da promulgação, de tal forma que, publicada a lei, nada mais resta fazer-se para a sua efetiva aplicação”. A natureza e característica desse tipo de leis singulares denunciam a sua intensa potencialidade lesiva.

executoriedade e necessitassem sempre de um ato administrativo complementar de execução como instrumento para fazer valer os seus respectivos comandos.

Não vislumbramos ser tão lógica essa mecânica num ambiente extremamente regulador onde as leis gerais e abstratas carentes de complementação e integração pela via administrativa não mais constituem a fonte de criação normativa prevalente, mas sim, praticamente, a sua exceção.

Não há porque não admitirmos que a lei, *diretamente*, possa ser fonte de obrigação jurídica do Estado na hora de indenizar o cidadão e os demais sujeitos de direitos pelos danos que porventura venha a ocasionar.

De outra banda, há ainda que levarmos em consideração que a redação do artigo 139.3 da LRJAP y PAC/1992 não foi capaz de corrigir a fraudulenta prática governamental e administrativa de omitir-se propositadamente de cumprir e executar temporalmente os mandados legislativos, desídia esta que não raro impossibilita aos particulares o acesso às vias oportunas de defesa de seus direitos.

Outrossim, constitui-se o referido dispositivo legal num verdadeiro paradoxo ao permitir à primeira vista, no plano hermenêutico, que tanto os Poderes Executivos das Comunidades Autônomas bem assim as Administrações Públicas Municipais respondam pela prática de um ato legislativo que nem sequer tiveram a oportunidade de participar de sua elaboração perante a *Corte General*⁵¹².

Da maneira em que está configurado o astuto artigo de lei em comento não há que se falar verdadeiramente numa hipótese de responsabilização do Estado Legislador posto não ser possível imputar-lhe e transferir-lhe diretamente os ônus dos prejuízos ocasionados obrigando-lhe a integralmente indenizá-los.

Segundo a vigente norma de regência não há como falarmos numa responsabilidade civil do Estado Legislador. O ato legislativo lesivo não passa

⁵¹² Cf. neste sentido ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 126/128. No plano prático jurisdicional o TS tem buscado, de forma não muito clara, corrigir o apontado deslize léxico do legislador de 92 e evitar que a responsabilidade derivada de atos legislativos posteriormente declarados inconstitucionais seja imputada judicialmente v.g. às Administrações Municipais que concretamente aplicaram e diretamente se beneficiaram dos efeitos provocados pelos atos administrativos praticados com base na lei formal viciada invalidada pelo TC. Cf. neste sentido por exemplo a STS de 20 de abril de 2007.

lamentavelmente de um ato sacro, soberano e irresponsável por não passível de incorrer em ilicitude, salvo se o próprio agente lesante (legislador) entender que a sua vítima, o destinatário da lei, mereça alguma compensação.

Tal circunstância remete-nos ao pensamento clássico de LAFERRIÈRE expresso nas seguintes palavras colhidas da obra de ALONSO GARCÍA, *ipsis literis*:

“«Es de principio que los daños causados a los particulares por medidas legislativas no les confieran ningún derecho de indemnización. La Ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos, sin que pueda reclamar de ella ninguna compensación. El legislador sólo puede apreciar, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad del daño, en consonancia con las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar esta compensación: las jurisdicciones no pueden situarse en su lugar, no pueden más que evaluar el montante teniendo en cuenta las bases y en la forma previstas en la Ley»⁵¹³.

Nem se diga quanto à regulamentação da responsabilidade do Estado-Juiz ou por atos afetos ao Poder Judiciário pois limitou-se à lei em seu Art. 139, apartado 4º a asseverar e fazer remissão de que “*la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635)*”. Grifei.

Perceba-se aqui um pequeno, porém relevantíssimo detalhe: nos apartados 1º e 3º a LRJAP y PAC/92 refere-se à responsabilidade patrimonial das *Administraciones* enquanto que o seu apartado 4º é expresso no sentido de atribuir a responsabilidade por atos do Poder Judiciário *ao Estado* pelo funcionamento da Administração de Justiça.

Ora, se as personalidades jurídicas do Estado e da Administração Pública são de fato e de direito distintas, porque razão atribuir ao Estado a responsabilidade por atos da Administração de Justiça? Porque o patrimônio *do Estado* e não o da própria Administração de Justiça responde pelas lesões patrimoniais causadas aos particulares e demais usuários⁵¹⁴? Porque a *tese unitária* dos poderes de Estado só serve ao Poder

⁵¹³ A autora (*ibidem*, 1999, p. 25) refere-se à obra de Edouard Laferrière *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, vol. II, Paris, LGDJ, 1888 (reedição de 1989), p. 12.

⁵¹⁴ Acrescente-se que a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais está limitada aos casos de erro judicial e de funcionamento anormal da Administração da Justiça, conforme determinação do artigo 121 da CE/78 que diz: “*Los daños causados por error judicial, así como lo que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley*”.

Judiciário e não à Administração (Poder Executivo) ou mesmo ao próprio Poder Legislativo quando se trata de imputação de uma responsabilização civil patrimonial?

Voltando-se mais ao nosso propósito, porquê acreditarmos que o apartado 3º do Art. 139 da LRJAP y PAC/92 faz referência à responsabilidade do Estado Legislador já que quem deverá arcar com os ônus das indenizações aos lesionados serão claramente as Administrações Públicas que apliquem efetivamente os mandamentos de um ato legislativo de natureza não expropriatória: simplesmente porque o próprio legislador, em flagrante usurpação de competência do Poder Judiciário, clamou para si o arbítrio de dizer, querendo, quem faz ou não jus a uma indenização pela eventual aplicação do ato que ele emanou? Estamos convencidos que não.

E quais seriam as importantes conseqüências dessa negativa? A de afirmarmos que no plano *infraconstitucional* não há uma norma de regência para a Responsabilidade do Estado Legislador no Direito Espanhol, ao menos na tratativa dos atos legislativos lícitos porém lesivos⁵¹⁵. No plano *constitucional* não há dúvidas quanto a constituição principiológica e aplicação da responsabilidade patrimonial do Estado também aos atos legislativos (Art. 9.3 da CE/78).

O que há é uma capciosa tentativa por parte do Parlamento em ditar, quando lhe for conveniente e sob desconhecidos critérios, quem fará jus a compensação pelos eventuais efeitos negativos que a *aplicação* de uma lei no plano concreto possa ocasionar a um ou determinados particulares nas hipóteses em que ele não tiver a intenção deliberada de suprimir parcial ou integralmente o patrimônio do particular, pela via da expropriação, sob o fundamento de um interesse público comum.

Uma regulamentação neste sentido, nos moldes da redação empregada no apartado 3º do Art. 139 da LRJAP y PAC/92, não pode ser entendida — por mais entusiastas e convencidos que estejamos da necessidade de implantarmos não só uma *accountability* (controlabilidade), mas também uma satisfatória e eficaz *liability* (responsabilidade) dos atos legislativos — como um incremento de uma garantia patrimonial aos administrados ou mesmo de um primeiro e tímido sinal de autoflagelação por parte do Poder Legislativo quanto a sua conduta legisferante.

⁵¹⁵ Advirta-se que as leis submetidas ao controle de constitucionalidade obedecem ao procedimento previsto na Lei orgânica nº 2/1979, de 3 de outubro — Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTIC).

O espírito “garantista” constante da redação do artigo 139.3 está longe de assegurar a incolumidade patrimonial do particular que, de direito, nela inexistente.

Dita solução (estabelecimento de uma indenização pela própria lei lesiva e a critério da conveniência e oportunidade do próprio legislador) nada tem de evolucionista, eis que chegou a ser sustentada sem muito sucesso pela grande maioria dos clássicos doutrinadores jacobinos encorajados a tentar explicar o dever de indenizar do Estado Legislador francês. É, pois, um argumento ademais de óbvio e involucionista, certamente pobre de espírito.

Apesar da manifesta desproporção, salutar o alerta feito por GARRIDO⁵¹⁶ de que há que se ter cautela quanto à “funesta obsessão” que muitos têm (incluindo ele quando em vida) de ver afiançada (ao menos mediante a teoria do «caso concreto») a todo custo a Responsabilidade do Estado Legislador ou, segundo sua (restrita, diga-se) visão, da responsabilidade por atos de mera aplicação de leis declaradas inconstitucionais que causam danos e prejuízos aos administrados.

Os argumentos postos no plano doutrinal e jurisprudencial, por mais diversos, interessantes e instigantes que se apresentem não nos convencem de que há uma proteção e reação jurídica aos problemas gerados pelos atos legislativos lesivos de direitos e interesses. Ao revés, só nos confundem.

Não há que defendermos no plano principiológico-constitucional a universalidade da responsabilização de todos os poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) sem definirmos no plano hierárquico e estrutural do Estado quem verdadeiramente será o ente legítimo que irá responder pelo seus atos: se o Estado espanhol em si, por ser uno, indivisível e “assunso” de toda e qualquer espécie de responsabilidade pública (tese unitária da responsabilidade pública) — tese à qual nos filiamos⁵¹⁷ —, ou se cada representante ou órgão da Administração encarregada da

⁵¹⁶ GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 1993, p. 132.

⁵¹⁷ Entendemos que estrutural e organizacionalmente as atividades e funções dos poderes estatais estão bem definidas. A imputação de uma responsabilidade civil a determinada “Administração Pública” espanhola como consequência de uma falta na prestação de um serviço público não reflete a influência da raiz francesa de uma *responsabilité d’État sans faute*. Não faz falta que aqui — ao contrário do que acontece na Itália, conforme nos informa Jesus LEGUINA VILLA (*La responsabilidad civil de la Administración Pública: su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, 2ª ed., prólogo de Eduardo García de Enterría, Tecnos, Madrid, 1983, p. 88 e ss.) — investigue-se sobre a responsabilidade direta ou indireta, dele ou daquele funcionário ou

prestação de um determinado serviço público (teoria organicista da responsabilidade pública).

Caso contrário continuaremos a padecer de resposta sem desvelarmos o imbróglio alimentando-o, por exemplo, com discussões desnecessárias acerca do enquadramento da atividade legisferante como um *serviço público da legislação* (em palavras da doutrina francesa)⁵¹⁸ prestado por uma ainda não criada “Administração Legislativa” ou, não bastasse, se incumbe ao Estado responder tão somente pelos danos provocados pelo Poder Judiciário (Estado-Juiz) e Poder Legislativo (Estado-Legislator) enquanto quem sofrerá os ônus das indenizações pelas lesões provocadas será a Administração Sanitária, a Administração Econômica, a Administração de Serviços Urbanos, a Administração de Assuntos Exteriores ou qualquer outro nome sugestivo que se queira dar ou inventar cada vez que alargarmos ou enquadrarmos uma nova atividade estatal no conceito já por demais extenso de serviço público. Urge abandonar esta linha argumentativa.

Nesta perspectiva diferencial de responsabilidades como responder *e.g.* à instigante questão acerca de se é possível ou não considerarmos como solidária a responsabilidade civil derivada de atos (comissivos ou omissivos) danosos contidos ou emergidos de uma lei originariamente delegada pelo Parlamento ao Poder Executivo? A quem imputaríamos esta eventual espécie de responsabilidade: ao Estado-Legislator delegante, à Administração Pública específica que legislou com base na delegação previamente outorgada ao Governo, ao órgão ou agente administrativo que executou os seus comandos? A nosso modesto juízo a tese organicista não é capaz de responder a tão atual e complexo questionamento⁵¹⁹.

órgão, pois o sistema implantado privilegiou não a ação e a conduta estatais mais as conseqüências lesivas sofridas pelo sujeito lesado. A nosso ver, deveria-se imputar exclusivamente ao Estado, ente congregador de todos os poderes públicos constituídos, a responsabilidade civil patrimonial por todos os seus atos sem a limitação a uma Administração constituída que manteria sua personalidade jurídica própria, mas o ente passível de sofrer os efeitos da responsabilização seria o Estado em sua unidade soberana e indivisível. Isso permitiria, dentre outras coisas, que por exemplo a responsabilidade civil por atos legislativos *do Estado* (objeto do nosso estudo) fosse atribuída ao próprio Estado-Legislator e não contra uma “Administração Pública da Legislação” incapaz de conceber-se. Quem legisla e deve responder pelos seus atos não é a Administração Pública, mas sim o Estado no exercício de sua função legisferante.

⁵¹⁸ O TC pronunciou-se em várias ocasiões no sentido de negar a inclusão da atividade legislativa no conceito de “serviço público” do artigo 106.2 da CE/78. São exemplos as STCs 127/1987, de 16 de julho (FJ 3º); 70/1988, de 19 de abril (FJ 3º) e 112/2006 (FJ 21).

⁵¹⁹ Essa eventual espécie de “responsabilidade civil solidária” é possível de ser cogitada se tomarmos em consideração a seguinte afirmação do Tribunal Constitucional na STC 61/1997, de 20 de março, FJ 2º, letra “a”, nestes termos, *ipsis literis*: “*Por tanto, ha de ser posible, en un proceso constitucional en que se cuestiona la validez de la Ley delegada, enjuiciar también los motivos de inconstitucionalidad que sean atribuibles a la Ley de delegación*”.

Se continuarmos envolvidos nesse afã diferenciador como podemos afrontar um dos questionamentos nodais emergidos com o advento da teoria da Responsabilidade do Estado Legislador: a de saber se as leis são instrumentos pelos quais o Estado se vale para produzir danos ou, noutra viés, se são elas capazes de produzir danos, lesões ou ainda sacrifícios patrimoniais aos administrados ainda que de forma involuntária? Em caso positivo, como enquadrá-las no sistema de proteção das garantias constitucionais dos jurisdicionados contra os atos lesivos do Estado?

Essas foram as premissas que instigaram a DUGUIT e seus seguidores e opositores a lançarem suas apaixonantes e inflamadas doutrinas, todos movidos pelo sentimento de repúdio à irresponsabilidade do Estado frente aos jurisdicionados até mesmo quanto aos atos tidos por soberanos e intocáveis como eram então as leis. A preocupação sempre foi a de se saber sob que bases poderia estar fundada uma garantia neste sentido.

Os franceses optaram por sedimentá-la com base no princípio de não violação do princípio de igualdade na imposição e repartição dos encargos públicos. Os alemães pela não imposição de sacrifícios ou pela proibição de excesso. E os espanhóis? Nenhuma nem outra. Primeiro mesclaram as concepções construídas para tentar justificar (sem sucesso) a responsabilidade da Administração por funcionamento *normal* do serviço público — adstrita a não violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos — com as bases justificantes de um outro instituto cujo título indenizatório é totalmente diverso do da responsabilidade patrimonial do Estado, mas que também está inserido no rol de garantias do administrado contra as exigências e ingerências do poder público: a expropriação.

Daí entendermos não se poder advogar pela construção de uma doutrina híbrida ou *sui generis* fruto do *mix* hermenêutico-dogmático como ao que parece sem querer provocou o legislador da LRJAP y PAC/92 com a má, confusa e quiçá propositada redação atribuída ao apartado 3º do Art. 139, o que é triste se não fosse lamentável.

O legislador de 92, definitivamente, procurou introduzir no bojo de uma lei destinada exclusivamente a regular a relação do administrado com a Administração uma solução para o enigma dos danos provocados diretamente pelas leis através da aplicação

extensiva de conceitos jurídicos incompatíveis porque só aplicáveis aos atos de administração. Aos legislativos propriamente ditos, não.

Não bastasse, ao tema da Responsabilidade do Estado Legislador, por sua conta e risco, parece ter resgatado a polêmica da necessidade de aferir-se judicialmente a real *intencionalidade* de indenizar do legislador quando este não trate de especificar no corpo da lei lesiva emanada a forma, o prazo, a quantia e o modo do pagamento da compensação.

É dizer, numa interpretação a *contrario sensu* da locução «*cuando así se establezca en los propios actos legislativos y*⁵²⁰ *en los términos que especifiquen dichos actos*» contida na parte final do Art. 139.3 é possível extrair-se 02 (duas) conclusões: 1ª) quando o legislador *não estabelecer*, ou melhor, *não reconhecer* no corpo da lei a obrigação de indenizar-se os danos causados pelos atos de aplicação, o seu silêncio equivale a uma tácita negativa quanto ao direito de eventual compensação; 2ª) quando o legislador *não especificar* os termos em que se procederá a indenização, mesmo tendo reconhecido o dever da Administração de indenizar, haverá a necessidade de aferir-se a sua intencionalidade, mecanismo por demais perigoso num sistema que prega o objetivismo e o combate aos casuísmos.

Veja-se a complicação da configuração da responsabilidade do Estado Legislador aqui na Espanha.

Para que o lesionado exercite pela via da garantia da responsabilidade patrimonial o seu direito de ação contra a *Administración Pública* correspondente em face de uma lesão que lhe foi provocada pela *aplicación* de uma determinada lei deve ele provar, acaso queira restabelecer seu patrimônio ao seu *status quo*, que sofreu um dano individual e efetivo e de determinada monta econômica sobre específico *direito*⁵²¹; que o serviço público prestado pela Administração Pública de acordo com as diretrizes da lei impugnada não funcionou ou funcionou mal ou tardiamente; que não há no

⁵²⁰ O conector “y” empregado na redação do artigo 139.3, parte final, da LRJAP y PAC dá a idéia de cumulatividade e dependência entre o reconhecimento do dever de indenizar e o mecanismo prático da compensação dos danos e prejuízos provocados na aplicação da lei, ou seja, não basta que a lei recoheça o direito à compensação pois este só será exercitável se o mecanismo prático para o seu exercício também estiver disposto pelo legislador.

⁵²¹ O apartado 3º que, em tese, regulamenta a Responsabilidade do Estado-Legislator limita a indenização pela aplicação de atos legislativos de natureza não expropriatória de *dereitos* quedando-se omissos quanto aos *interesses legítimos* igualmente protegidos pela Constituição.

ordenamento jurídico infraconstitucional nenhum regramento disposto em lei que o obrigue a suportar gratuitamente a incursão estatal e o danos; que a lei originária do comando objeto de aplicação pela Administração não tenha por finalidade uma expropriação de bem ou direito, ou seja, que o legislador que ordenou a aplicação do ato administrativo causador do dano não teve a intenção de expropriar e, por fim, o que é pior, que esse legislador tenha tido a sensibilidade e a “compaixão” de reconhecer no próprio corpo da lei o direito à indenização e os seus mecanismos de pagamento. Não reunidas, articuladas e provadas todas essas circunstâncias incabida a responsabilização do Estado pelo fato de aplicação das leis.

Diante de todas estas dificuldades e barreiras impostas pelo legislador ao exercício do direito de ação do administrado para recomposição do seu patrimônio, pergunta-se: há como aceitarmos o entendimento de que a norma de regência da Responsabilidade do Estado Legislador na Espanha seja o Art. 139, apartado 3º, da LRJAP y PAC/92? Há como afirmarmos que o ordenamento espanhol combate a irresponsabilidade do Estado Legislador e garante a proteção patrimonial de todo e qualquer administrado contra as imposições legislativas danosas? Não resta dúvida que somos pela negativa de tais questionamentos.

Outrossim, há que se considerar que a redação do controverso apartado 3º do art. 139.3 também deixa flagrante a *autoridade paternalista* do Parlamento frente à Administração Pública ao ditar sem direito à contestação que a responsabilidade do Estado pelo fato das leis está cingida a tão somente 1 (um) único e repugnante suposto: a responsabilidade por danos oriundos da *aplicação* de uma lei reconhecidamente viciada e danosa já em sua origem.

Esta hipótese, já vimos, é totalmente falsa. Sob o enfoque estritamente formal da lei de 1992 quem gera o dano e obriga a sua imposição é o Poder Legislativo (“pai”), mas quem aplica, concreta e compulsoriamente sofre as conseqüências econômicas da materialidade lesiva é o órgão ou o agente público de uma Administração Pública correspondente (“filho”). O crime cometido pelo “pai” acaba sendo injustamente imputado ao “filho” que lhe deve incondicionalmente obediência⁵²².

⁵²² Esta “obediência” refere-se ao dever de submissão que o agente público e as Administrações têm aos comandos imperativos e disciplinares impostos pelo “pai” (Parlamento), titular do “poder parental” (poder de condicionar todo e qualquer ato da Administração Pública ao princípio da legalidade estrita) sobre a figura dos “filhos” (agentes e órgãos administrativos).

Diante de tal evidência, como então imputarmos ao Parlamento que edita e faz a lei — ato jurídico gerador do dano — a responsabilidade patrimonial do Estado sendo que a única hipótese de incidência da responsabilidade está condicionada a ato executor de *aplicação* por parte da Administração? Afinal, se a responsabilidade regulamentada pelo supracitado dispositivo é imputável aos *atos legislativos* porque vincular a sua caracterização a um ato de *aplicação* não inserido na competência do Poder Legislativo, mas sim na do Poder Executivo através da Administração Pública? Porque responsabilizar determinada Administração Pública por um ato de aplicação de lei se a responsabilidade que se pretende estatuir é a que tem justa causa no ato legislativo do Parlamento?

Como se vê, totalmente infundada a disposição contida em tal “regramento” (Art. 139.3). Sua linguagem por demais confusa expõe o óbvio: a responsabilidade do Poder Executivo ou de uma de suas Administrações Públicas por seus atos de execução e aplicação das leis, não a responsabilidade pela edição de atos legislativos.

Para nós, pese as excepcionalidades próprias e necessárias inerentes à sistemática dos *checks and balances* (freios e contrapesos) observáveis na interação entre os poderes de Estado, sempre ficou claro que ao Poder Legislativo incumbe essencial e primordialmente a função de legislar *editando* leis, ao Poder Executivo de *executar e aplicar* ditas leis regulamentando-as se preciso for e ao Poder Judiciário de interpretar e aplicar concretamente as leis prestando uma tutela jurisdicional efetiva ao jurisdicionado solvendo conflitos de interesses e zelando pela manutenção da ordem pública e paz social.

Quaisquer tentativas de desvirtuamentos legais de tão claras atribuições a nosso sentir parecem descabidas e reprováveis, por inoportunas e no mais das vezes inconstitucionais, e também por atentarem contra a sólida e enraizada estrutura do atual Estado Democrático e Social de Direito de nosso tempo. É o caso da LRJAP y PAC /92 no que se refere ao tema da Responsabilidade do Estado Legislador e de sua falsa hipótese indenizatória inscrita no artigo 139, apartado 3º.

Outro sério inconveniente gerado pela insuficiente normativa do malsinado artigo 139.3 recai sobre a desproteção do cidadão espanhol quanto ao respeito e vinculação do Estado ao processo integrativo do país na Comunidade Européia pela

transposição, obediência e cumprimento das normativas comunitárias no âmbito interno do ordenamento jurídico.

A “norma de regência” atual não cogita sequer da possibilidade de que o Estado seja responsável pelos danos e prejuízos que a sua desídia, omissão, não transposição e não cumprimento das normativas comunitárias possam ocasionar aos jurisdicionados mesmo ante à crescente e paulatina solidificação doutrinária e jurisprudencial acerca da responsabilidade patrimonial dos Estados-membros por descumprimento de diretivas na seara do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Tribunal de Luxemburgo), tendência esta que Espanha não está autorizada a rechaçar.

Não bastasse, afora todos esses impropérios técnico-jurídicos, é possível ainda destacarmos que a normativa do artigo 139.3, para certo setor da doutrina, não apresenta um regime jurídico indenizável capaz de contemplar expressamente as hipóteses de danos e prejuízos causados por leis não declaradas inconstitucionais, ou seja, não prevê solução aos casos em que a responsabilidade do Estado Legislador derive de um ato formalmente lícito e legítimo aos olhos da Constituição ou mesmo do próprio TC.

Noutros termos, para os defensores de que a responsabilidade civil por atos legislativos do Estado *prescinda* da declaração prévia de constitucionalidade por parte do TC, por não considerarem a antijuridicidade do ato legislativo vinculada a sua afronta à Constituição, o artigo de lei apresenta-se atrofiado diante do vazio jurídico neste sentido.

O argumento é simples: se a lei tiver *natureza expropriatória* deverá, por óbvio, estar adstrita à garantia indenizatória do artigo 33.3 da CE/78. Porém, se a lei declarada constitucional após o crivo do TC estiver cargada de *conteúdo materialmente lesivo* (\neq expropriante por não enquadrar-se no conceito de privação singular do Art. 1º da LEF/1954) causador de danos e prejuízos aos seus destinatários, como indenizá-los à luz do regramento disposto no artigo 139.3 da LRJAP y PAC/1992? A resposta não é nada fácil e será melhor abordada com maior detenimento um pouco mais adiante. Entretanto, podemos antecipar desde já as seguintes premissas.

Para aqueles que acreditam que o mecanismo de responsabilização civil do Estado Legislador só pode ser ativado após uma declaração prévia e confirmatória de inconstitucionalidade da lei por parte do TC não tem cabida esse questionamento estando as hipóteses indenizatórias centradas invariavelmente em 04 (quatro) supostos bem definidos: 1º) a lei declarada inconstitucional por violação de algum ou alguns dispositivos constitucionais concretos onde todos os danos e prejuízos eventualmente provocados por atos de aplicação deverão ser integralmente ressarcidos pela via da responsabilidade civil do Estado; 2º) a lei produz danos expropriatórios em razão de sua própria *natureza expropriante* que deverão ser compensados com base na concepção de justo preço do artigo 33.3 da CE/78; 3º) a lei de *natureza não expropriatória* causadora de danos reconhecer o dever da Administração de indenizar estipulando em seu próprio texto a quantia e os mecanismos de processamento da indenização conforme determinação do artigo 139.3 da LRJAP y PAC/92; 4º) na hipótese de uma lei de *natureza não expropriatória* que não preveja nada a respeito (silêncio) de uma possível compensação aos seus destinatários a única possibilidade de compensação residiria num suposto beneplácito por parte do TC ou outro órgão ordinário julgante em caso de um eventual enquadramento interpretativo e equiparativo da ação legislativa interventiva no conceito de privação singular, hipótese em que aplicar-se-ia a garantia do artigo 33.3 da Constituição em face da caracterização de uma expropriação *ope legis*.

Ao revés, para aqueles que defendem não ser a declaração prévia de inconstitucionalidade da lei um *prius* lógico e necessário condicionante do dever estatal de indenizar, isto é, um elemento imprescindível, a responsabilização pelos danos legislativos configurar-se-ia nas seguintes hipóteses: 1º) a responsabilidade patrimonial poderá ser imputada ao Estado no caso da lei violar direta e frontalmente dispositivo constitucional e causar dano os seus destinatários (indenização com causa na inconstitucionalidade) através de atos administrativos de aplicação; 2º) o direito à compensação, bem como a sua quantia e mecanismos resultariam dispostos na própria lei danosa não expropriante segundo a regra do art. 139.3 da LRJAP y PAC/92; 3º) a lei produz danos expropriatórios em razão de sua própria *natureza expropriante* que deverão ser compensados com base na concepção de justo preço do artigo 33.3 da CE/78; 4º) a responsabilidade civil do Estado poderá ser imputada com base no princípio geral insculpido no artigo 9.3 c/c arts. 33.2 e 53.1 da CE/78 nos casos em que a lei declarada constitucional *não for de natureza expropriatória e tampouco enquadrar-se, por equiparação, no extenso conceito material de privação singular* do

artigo 1º da LEF/1954 através de um beneplácito oriundo de uma possível interpretação do TC ou do órgão ordinário julgante.

Como se vê, a divergência encontra-se justamente na hipótese de responsabilização estatal pela emissão de um *ato legislativo lesivo de natureza não expropriatória* silencioso quanto à compensação.

Para os que vêm a declaração de inconstitucionalidade como um *prius* os eventuais danos e prejuízos enquadram-se no conceito de privação singular porque apesar do ato legislativo não ter natureza expropriatória, produz *efeitos materialmente “expropriatórios”* sendo-lhe aplicável, por extensão e equiparação, a garantia do artigo 33.3 da CE/78. Para os que *não* vêm a inconstitucionalidade como *prius*, ao revés, os efeitos deste tipo de leis não são necessariamente tidos por “expropriatórios” razão pela qual estar a imputação da responsabilidade pelos danos ocasionados adstrita aos preceitos do artigo 9.3 c/c arts. 33.2 e 53.1 da CE/78 e não, de forma “arranjada” e “equiparada” à garantia expropriatória do artigo 33.3 da CE/78. Para os que defendemos esta hipótese, não há que confundirem-se os institutos e suas respectivas garantias patrimoniais.

8.2. Críticas à hipótese indenizatória dos danos não expropriatórios prevista no artigo 139.3

Art. 139.3 da LRJAP y PAC/1992: “Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

Em complemento às nossas anteriores considerações temos por insatisfatória e equivocada a hipótese indenizável prevista no artigo supracitado cuja a essência é, relembre-se, estabelecer que haverá indenização por parte da Administração Pública na seguinte hipótese: a) quando tratar-se da *aplicação* de um ato legislativo; b) quando o *ato legislativo* tiver originariamente uma *natureza não expropriatória*, ou seja, não tiver a intenção de expropriar algum bem ou direito particular; c) quando houver ausência de regulamentação legal anterior obrigando o particular a gratuitamente suportar as incursões e lesões estatais sobre a sua esfera patrimonial protegida; d) quando a

indenização e o seu mecanismo de apuração vier estabelecido pelo próprio ato legislativo produtor do dano.

Em resumo: deverá a Administração indenizar o particular quando *cumulativamente* se reunirem os requisitos acima dispostos.

Pois bem, fazendo-se um juízo crítico a tal disposição normativa podemos observar já a primeira vista que a mesma não chega sequer a constituir uma reação jurídica ao ato condenável pelo ordenamento jurídico — independentemente de qualquer incursão sobre o mérito de sua antijuridicidade (ilicitude ou licitude) — já que a sua densidade normativa é baixíssima e insuficientemente capaz de conformar a *reserva de lei* constitucionalmente prevista no Art. 106.2 da CE/78 imposta pelo constituinte não só para que regule de forma plena e segura a responsabilidade do Estado-Administrador, mas também, *in extenso*, a todos os poderes públicos⁵²³.

Vale dizer, a redação do artigo 139.3 da lei em comento, destinada a estabelecer formalmente um suposto indenizável em contrapartida a um ato lesivo praticado pela Administração Pública do Estado, estabelece curiosamente que a *Administração* deverá indenizar por um ato que não praticou (*ato legislativo* de natureza não expropriatória).

Diante destas “lúcidas” exigências do Art. 139.3, perguntamos: que reação jurídica é esta proposta pelo sistema jurídico vigente? Está o particular efetivamente garantido e protegido frente às incursões legislativas que em tese não têm o condão de expropriar? Obviamente que não!

⁵²³ A falta de densidade normativa numa lei emanada pelo Parlamento pode adquirir contornos demasiado problemáticos na medida em que a reação jurídica imposta pelo sistema a determinados atos lesivos deixe de ter protagonismo na regulação objetiva da lei (princípio da reserva de lei) e passe a ser fruto do arbítrio subjetivo de juízes e tribunais (princípio da reserva de jurisdição), circunstância esta provocadora de um notado choque funcional que dilapida o ideal de harmonia entre o princípio da separação dos poderes do Estado e o da segurança jurídica buscada pelo império da lei com o da prestação de uma tutela jurisdicional efetiva. Uma lei normativamente insuficiente, ademais de dar margem a transformação de um direito originalmente de *configuração legal* em outro oriundo de uma *configuração judicial*, pode ainda incorrer em inconstitucionalidade conforme nos traz à colação David BLANQUER em «La soberanía del arbitrio judicial en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», p. 32 e seguintes, artigo constante dos *Cuadernos de Derecho Judicial II (Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez)* dirigido por José DÍAZ DELGADO, Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

A nosso ver, o pecado original de dita norma o reside na falsa percep o um tanto mecânica e matemática de que ato legislativo + ato administrativo constituem um ato lesivo único cuja carga deve ser exclusivamente suportada pelo agente executor imunizando-se a a o do seu mentor e instituidor, o legislador. Isso não   correto como já outrora adiantamos.

Se o ato legislativo desprovido da inten o de expropriar   o que impõe e reúne ao mesmo tempo a ordem para que o particular suporte gratuitamente a interven o estatal e o dano que lhe   advindo, e   a Administra o quem executa e aplica este mandado já viciado, por lesivo em sua origem (Parlamento), não resulta óbvio que seja a Administra o e não o Legislativo o ente ao qual se imputa a responsabilidade. O ato complementar de cunho administrativo-executor não pode e nem deve absorver e incorporar, *por osmose*, todas as mazelas e impropriedades criadas pelo ato original, o ato legislativo.

Inadmitida a transferência e concentra o do risco unicamente no ato acessório,   inadmissível também relegarmos ao legislador, causante do dano, o livre arb rio de decidir, de acordo com sua conveniência e oportunidade, sem critérios objetivos previamente conhecidos, quem, quando, como, por quanto e em que hipóteses devem ser indenizados.

Esse “estranho” mecanismo de responsabiliza o não chega a constituir logicamente uma *rea o jurídica* a uma a o estatal prejudicial ou uma san o a uma infra o condenada pelo ordenamento, mas sim uma camuflada *a o lesiva* carregada de impunidade, o que   inaceitável num Estado dito social-democrático e de Direito.

Além disso, insta observar que a reda o do citado dispositivo   omissa quanto a expressão “dano” ou “lesão” (dano + antijuridicidade objetiva traduzida na ausência do dever de suportar) limitando-se a afirmar que a Administra o indenizar  pela aplica o de atos legislativos de natureza não expropriatória de direitos que o particular não tem o dever jurídico de suportar. Cabe a pergunta: suportar o quê: condicionamentos e limita es gerais, cargas públicas individualizadas gratuitas e efêmeras, servidões, requisi es, um sacrifício, etc.? Qual seria o dano juridicamente relevante protegido pela norma?

O mandamento legal é confuso neste sentido porque extremamente aberto e impreciso dando margem a uma infinidade de questionamentos sobre o que se deva considerar como um dano gratuitamente suportável. Por certo que na redação emprega-se o termo «*indemnizarán*» que pressupõe, apesar de apresentar-se como uma locução verbal (no plural) associada às “Administrações Públicas” («*las Administraciones Públicas indemnizarán*»), que tanto os danos quanto os prejuízos provocados pela lesão deverão ser indenizados.

Entretanto, não constitui o mesmo indenizar um mero prejuízo econômico efêmero do que um sacrifício de direito permanente. O dever de suportar só traduz condicionamento quando respeita o conteúdo mínimo do direito e se reveste de normalidade; de outro lado, não será condicionamento, mas sacrifício⁵²⁴, conforme adiante veremos (item 10.1.).

A questão está mal resolvida. Se é realmente verdade que a funcionalidade da LRJAP y PAC/92 em matéria de responsabilidade gravita em torno do conceito de lesão indenizável igualmente verdade seria considerarmos como admissível de indenização — *acaso não haja previsão legislativa quanto ao dever jurídico do particular de suportar gratuita e solidariamente a investida estatal, princípio ativo da lesão indenizável* — a hipótese em que os agentes públicos causam diretamente *sacrifícios de direitos e interesses* aos jurisdicionados, afinal, a essência do conceito de lesão ressarcível está umbilicalmente atrelada à diferenciação entre o *sacrifício especial* de cunho francês e com critério mais que tudo quantitativo e o *sacrifício não exigível* de origem alemão fundado exclusivamente sob as bases do critério material da igualdade, conforme já nos revelou o próprio GARCÍA DE ENTERRÍA⁵²⁵.

Se tomarmos também como parâmetro uma escala exemplificativa, qualquer que seja a disposição de atos interventivos de acordo com o seu grau de intensidade sobre a esfera patrimonial do particular (limitação → ocupação temporal → requisição → servidão → restrição → expropriação, por exemplo) e cotejarmos com a clássica defesa do amplo conceito de *privação singular* emergida da doutrina e jurisprudência face a interpretação irradiada do *caput* do artigo 1º da LEF/1954, percebemos que antes

⁵²⁴ Cf. SUNDFELD, *op. cit.*, 2003, pp. 66 e 93: “(...) na regulamentação do direito constitucionalmente assegurado, o legislador tem como limite a garantia da utilização do bem. Pode diminuí-la, condicioná-la, dificultá-la. Porém, todo ato estatal que importe em impedir — ou reduzir à insignificância, que é a mesma coisa — a utilização, gerará sacrifício do direito de propriedade”.

⁵²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, 1984, p. 71 e ss.

do extremado ato de expropriação nem um outro ato interventivo está dotado de um regime jurídico compensatório distinto ao do artigo 33.3 da CE/78.

Ditos atos ou se enquadram no conceito de privação singular merecendo indenização ou se constituem automaticamente como limitações e condicionamentos gerais que deverão ser gratuitamente suportados em prol do interesse público. Não há um meio termo.

Por tal razão não passa a “indenização de danos não expropriatórios” de uma letra jurídica morta, de um mero papel molhado no “instaurado” sistema de responsabilidade do Estado-Legislator, porque vazia de sentido.

Os artigos 1º da LEF e o 139.3 da LRJAP y PAC, pela própria natureza de atos que regulam, são por si só contraditórios e não intercambiáveis, por incompatíveis, não havendo qualquer razão para que se mantenha esta falsa diferenciação havida entre a regulação formal de uma indenização por danos não expropriatórios (Art. 139.3) e o conceito expansivo de privação singular mantido no âmbito dos juízos e tribunais a partir da interpretação do artigo inaugural da lei de 1954.

Deve haver, com a maior brevidade possível, uma retração conceitual do que seja uma privação singular seguida de uma desvinculação e corte do cordão umbilical que ainda insiste em unir e confundir a autêntica identidade de ambos os institutos da expropriação e o da responsabilidade civil do Estado no aspecto relativo às intervenções limitadoras.

Em nossa modesta opinião, reformulando-se o conceito de sacrifício e vinculando-o ao conceito de restrição e ao mesmo tempo independizando-o do amplo conceito de privação singular, restaria ao Poder Judiciário a tarefa de guinar a jurisprudência a respeito da matéria valorando a problemática sob sua genuína senda: a da responsabilidade civil do Estado.

Caso contrário, diante deste confuso e preocupante cenário, qual deveria ser então o nosso guia? Quedamo-nos à deriva esperando uma lei que regulamente as hipóteses indenizáveis dos danos causados pelo Estado-Legislator? Continuamos a nossa torcida para que *nos toque “el gordo”* (o prêmio máximo) na loteria indenizatória

administrada pelo legislador? Renunciamos a qualquer outro caminho admissível e passamos a defender cegamente a idéia de que os sacrifícios oriundos de restrições ao conteúdo essencial, útil e econômico de direitos e interesses constituem privações singulares indenizáveis nos moldes do artigo 33.3 da CE/78 como não raro sustentado pelo Poder Judiciário? Convenhamos, ou encontramos rapidamente um escape, ou continuaremos nesse beco sem saída.

8.3. Os danos indenizáveis à luz do artigo 141: parâmetros conceituais

Apreciando os limites dos danos ressarcíveis estabelecidos pelo legislador da LRJAP y PAC/1992 para as hipóteses de responsabilização das Administrações Públicas é possível identificarmos alguns parâmetros objetivos conceituais *a priori* e em tese aplicáveis ao suposto de responsabilidade administrativa derivada da aplicação de atos legislativos de natureza não expropriatória reconhecida no artigo 139.3 que grande parte da doutrina entende enquadrar-se numa responsabilidade do Estado-Legislator, idéia a qual não compartimos conforme já restou consignado.

Em pese não ser objeto da nossa atual investigação averiguar em detalhe os critérios e os mecanismos existentes no ordenamento jurídico espanhol que permitam fixar com certo grau de certeza e fiabilidade o *quantum respondeatur* ou *debeatur* dos elementos e valores econômicos que devem compor a indenização devida ao particular, bem como adentrarmos com maior detenimento na controvérsia acerca do enquadramento e alcance da lesividade dos atos legislativos sob a égide dos institutos da *aestimatio rei* (mais próximo à idéia de *justum pretium*) e do *id quod interest* (mais próximo à idéia de ressarcimento integral) ínsitos, respectivamente, na problemática levantada pelas expropriações *ope legis* e a própria responsabilidade por atos legislativos — tema digno de outra tese doutoral —, é possível a nosso juízo desde já identificarmos algumas raias dispostas pela atual ordem jurídica na delimitação da obrigação estatal de indenizar.

Para tanto, basta neste momento tomarmos o dano ressarcível como causa e pressuposto básico capaz de por em funcionamento o mecanismo de imputação da responsabilidade civil extracontratual ao Estado, sem qualquer incursão pormenorizada sobre seus possíveis efeitos negativos e patrimoniais concretos. O nosso foro é aqui exclusivamente observar, de forma geral e abstrata, os parâmetros conceituais adotados pelo legislador de 1992.

Nesse esteio, analisando o texto da LRJAP y PAC/1992 vemos que o legislador no artigo 139.2 deixou consignado que o dano relevante juridicamente passível de ser imputado à Administração Pública deve possuir as seguintes características: efetividade, substrato econômico e caráter individual determinável.

Com esta delimitação tratou o legislador por circunscrever o mecanismo de imputação da responsabilidade civil do Estado-Administração inicialmente sob 03 (três) variantes:

- a) ao exigir a **efetividade** do dano alegado procurou o legislador de 1992 centrar-se nos efeitos certos e concretos (danos emergentes e lucros cessantes), atuais ou futuros, que o ato estatal lesivo provocou de forma imediata ou previsivelmente provocará na esfera patrimonial protegida do jurisdicionado. Cerrou-se passo à especulação acerca de danos hipotéticos ou eventuais dando-se virtualidade a eventuais danos futuros;
- b) ao estabelecer que o dano alegado deve ser **avaliável economicamente** não quis o legislador centrar-se na forma essencialmente material e física da dilapidação patrimonial provocada com vistas a tornar mais “palpável” a eventual indenização devida com base apenas no equivalente econômico (*aestimatio rei*) do bem integrante do patrimônio do administrado. Definitivamente, o legislador não tornou rígido e circunscrito a quantia indenizatória devida ao preço ou ao valor de mercado aplicado ao bem inerente ao direito ou ao interesse juridicamente protegido objeto da lesão. Pelo contrário, deixou aberto e flexível o campo de imputação a cargo do particular para que este demonstre, por todos os meios ao seu alcance, a utilidade econômica e o valor de uso que o objeto jurídico tutelado tinham realmente em seu patrimônio no momento em que se produziu a incursão estatal lesiva permitindo, inclusive, a nosso ver, a discussão acerca dos danos morais ou não patrimoniais como possível parcela integrante da *restitutio in integrum*⁵²⁶;
- c) ao exigir a **individualização do dano com relação a uma pessoa (física ou jurídica) ou grupo de pessoas** deixou claramente o legislador registrado que o sistema de responsabilização civil do Estado não admite um caráter generalizado estando seu

⁵²⁶ Agiu bem o legislador da LRJAP y PAC/1992 ao não fixar legalmente um conceito de dano ressarcível mais rígido. Qualquer intento neste sentido seria extremamente perigoso porque não serviria para definir objetivamente o *quantum* final da indenização que só pode ser alcançado mediante uma análise econômica e utilitária que o bem jurídico protegido possua subjetivamente para o particular lesionado. A lei só pode demarcar o campo de atuação e fixar as regras do jogo, mas não pode fixar baremos compensatórios definitivos como expressões objetivas de uma indenização “justa”. Cf. STS de 23 de janeiro de 2008, FJ 5º.

alcance adstrito a um “seleto” número de jurisdicionados identificáveis que sofreram um dano próprio, ou seja, um dano incidente sobre a sua pessoa ou bens. Contudo, olvida-se o legislador de adotar qualquer outro critério objetivo que permita interpretar restritiva e quantitativamente o conceito jurídico indeterminado ínsito na expressão «*grupo de personas*», forma aberta que dá margem a uma interpretação muito variada a respeito do seu alcance.

Mais adiante, especificamente no artigo 141⁵²⁷, trata o legislador da LRJAP y PAC/1992 de acotar um pouco mais a margem de imputação da responsabilidade civil à Administração Pública estabelecendo já no apartado 1º (primeiro) que “(*...*) *no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*”.

Ou seja, fortaleceu a idéia majoritariamente defendida pela doutrina de que a responsabilidade patrimonial do Estado deve ativar-se tão somente mediante uma causalidade adequada ou eficiente — causa normalmente geradora do resultado danoso⁵²⁸ ou, o que é o mesmo, motivo do prejuízo diretamente previsível — numa estrita relação de causa e efeito entre a prática do ato estatal e seus efeitos diretos e imediatos (dano atual) ou previsíveis (dano futuro) sobre a esfera jurídica protegida do jurisdicionado. Circunstâncias inevitáveis, natural (caso fortuito, força maior) ou cientificamente, não poderão ser imputáveis ao Estado a título de responsabilidade civil⁵²⁹.

No que tange a apuração da quantia indenizatória descrita no apartado 2º do artigo em comento⁵³⁰ (141) tendeu o legislador — lamentavelmente, por notado contra-senso com a amplitude advinda do artigo 139 da LRJAP y PAC — a adotar como

⁵²⁷ Na formulação de um comentário crítico a tal dispositivo dedicou-se JORDANO FRAGA (*op. cit.*, «La reforma del artículo 141...»).

⁵²⁸ Cf. a ÁNGEL YÁGÜES, *op. cit.*, p. 754 e ss.

⁵²⁹ Uma outra hipótese de isenção parcial do dever jurídico estatal de indenizar seria a não atuação da vítima com vistas a minorar os efeitos danosos *ab initio* provocados pela incursão estatal lesiva. O particular afetado com a medida estatal não pode usar de artifício para aumentar o seu prejuízo. O Estado deve indenizar os danos causados e não os (amplamente) alegados danos sofridos.

⁵³⁰ “La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado”.

parâmetros elementos componentes da *aestimatio rei* (equivalente pecuniário do bem ou da coisa) típicos da indenização por equivalente restringindo o seu âmbito de apuração aos valores de bens físicos existentes no mercado desprezando a averiguação do valor de apuração de bens, direitos e interesses de índole não material.

Estabeleceu o legislador de 92 que a indenização deve estar necessariamente composta de atualização monetária pelo índice de preços de consumo fixados pelo Instituto Nacional de Estatística, desde a data da resolução judicial, sem prejuízos do acréscimo de juros de mora (apartado 3º do artigo 141). Além disso, possibilitou ao Estado o pagamento dos valores finais devidos em única e integral parcela ou ainda mediante parcelas periódicas aceitas pelo interessado (Art. 141.4).

Este mecanismo de indenizabilidade estatuído na LRJAP y PAC também estendidos aos casos de responsabilização patrimonial do Estado por atos de aplicação das leis não podem (a nosso juízo) ser transportados ao tratamento da indenizabilidade de danos legislativos diretos que exigem um maior campo de apuração das inúmeras variantes que possam irradiar dos casos concretos.

Tais espécies de danos, de modo algum, salvo na hipótese de expropriação *ope legis*, podem estar vinculados a um mecanismo de indenização inerente ao instituto expropriatório como quer (ou ao menos deixa transparecer) o legislador.

O artigo 141 serve apenas como parâmetro de delimitação — mais que tudo conceitual — do microsistema jurídico que num futuro próximo (assim esperamos) venha a regular a autêntica responsabilidade civil por atos legislativos do Estado fixando os critérios e elementos que deverão ser aplicados na composição indenizatória dos danos legislativos⁵³¹.

8.4. A tendência jurisprudencial pós 92

Após a publicação e ulterior entrada em vigor da LRJAP y PAC/1992, como se comportou a jurisprudência do Tribunal Supremo, máximo órgão judiciário responsável

⁵³¹ Entendemos que no conceito de **dano legislativo** não se pode englobar os danos *mediatos* que tiveram como causa a prática de um ato administrativo de aplicação ou execução da lei. Para nós, danos legislativos são somente aqueles provocados ou impostos *diretamente* pelas leis.

por averiguar o mérito dessas espécies de demandas contra o Estado-Legislador? Houveram câmbios? Manteve o TS a sua doutrina anterior?

No que se refere ao tema das aposentadorias compulsórias não há dúvidas de que a matéria assentou-se no âmbito do TS em contornos definitivos mantendo-se os prognósticos lançados pela Corte na doutrina construída na STS de 30 de novembro de 1992 que implantou a tese da improcedência dos pedidos indenizatórios de danos e prejuízos causados por carência regulamentar da matéria.

As demandas indenizatórias perpetradas em face de outros órgãos administrativos que não o Conselho de Ministros continuaram sendo inadmitidas a trâmite por falta de legitimidade passiva *ad causam*. Aquelas interpostas corretamente contra o máximo órgão da Administração do Estado (Conselho de Ministros), no mérito, continuaram improcedentes por falta de «desarrollo legislativo» sendo, pois, a única hipótese indenizatória a prevista na própria lei lesiva ao teor do Art. 139.3 da LRJAP y PAC/92.

Quanto ao tema da indenização de danos e prejuízos oriundos da aplicação de atos praticados com base numa lei posteriormente declarada inconstitucional a doutrina continuou a mesma: se ademais do *prius* da inconstitucionalidade houver prova efetiva dos danos individual e economicamente sofridos e nexos causal entre o ato estatal e a dilapidação patrimonial de direitos e interesses consolidados dar-se-á ensejo à indenização⁵³².

Quanto aos danos e prejuízos oriundos de atos legislativos lícitos não expropriatórios a concepção do TS não evoluiu mantendo-se inalterada as 02 (duas) hipóteses já consideradas no item 7.1.2.d) deste capítulo ao qual novamente fazemos remissão: 1ª) casos em que o Conselho de Ministros reconhece administrativa e voluntariamente, a título de *mea culpa*, o dever de indenizar os danos e prejuízos provocados pelos efeitos concretos de tais atos e; 2ª) casos em que o ato oriundo da aplicação de uma lei constitucional não expropriatória provoque um efetivo sacrifício singular patrimonial ao particular sofrido em razão da implementação, pelo Governo, de um câmbio brusco e inesperado na política econômica-fiscal e dirigista que acabe por

⁵³² Nesta hipótese incluem-se os casos de sacrifícios individuais gerados por expropriações *ope legis* ou leis com efeitos expropriatórios inconstitucionais por violação do Art. 33.3 CE/78.

frustrar a boa fé, confiança legítima, equilíbrio patrimonial e (em alguns casos) a igualdade na repartição das cargas públicas.

9. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LEIS INCONSTITUCIONAIS

9.1. A declaração de inconstitucionalidade como *prius* e condição de procedibilidade ao dever estatal de indenizar

9.1.1. Balance crítico

A Responsabilidade civil sempre pautou-se na sua caracterização num ato taxado como antijurídico ou ilegal decorrente de uma conduta comissiva, omissiva ou mesmo omissivo-comissiva na configuração da ilicitude que gerou o dano a ser reparado. Em se tratando dos danos provocados por uma lei declarada inconstitucional não é diferente, pois a lei “ilícita” nesses casos constitui condição *sine qua non* do dano.

A lei, fonte jurídica e técnica tradicional de delimitação dos campos do lícito e do ilícito pode curiosamente resultar em si mesma “ilícita” por desconformidade com os ditames constitucionais dando causa a uma *possibilidade* de responsabilização do Estado pelo exercício lesivo de sua função legislativa que só se tornará real se provada em concreto que foi ela, a lei viciada, a que ofendeu direitos e interesses protegidos dos cidadãos.

Não basta, portanto, que se ateste judicialmente o vício de contrariedade e insubmissão da lei à sua norma superior de referência⁵³³. É imprescindível que dessa lei rechaçada pelo guardião máximo do ordenamento, o TC, derive uma ofensa e um dano à esfera jurídica protegida do administrado. Sem esse *plus* relativo à concreção do dano não passa a lei de um ato potencialmente lesivo.

O Poder Legislativo do Estado é o poder político por excelência congregando no seu numeroso corpo a vontade popular que (em teoria) se manifesta especialmente na elaboração das leis. Contudo, a atividade legislativa pode, sem dúvida, contrariar aquilo que a Constituição expressamente dispõe. Pode, inclusive, não afrontá-la, porém, ainda assim, chegar a causar danos aos administrados como adiante se verá.

⁵³³ Tratados, normas comunitárias, Constituições e leis em geral que o legislador, em face de uma hierarquia previamente constituída, deva obediência na hora de legislar.

A elaboração de leis inconstitucionais leva à prática daquilo que a doutrina clássica classifica como um verdadeiro “ilícito legislativo”⁵³⁴, eis que não é lícito ao legislador infraconstitucional infringir o ordenamento constitucional que cria originariamente o Direito do Estado. A atividade legislativa estará nessas ocasiões em notada desconformidade e contrariedade com o texto constitucional se acaso for “reprovada” em sede de controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal Constitucional⁵³⁵.

A “ilicitude” do legislador, cumpri salientar, não está ligada à prática de ato antijurídico reprovável pelo Direito, mas quer no fundo dizer que o ato de feitura da lei reveste-se de elementos que contrariam a vinculação que ela obrigatoriamente deve ter em relação aos princípios e preceitos magnos da Lei Maior do Estado e outros atos normativos hierarquicamente superiores e vinculantes, mormente aos princípios da supremacia da Constituição e de sujeição dos atos estatais à legalidade constitucional.

Considerar pura e simplesmente como “ilícito legislativo” a contrariedade da lei em relação à Constituição — sem qualquer incursão no sentido de saber se os efeitos negativos do ato legislativo violaram realmente a esfera patrimonial protegida do destinatário — quiçá represente um exagero na medida em que sugere que o dever de indenizar do legislador advém da conjugação do seu ato de aprovação parlamentária seguido de seu afastamento do ordenamento face a sua reprovação no âmbito do TC.

Ainda que insuficiente para caracterizar a verdadeira antijuridicidade exigida para a imputação da responsabilidade civil ao Estado, a “ilicitude” é a expressão que melhor representa a violação do comando constitucional pelo legislador.

⁵³⁴ Maurice HAURIUO, por exemplo, entende que a lei manifestamente inconstitucional traduz atividade *ilícita*, com todas as suas conseqüências correlativas a matéria ressarcitória. Júlio César dos SANTOS ESTEVES (2003, p. 218) também assevera: “À noção de ato legislativo *ilícito* corresponderá, no campo da responsabilidade patrimonial, a lei ofensiva do ordenamento constitucional, a traduzir a ruptura das balizas jurídicas impostas ao legislador e a impor o dever de ressarcir danos patrimoniais que acaso dela decorram”. Destaquei.

⁵³⁵ A instauração dessa autêntica jurisdição constitucional habilitada para declarar a invalidez das leis contrárias à Constituição e expulsá-las do ordenamento jurídico representou a primeira e, sem dúvida, a mais importante “quebra” do conceito tradicional de lei — “quebra” esta caracterizada pela incerteza de até onde vai a liberdade do legislador em configurar o ordenamento — ademais de representar a automática conversão do Poder Legislativo em um poder constituído limitado e submisso a uma norma superior com primazia sobre as demais, a Constituição, conforme nos ensina Luis María Díez-PICAZO GIMÉNEZ (*op. cit.*, 1988, p. 51).

Essa “ilicitude” transparece sob 02 (dois) prismas se considerarmos a natureza da lei em forma e substância. Teríamos assim as hipóteses de uma inconstitucionalidade material e de uma inconstitucionalidade formal.

A inconstitucionalidade substancial ou material ocorre quando a lei contraria frontal e materialmente dispositivo substancial constitucional (direito ou interesse outorgado e garantido pela Carta Política). A inconstitucionalidade formal se verifica quando houver vício insanável no processo legislativo que levou a sua elaboração e também no exercício das atribuições e competências constitucionais e legais.

Quanto à inconstitucionalidade por omissão verifica-se que o ordenamento jurídico espanhol não atribui qualquer tipo de sanção à inação do legislador embora já ecoem algumas vozes na defesa de uma responsabilidade por omissão legislativa nas hipóteses de não internalização e cumprimento das diretivas europeias.

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei infraconstitucional é da competência exclusiva do Tribunal Constitucional em sede de controle concentrado (Art. 161.1.a CE/78), em que pese poder ser suscitada *incidenter tantum* a título de questão prejudicial à resolução do processo (Art. 3º LOTC), em sede de controle concreto, por ato de ofício do julgador ou a requerimento da parte interessada no processo em qualquer juízo ou tribunal (Art. 163 CE/78).

A responsabilidade do Estado Legislador no Direito espanhol em se tratando de uma lei inconstitucional suscita não poucas controvérsias não sendo possível afirmar que a sua aceitação encontra-se sedimentada.

Os desentendimentos estão concentrados na discussão de 03 (três) pontos em especial.

O primeiro consiste em saber se os danos eventualmente provocados decorrem diretamente da lei inconstitucional promulgada ou se somente decorrem dos atos administrativos praticados visando a sua execução e aplicação prática. Ou seja, se a imputação da responsabilidade ao Estado será por fato de simples produção e promulgação de lei danosa ou se o evento gerador da obrigação que se lhe imputa é o

ato administrativo executivo praticado por agente público em desdobramento ao ato do legislador⁵³⁶.

A responsabilidade pública pelos eventuais danos provocados aos administrados é reconhecida nessas duas hipóteses em razão da unicidade dos poderes do Estado. Entretanto, identificam diferentes fatos imputáveis que não podem ser confundidos.

José CRETELLA JÚNIOR, jurista brasileiro, apoiado em VEDEL, prediz que:

“No caso da responsabilidade extracontratual por ato legislativo, a reparação tem de ser considerada sob dois aspectos distintos: prejuízos causados *diretamente* pelo texto legislativo, ou seja, pelo próprio fato da edição da lei, ocasionando o dano e justificando a indenização, e prejuízos causados *em decorrência de medidas administrativas*, tomadas com o objetivo de facilitar a aplicação da lei danosa”⁵³⁷. Destaquei.

Não vemos dificuldades nas discussões. A nosso sentir, o ato legislativo ilícito (inconstitucional) praticado pelo Estado e que provocou dano a terceiros (destinatários) será sempre a lei, pois é ela a origem e a causa primária⁵³⁸ do dano provocado pelo Estado Legislador, seja de maneira direta ou indireta.

⁵³⁶ Eduardo SOTO KLOSS em seu artigo denominado «La Responsabilidad del Estado. Un retorno a la idea clásica de restitución», em *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX, homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. II, Editorial Complutense, Madrid, 1992, pp. 1263-1288, retomando as fontes clássicas do Direito na tentativa de justificar aquilo que ele considera como fundamento jurídico propriamente dito da noção de reparação civil, expõe a idéia de que a doutrina não deve se ater exclusivamente à conduta dos agentes públicos causadores de danos a particulares na busca de um critério objetivo de imputação da responsabilidade civil estatal. Argumenta o autor, baseado nas máximas romanas do dever de não lesar a ninguém (*neminem laedere*) e dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), que a Responsabilidade Civil do Estado é devida simplesmente porque causou um desequilíbrio antijurídico, injusto, nas relações de igualdade dos sujeitos, sejam eles públicos ou privados, devendo, pois, ser restituída essa igualdade, esse equilíbrio, essa certa ordem de justiça. Defende, portanto, que é a situação da vítima que deve ser analisada como dado primário e a sua posição jurídica frente ao Estado autor do dano que são os elementos caracterizadores de *per si* da responsabilidade civil estatal.

Para ele a responsabilidade civil imputada ao Estado não deve ter o condão de torná-lo culpado, basta que o ideal de justiça a que o Direito desde a sua origem está intimamente atrelado seja restabelecido. Nas entrelinhas quer o autor dizer que a busca de demonstração da Responsabilidade Civil do Estado não se prende aos princípios decorrentes do Estado de Direito, que venera a legalidade e o direito posto ou positivado, mas aos princípios que lhe serviram de sustentáculo, ou melhor, o direito pressuposto ao Estado de Direito calcado no simples e lógico ideal de justiça.

⁵³⁷ CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 71.

⁵³⁸ No caso das leis inconstitucionais, em grande parte dos casos, não é o ato administrativo que provoca efetivamente o dano na esfera jurídica protegida do particular, mas sim o ato que originariamente dá causa à prática do dano. O fato do administrador não estar relegado a desobedecer e descumprir os mandamentos legais (até porque só está autorizado a praticar atos vinculados à legalidade formalmente posta — Art. 103.1 CE/78) dá azo à falsa conclusão de que o dano se produza sempre por força da atuação do Executivo e não, do Parlamento.

Quando a Administração aplica uma lei até que posteriormente seja ela declarada inconstitucional nada mais fez que respeitá-la e cumpri-la, até porque todo e qualquer ato normativo antes de ser rechaçado em sede de controle de constitucionalidade presume-se constitucional e, portanto, válido, vigente, vinculante e aplicável.

O ato juridicamente imputável ao Estado a título de responsabilidade será sempre a lei danosa pois é ela que padece de inconstitucionalidade e que dá ensejo aos danos. O suporte fático a ser imputado na ação reparatória é que será mais ou menos amplo, dependendo se a produção do prejuízo decorreu diretamente da lei ou pela sua execução mediante atos administrativos dos agentes públicos.

Alguma luz traz à lume CARVALHO FILHO, sucintamente:

“Pode a lei inconstitucional gerar, ou não, efeitos concretos na ordem jurídica; efeitos abstratos ela sempre produzirá. Sendo apenas abstratos os efeitos, a lesão advirá apenas da lei. Se, em face dela, forem praticados atos administrativos, gerais ou individuais, a lesão decorrerá diretamente destes e só indiretamente da lei. Em qualquer dos casos, o Estado é civilmente responsável por eventuais danos, só alterando o suporte fático do pedido indenizatório, mais amplo no primeiro caso e mais restrito no segundo”⁵³⁹.

Edilson Pereira NOBRE JÚNIOR sustenta que *“quando alguém venha a sofrer prejuízo, quer em decorrência direta de lei inconstitucional, quer em virtude de sua aplicação, indubitoso o dever do Estado em efetuar a devida reparação”*⁵⁴⁰.

Como se vê, o certo é que havendo dano provocado por lei posta e ulteriormente invalidada no ordenamento jurídico ou por atos administrativos que delam derivem cabe ao Estado integralmente repará-lo.

O outro ponto discutível a saber é se é realmente imprescindível a declaração expressa do Tribunal Constitucional reconhecendo definitivamente a inconstitucionalidade da lei para habilitar o exercício do direito de ação de reparação de danos pelos ofendidos. Isto é, discute-se se a declaração de inconstitucionalidade feita

⁵³⁹ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁴⁰ NOBRE JÚNIOR, E.P. «Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos (Revivescimento de uma antiga questão)», em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 231, Rio de Janeiro, 2003 (jan./mar.), p. 346.

pelo TC é ou não um *prius* lógico e necessário no momento de imputação da responsabilidade ao Estado.

Nesses termos, pergunta-se: o direito de ação dos ofendidos visando a reparação dos danos e prejuízos sofridos oriundos da lei inconstitucional e/ou de sua viciada aplicação fica obstada até a declaração definitiva do TC?

Praticamente a unanimidade da doutrina sustenta que há por certo a necessidade de uma prévia declaração do TC quanto à inconstitucionalidade da lei. Argumentam os doutos que enquanto não lhe for negada a validade e eficácia pelo guardião da Constituição não podem ser judicialmente questionados os eventuais danos que o ato legislativo controvertido possa ter produzido posto que, até prova em contrário, a lei, boa ou má, reveste-se de presunção de constitucionalidade.

Esse entendimento em torno da necessidade de declaração prévia da inconstitucionalidade da lei pelo TC como *prius* lógico e necessário para a propositura de ações privadas de reparação de danos é a regra, porém, exige alguns temperamentos já que este posicionamento, se radicalmente considerado, exclui *v.g.* a possibilidade de evitar-se os efeitos de um previsível dano futuro e, sobretudo, porque colide e desrespeita preceito fundamental assegurado no artigo 24.1 da Constituição que garante ao jurisdicionado o direito de ação e de acesso a uma tutela jurisdicional efetiva por parte do Poder Judiciário.

O que na prática se quer evitar é que a relativa morosidade nos julgamentos concentrados de leis com traços manifestos de inconstitucionalidade acabe por prejudicar ainda mais aqueles que por elas foram ofendidos, já que os efeitos imperativos dessas leis viciadas podem ser sentidos desde o início de sua promulgação e aplicação prática, contudo, não podem ser atacados simplesmente porque gozam de presunção de constitucionalidade e legitimidade até prova em contrário do guardião da Constituição, o Tribunal Constitucional.

A eficiência na prestação da tutela jurisdicional estaria também seriamente comprometida ante a negativa do direito de ação e de denegação da própria justiça. E

não é só! O *incidente de (in)constitucionalidade das leis*^{541 542} (Art. 163 CE/78) perderia aplicabilidade prática pela impossibilidade de seu exercício regular pelo particular lesionado que, ademais, estaria relegado a tentar suspender os efeitos negativos de dita lei pela via do restringido *recurso de amparo*⁵⁴³ ante a redução de possibilidades de sua atuação instrumental processual (tutela inibitória, por exemplo) quedando-se fadado inevitavelmente a recorrer à doutrina da *actio nata* construída no âmbito do Tribunal Supremo, verdadeira válvula de escape para esta situação em concreto.

Há, ademais, um sério gravame: o particular ou o grupo de particulares e afetados que foram lesados em suas esferas patrimoniais por ditas leis “ilícitas”, nos moldes do atual sistema jurídico, não têm legitimidade para interpor recurso de inconstitucionalidade segundo a regulamentação preconizada no artigo 162, apartado 1º, da CE/78 que é bastante restrita neste sentido:

Artículo 162

1. Están legitimados:

a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

Não bastasse, a declaração de inconstitucionalidade como um requisito essencial *prévio ao exercício do direito de ação de responsabilidade* inviabiliza o

⁵⁴¹ Fazemos referência direta não ao controle, apreciação, julgamento e declaração de (in)constitucionalidade por parte de um juiz monocrático ou tribunal que não o Tribunal Constitucional conforme a configuração que se dá ao sistema norte-americano do *judicial review*, mas sim à perda ou ao menos restrição do direito da parte processual alegar e questionar a inconstitucionalidade da lei antes de sua apreciação pela Corte Constitucional. O controle *decisional direto* presente no plano difuso do *judicial review* clássico não está presente no controle *apenas suscitador, investigador e aclaratório* — não chega a ser um controle difuso — de (in)constitucionalidade do sistema europeu ao qual se filia o sistema espanhol de controle de constitucionalidade das leis.

⁵⁴² **Art. 163 CE/78.** “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

⁵⁴³ Não há que olvidarmo-nos do expresso alcance que a Constituição de 1978 dá a tal recurso que, em tese, segundo a redação do texto constitucional só é cabível na proteção dos direitos de igualdade e não discriminação, bem como aos referidos na seção I (primeira) do Capítulo II (segundo) do Título I (primeiro). Curiosamente, o direito à propriedade privada está garantido na redação do apartado 1º do artigo 33 da CE/78 que encontra-se situado na **seção II (segunda)** do Capítulo II do Título I o que leva, nos termos frios e aparentemente atécnicos da redação constitucional, a compreendermos *a priori* que o recurso de amparo não é meio idôneo a ser utilizado emergencialmente pelo particular na proteção do seu direito de propriedade. Tal equívoco do legislador constitucional já foi suficientemente demonstrado e aclarado por parte da doutrina — com base no Art. 24.1 da CE/78 (direito a prestação de uma tutela judicial efetiva sobre qualquer violação a direito e interesses legítimos) — que entende ser o recurso de amparo remédio jurídico-constitucional plenamente válido e legítimo na defesa do direito de propriedade.

reconhecimento da responsabilidade do Estado nas hipóteses de uma lei supervenientemente revogada pois o próprio TC, apesar de nestes casos não posicionar-se corriqueiramente pela perda de objeto dos recursos de inconstitucionalidade interpostos⁵⁴⁴, entende que a lei que deve servir de parâmetro para a aferição ou não da constitucionalidade deve ser sempre aquela *vigente no momento da decisão sobre a regularidade constitucional* do ato normativo atacado, o que não elimina a hipótese do administrado quedar-se sem proteção jurídica alguma contra os danos e prejuízos impostos pela lei revogada em face da qual ajuizou-se a ação.

Argumenta-se, em sentido contrário à corrente dominante, que a espera pela expressa declaração em acórdão definitivo pelo TC não configura requisito indispensável para a propositura de competentes ações individuais versando sobre a reparação patrimonial e extrapatrimonial dos danos sofridos. Consideramos mais prudente essa posição.

Ante esta peculiaridade ínsita nos sistemas difusos de constitucionalidade inspirados no *judicial review* norte-americano⁵⁴⁵, mas que a nosso juízo também pode ser aplicada no sistema europeu concentrado de constitucionalidade das leis adotado em Espanha, a afirmação do vício contido na lei e dos danos que dela decorrem suscitados

⁵⁴⁴ O TC defende correntemente o entendimento de que a “(...) a diferencia de lo que, por regla general, acontece en el **recurso** de inconstitucionalidad, **en la cuestión** [de inconstitucionalidade] la derogación de la norma legal objeto del proceso no impide el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada en el proceso «a quo» puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal” (STC 28/1997). Destaquei.

Em termos correntes: a derrogação superveniente de uma lei ajuizada *em sede de recurso direto de inconstitucionalidade* extingue o processo constitucional pela perda de seu objeto, regra que não pode ser aplicada automaticamente às *questões de inconstitucionalidades* interpostas (STCs 111/1983, FJ 2º; 385/1993, FJ 2º, 61/1997, FJ 3º; 14/2007, FJ 1º, letra “b”).

⁵⁴⁵ O controle da constitucionalidade de uma lei (*judicial review*) é uma expressão concreta do primado do Poder Constituinte, princípio que os povos modernos herdaram da Revolução Francesa. Foi, entretanto, doutrina concebida pioneiramente na prática judicial norte-americana. “Apesar de, anteriormente, já ser conhecida a doutrina, aplicada por tribunais e alegada por advogados, em casos ‘sub judice’, está a doutrina de controle da constitucionalidade das leis vinculada ao Chief-Justice Marshall, que a consagrou, delineando-a e fundamentando-a no famoso caso *Malbury (vs.) Madison*, julgado em 1803” conforme salientado por Fides OMMATI («Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado», em *Revista de informação legislativa*, a.14, nº 55, Brasília, 1977 (jul./set.), p. 75. Como exemplos de aplicação anterior da doutrina do controle de constitucionalidade das leis ao caso *Malbury (vs.) Madison* informa ainda o autor — com referência na obra de Charles Beard intitulada “A Suprema Corte e a Constituição”, p.113 — da sua concreta aplicação ao caso *Hayburn*, em 1792, o caso *Hylton (vs.) United States*, em 1796, casos em que os juízes se recusaram aplicar lei por eles julgada inconstitucional. Informa também o autor que em diversos casos anteriores a 1803, fora o *judicial review* a doutrina discutida na praxe por advogados, que nela arrimavam a sua defesa, tais como em 1794 no caso *Glass (vs.) The Sloop Betsey* e em 1798 no caso *Calder (vs.) Bull*. A propósito confira-se o discurso proferido pelo Professor Nicolás PÉREZ SERRANO lido na Junta Pública da *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* de terça-feira 25 de outubro de 1955 para inaugurar o curso acadêmico 1955-56 publicado em Madrid no ano de 1955 sob o título *La gran obra del juez Marshall*.

em sede *incidental difusa* como preliminar do próprio mérito processual não obsta, no plano prático, o exercício efetivo e célere dos direitos de ação e de acesso efetivo à justiça constitucionalmente garantidos aos lesionados já na 1ª (primeira) oportunidade que têm de se opor à aplicabilidade da norma, mormente quando seu objetivo seja buscar mecanismos processuais de natureza cautelar capazes de minorar ou mesmo suspender os efeitos negativos legislativamente impostos até o pronunciamento final por parte do TC sobre a constitucionalidade ou não da medida legislativa impugnada.

Esperar que o TC se pronuncie — isso pode durar um par de anos — previamente quanto à inconstitucionalidade para que surja o direito de pleitear as indenizações correspondentes quitaria do administrado lesionado todo o direito de agir processualmente *ad cautelam* no intuito de não sofrer os efeitos que considere maléfico e dilapidador de seu patrimônio, intuito cautelar este não de obter precipitadamente uma compensação material pelos supostos danos que a medida ou sua aplicação lhe causaram, mas sim de resguardar-se precavidamente quanto à lesão diária e contínua que julga estar a sofrer.

A exigência desse *prius* seria válida e inquestionável se os entes legalmente legitimados a levarem à cabo de forma direta e imediata os questionamentos quanto à constitucionalidade e conformação das leis aos preceitos e mandamentos constitucionais (*cf.* Art. 162 CE/78), percebendo o potencial e o caráter lesivo que certas leis têm sobre a esfera patrimonial de determinados indivíduos, empresas e setores econômicos atuassem prudente e urgentemente com vistas a suspender, ao menos até que o TC se pronuncie sobre o mérito da ação ou do recurso de inconstitucionalidade, os efeitos decorrentes de tais atos legislativos. Todavia, em termos pragmáticos, não havendo como mínimo interesses indiretos na suspensão, preferem os mesmos o silêncio e a inércia^{546 547}.

⁵⁴⁶ Veja-se a barreira prevista no **artigo 30 da LOTC**: “La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas”.

⁵⁴⁷ A última reforma da LOTC trazida pela lei orgânica 6/2007, de 24 de maio, trouxe alguns paliativos para conter a morosidade e a falta de oportunidade de defesa por parte do particular interessado na declaração da (in)constitucionalidade do ato normativo impugnado. Podemos citar como exemplos as modificações introduzidas no seu artigo 35 e seguintes, com especial destaque para a inovação trazida pela redação do novel apartado 2º do artigo 37 da LOTC que atualmente permite, após a publicação no BOE da admissão a trâmite de uma questão de inconstitucionalidade, que as partes litigantes no processo judicial ordinário possam no prazo de 15 (quinze) dias formular as alegações que entenderem pertinentes no bojo do processo de constitucionalidade instaurado no âmbito do TC, hipótese até então não

Nessa hipótese, como deve atuar o lesionado: aguardar pacientemente o moroso deslinde da questão no âmbito do TC, seja em sede de recurso de inconstitucionalidade ou de incidente de inconstitucionalidade, ou de procurar legitimamente, nos termos permitidos pelo ordenamento jurídico, atuar almejando reduzir de pronto os danos causados continuamente sobre o seu patrimônio desde a data da publicação da lei? Se acaso o TC entenda que a lei não é antijurídica pois conforme à Constituição, qual o mandamento jurídico que obriga o particular a suportar gratuitamente todos os danos e prejuízos que julga ter sofrido durante o período compreendido entre a data de publicação da lei e data da prolação do acórdão judicial lavrado pelo TC?

Entendemos que do mesmo modo em que é legítimo e necessário que as leis do Estado gozem de uma presunção *iuris tantum* de constitucionalidade, também é razoável admitir-se àquele que efetivamente esteja a suportar os efeitos ablatórios de uma medida legislativa o direito de mover-se rápida e precavidamente na seara processual exercitando um direito que lhe é natural e inerente: o direito de inconformar-se com determinados atos e medidas estatais que entende violarem a sua propriedade, o seu patrimônio. O ânimo nesse ágil proceder está baseado numa simples e realista premissa: *se o remédio tardar a chegar, o doente provavelmente já estará morto!*

Daí ser a exigência do *prius* mais uma construção jurisprudencial que não resolve o problema da causa e dos efeitos da indenizabilidade dos danos em si, mas sim dificulta-lhe e retarda-lhe solução condicionando e deixando aquele que se julga lesionado à mercê de um eventual pronunciamento de inconstitucionalidade da lei questionada por parte do Tribunal Constitucional que apesar do reconhecido brilhantismo judicante acerca de determinadas matérias apresenta-se vacilante e inseguro na análise de outras não raro desrespeitando e negando a sua própria doutrina.

contemplada já que antes da entrada em vigor do apartado 2º do Art. 37 da LOTC os argumentos dos particulares somente eram suscitados por meio de alegações *indiretas* aduzidas nos juízos e tribunais de 1º grau e que eram resumidamente levadas ao conhecimento do TC por meio da dúvida inserta na questão de inconstitucionalidade instaurada (Art. 163 CE/78).

O clamor por esta inovação legislativa — «trâmite de audiência» é a terminologia adotada pelo TC — nos moldes da redação do apartado 2º do artigo 37 da LOTC introduzida pela Lei Orgânica 6/2007 — e que diretamente sofreu a influência do resultado do caso Ruiz Mateos (grupo RUMASA) discutido no âmbito do Tribunal de Estrasburgo — já era objeto de solicitação por parte do próprio TC em seus julgados. Como exemplo deste “clamor normativo procedimental” podemos citar as referências feitas na STC 48/2005, de 3 de março, FJ 2º.

O 3º (terceiro) e último ponto relevante da controvérsia consiste, a nosso modesto juízo, na automaticidade dos efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade: *ex tunc* (retroativos) ou *ex nunc* (não retroativos), conforme veremos a continuação.

9.1.2. A doutrina dos efeitos prospectivos (TC) versus a doutrina da *actio nata* (TS): o conflito interjurisdiccional como entrave ao reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos inconstitucionais

O problema está umbilicalmente ligado a exigência ou não deste pressuposto de inconstitucionalidade e cingido à extensão, natureza, alcance e eficácia temporal dos efeitos da declaração feita pelo Tribunal Constitucional, aplicada conseqüentemente no âmbito dos casos indenizatórios levados à jurisdição do Tribunal Supremo: se *ex nunc* (sem retroatividade e com produção de efeitos prospectivos ou *pro futuro*) ou se *ex tunc* (com retroatividade) ao início de vigência da lei e com base na doutrina da nulidade de pleno direito da lei e de seus posteriores atos de execução e aplicação.

Assim, 02 (dois) seriam os principais⁵⁴⁸ prismas jurídicos com diferentes e importantes conseqüências: 1º) optando o TC pela *nulidade de pleno direito* com a aplicação de efeitos *ex tunc* (retroativos) ao início de vigência da lei declarada inconstitucional resta sinalizado ao lesionado o direito de pleitar em juízo ordinário a recomposição plena de seu patrimônio ao estado imediatamente anterior (*status quo*) ao dano provocado diretamente pela entrada em vigor da lei reconhecidamente viciada, por desconforme à Constituição, ou por seus atos de aplicação, salvo naqueles casos em que o particular já tenha obtido no foro judicial sentença firme em seu desfavor transitada em julgado e alcançada pelos efeitos da coisa julgada, única hipótese em que não poderá beneficiar-se dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade (Art. 161.1.a CE/78)⁵⁴⁹. Nesta hipótese de retroatividade dos efeitos estariam contempladas as

⁵⁴⁸ Na doutrina pode-se encontrar também considerações acerca da inconstitucionalidade sem nulidade, inconstitucionalidade com atribuição de efeitos resolatórios diferidos, etc. Numa perspectiva interna e comparada Cf. a BEILFUSS (*op. cit.*, 2000).

⁵⁴⁹ Verifique-se que tanto dito dispositivo constitucional quanto o artigo 40.1 da LOTC referem-se às *sentenças judiciais alcançadas pela coisa julgada* não aplicando-se, portanto, por osmose, a exceção constitucionalmente estabelecida aos *atos administrativos firmes ou imutáveis* não atacados de forma oportuna e direta ou indireta na via judicial (Arts. 25 e 26 da Lei de Jurisdição do Contencioso-Administrativo). Tanto para o TC quanto para o TS a responsabilidade em face da aplicação de um ato administrativo com base numa lei posteriormente declarada *inconstitucional* não se confunde com a eventual responsabilidade oriunda de danos e prejuízos provocados pela *declaração de nulidade* (administrativa ou judicial) de um regulamento administrativo que, apesar de ter efeitos *erga omnes*, “(...) *no alcanza a los actos [administrativos] firmes y consentidos dictados a su amparo (art. 102.4 Ley 30/92 y 73 LJCA), de manera que el administrado afectado tiene el deber jurídico de soportar las consecuencias derivadas de tal actuación administrativa que no resulta revisable ni afectada por aquella*

discussões acerca da responsabilidade gerada por todo e qualquer ato estatal praticado em cumprimento da lei até a data em que foi invalidada pela Corte Constitucional; 2º) optando o TC pela via da *anulación* — ou dito de outra forma pela doutrina, da nulidade sem efeitos retroativos — dos atos emanados sob a égide da lei declarada inconstitucional, com a aplicação de efeitos *ex nunc* e apenas prospectivos ou *pro futuro* à declaração de inconstitucionalidade, manteriam-se intactos os efeitos já produzidos e os que porventura ainda perdurem em razão dos atos de conformação, execução e aplicação de dita lei viciada.

Sem maiores delongas: o embate jurídico resume-se ao entendimento recitado pelo Tribunal Supremo em várias de suas sentenças — nas hipóteses em que o TC omite-se de fixar expressamente efeitos retroativos às suas decisões — pela via da doutrina da *actio nata* (Art. 1.969 do Código Civil de 1889⁵⁵⁰ c/c Art. 142.5 da LRJAP y PAC/1992⁵⁵¹) pela qual não se elimina o dever de indenizar quanto aos danos antijurídicos que uma lei declarada inconstitucional haja causado e que diuturnamente continue causando por não ter o prejudicado o dever jurídico de gratuitamente suportá-los.

“La interpretación del artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, conduce, a nuestro parecer, a una conclusión distinta, al excepcionarse en él expresa y exclusivamente la eficacia retroactiva de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de actos o normas con rango de ley respecto de los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada salvo los casos de penas o sanciones, de manera que la consecuencia lógica es que en los demás supuestos cabe la revisión.

En nuestra opinión, *cuando la propia sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales, ante quienes se suscite tal cuestión, decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad en aplicación de las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser los jueces y tribunales quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la*

apreciación de ilegalidad de la norma [administrativa] que le sirve de amparo” (grifei), conforme e.g. nos advierte as STSs de 14 de novembro de 2006 em seu FJ 1º, de 20 de abril de 2007 em seu FJ 3º e também a STS de 17 de setembro de 2008 em seu FJ 4º.

⁵⁵⁰ “El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”.

⁵⁵¹ “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

eficacia ex tunc o ex nunc de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad.

En apoyo de esta tesis debemos recordar que la propia Ley 30/1992, de 26 de diciembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prefigura un procedimiento para la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho -artículo 102-, y, entre las primeras, el artículo 62.2 de la propia Ley incluye las que vulneren la Constitución, y aunque este precepto no predica tal nulidad de los segundos, salvo que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional -apartado 1.a)-, es evidente que si la disposición a cuyo amparo se dicta o ejecuta el acto es nula de pleno derecho, éstos quedan afectados por idéntico vicio invalidante y, por consiguiente, son también radicalmente nulos de pleno derecho, con independencia de que razones de seguridad jurídica -artículo 9.3 de la Constitución-, correcta y debidamente apreciadas, aconsejen mantener los efectos del acto compensándolos con una adecuada reparación, según prevén los artículos 139.2 y 141.1 de la misma ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y así lo establece expresamente el artículo 102.4 de esta Ley, con lo que, en definitiva, se viene a sustituir la lógica e inherente consecuencia de la declaración de nulidad radical de un acto o de una disposición por una indemnización siempre que no exista el deber jurídico de soportar el daño o perjuicio causado por ese acto o disposición nulos de pleno derecho” (STS 9.556, de 22 de dezembro de 2000, FJ 4^o⁵⁵²). Destaquei.

Este entendimento consagra a corrente de que mesmo nas hipóteses em que o direito do particular afetado pelos efeitos danosos que ao longo do tempo essa lei lhe provocou tenha prescrito por razões de sua inércia, a partir do pronunciamento definitivo por parte do Tribunal Constitucional quanto à sua inconstitucionalidade sem a atribuição de efeitos prospectivos surge, ou melhor, *nasce* em seu favor o direito de acionar o Estado — no prazo de 01 (um) ano contado da publicação da sentença de inconstitucionalidade lavrada pelo TC no Boletim Oficial do Estado (Art. 164 da CE/78⁵⁵³ c/c Art. 38.1 da LOTC⁵⁵⁴) — não em razão da circunstância tornada imutável em face do advento da prescrição do direito de ação, mas sim com relação a uma ação

⁵⁵² No mesmo sentido confíra-se v.g. as STSs 9.788, de 13 de dezembro de 2001, FJ 7^o; 7.079, de 03 de novembro de 2004, FJ 3^o; 7.307, de 15 de dezembro de 2005, FJ 2^o; 8.638, de 21 de dezembro de 2006, FJ 3^o; 8.842, de 31 de dezembro de 2007, FJ 2^o e 2.237, de 09 de maio de 2008, FJ 4^o.

⁵⁵³ “1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

2. Salvo que en fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad”. la parte no afectada por la inconstitucionalidad.

⁵⁵⁴ “Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

indenizatória fundada numa responsabilidade (Responsabilidade do Estado Legislador) derivada de uma lei contrária ao Direito.

Para o TS a ação anulatória perpetrada e acometida pela coisa julgada antes da declaração de inconstitucionalidade da lei pelo TC e a ação indenizatória que a partir dela exsurge são independentes.

“Esta Sala, según ha declarado en las reseñadas sentencias no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear «de oficio o a instancia de parte» al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (*artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*).

La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable.

Decíamos también entonces y reiteramos ahora que el deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la Ley declarada inconstitucional no puede tampoco deducirse del hecho de que puedan o no haber transcurrido los plazos de prescripción establecidos para el ejercicio de las acciones encaminadas a lograr la nulidad del acto administrativo. La reclamación presentada es ajena a dichos actos, no pretenden el retorno a la situación administrativa anterior sino la exigencia de **responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal en el ejercicio de la potestad legislativa**⁵⁵⁵. En materia de

⁵⁵⁵ Fazendo-se um aparte ao tema da doutrina da *actio nata*, nesta sentença parece querer o Tribunal Supremo incutir a idéia de que o problema da responsabilidade civil por atos legislativos do Estado deve convergir para a discussão do “funcionamento anormal” da *potestad* legislativa de modo equiparado ao controle sobre o exercício do Poder Judicial. Essa possível via — equivocada, diga-se — já havia sido mencionada pelo TS na STS de 30 de novembro de 1992 que discute a responsabilidade do Estado-Legislator, nestes termos:

“(…) otro tanto puede decirse de la prevista en los artículos 121 [de] la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, limitada a casos de error judicial, al que, a lo sumo, *podría equipararse* el error [a la] inconstitucionalidad de la Ley, que no se da en este caso, o *anormal funcionamiento de los*

responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cuyo régimen es aplicable a la responsabilidad del Estado legislador, rige exclusivamente el plazo de prescripción de un año establecido por el *artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* y hoy por el *artículo 139 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*. Esta [leía-se “Este”] plazo, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, con arreglo a la doctrina de la *actio nata* o nacimiento de la acción. Resulta evidente que el momento inicial del cómputo, en el caso contemplado, no puede ser sino el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la nulidad de la ley por estimarla contraria a la Constitución, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción. En consecuencia, es dicha publicación la que determina el inicio del citado plazo específicamente establecido por la ley para la reclamación por responsabilidad patrimonial dirigida a las Administraciones públicas, salvo que de no haberse impugnado previamente el acto administrativo en vía contenciosa como consecuencia de aquella sentencia se solicite la revisión del mismo, en cuyo caso el *dies a quo* será aquel en que sea firme la sentencia que decide la cuestión” (STS 8.638, de 21 de dezembro de 2006, FJ 3º). Destaques no original. Grifei.

Noutras palavras: como em muitos destes casos os particulares não têm a oportunidade de reacionarem contra a lei manifesta ou provavelmente inconstitucional, o prazo para exigir a reparação dos danos causados por ela deve contar-se a partir da data de publicação da sentença que a declare inválida, pois só a partir deste momento os afetados têm a possibilidade real e efetiva de lutar pela tutela de seus direitos e interesses patrimoniais.

“(…) la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración debe ejercitarse, por exigencia de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 142 y 4.2., respectivamente, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) y del Reglamento aprobado por el Real Decreto 429/1993 (RCL 1993, 1394, 1765), en el plazo de un año computado a partir de que se produzca el hecho o acto lesivo que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Ello es una consecuencia de la adaptación de la regla general de prescripción de la acción de responsabilidad del artículo 1.902 del Código Civil (LEG. 1889, 27) que ha de computarse, conforme al principio de la “actio nata” recogido en el artículo 1969 de dicho texto legal, desde el momento en que la acción pudo efectivamente ejercitarse” (STS de 18 de janeiro de 2008, FJ 3º).

órganos a los que corresponde la aplicación de la Ley, que ni siquiera se ha invocado” (destaquei). O TS parece convidar os operadores jurídicos a tal debate.

Sem embargo, em que pese a sua razoabilidade dogmático-constitutiva, a doutrina da *actio nata* é objeto de muitas críticas. Entre as principais encontramos o argumento de que não é ela capaz de promover a qualificação técnica dos supostos danos como antijurídicos a fim de impulsionar e viabilizar a responsabilização estatal com base no conceito de lesão indenizável, seu elemento essencial. Não é ela capaz de explicar porque continuam sendo antijurídicos os atos legislativos ou administrativos mesmo em face da aplicação de efeitos prospectivos pelo TC que, em tais circunstâncias, entende que os afetados têm o dever jurídico de suportar a investida estatal.

DOMÉNECH PASCUAL⁵⁵⁶, por exemplo, nesta linha crítica indaga: se os atos de aplicação derivados de uma lei declarada inconstitucional permanecem firmes, não impugnáveis e obrigatórios em razão dos efeitos que produziram como entender que os danos deles derivados sejam taxados de “antijurídicos”? Se estes atos administrativos produtores de danos, mesmo com a declaração de inconstitucionalidade da lei, estão protegidos sob o manto da imutabilidade de seus efeitos gozando de um eficaz respaldo jurídico do ordenamento, como justificar que o cidadão prejudicado não está obrigado a suportar o dano? Se ele não pode fazer frente a tais atos que lhe causaram danos patrimoniais contínuos como sustentar que tais danos estejam carregados de antijuridicidade autorizando a responsabilização estatal? Para o autor, “*si estos actos son inatacables y producen efectos jurídicos, el decremento que los mismos han establecido nunca puede ser calificado como antijurídico*”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, por sua vez, também expressa-se negando a doutrina da *actio nata* no seguinte sentido:

“Resulta difícil aceptar toda la trabajosa construcción que ha hecho el Tribunal Supremo para poder justificar su posición resuelta de condenar al Estado a indemnizar todos los perjuicios derivados de la aplicación de una Ley estatal declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, incluso en los supuestos, como el de la Sentencia constitucional de que se trata [STC de 6 de noviembre de 2000], en que el propio Tribunal Constitucional ha determinado de manera específica cuáles han de ser los efectos de su propia Sentencia, aunque no lo haya hecho en esta última, sino en una posterior Sentencia de amparo. Hemos de manifestar, por de pronto, nuestra discrepancia formal con varias de las afirmaciones de principio de que ha

⁵⁵⁶ DOMÉNECH PASCUAL, G. «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional», em *REDA*, nº 110, Civitas, Madrid, 2001 (Abril-Junio), pp. 282 e 298.

partido el Tribunal Supremo: que su posición se sitúa en una supuesta corriente general del Derecho comparado que postularía la normalidad de una responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, que la misma corriente general se produce a propósito de las consecuencias de la declaración como inconstitucional de una Ley; que el art. 139.3 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común habría admitido la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador y la competencia para ello de orden contencioso-administrativo; que el principio de protección de confianza, hoy consagrado en el art. 3.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas redactado por la Ley 4/1999, ampara igualmente la misma protección indenizatoria”⁵⁵⁷.

Questiona-se pontualmente, se o Tribunal Supremo, com supedâneo no preceito civilista da *actio nata* (atrelado ao instituto da prescrição), ao permitir também ao administrado com direito de postulação prescrito a possibilidade de pleitear no prazo de 01 (um) ano contado da publicação da sentença declaratória de inconstitucionalidade da lei no BOE indenização pelos eventuais danos e prejuízos sofridos foi mal internalizada e mal compreendida por parte de sua Sala 3ª (terceira) — sala do contencioso administrativo.

A princípio diríamos que sim, que o TS afronta com sua doutrina da *actio nata* os efeitos prospectivos (*ex nunc*) ou a omissão quanto aos efeitos da retroatividade que o TC, sob o manto e em nome da segurança jurídica e da manutenção das relações jurídicas estabelecidas surgidas com base na aplicação da lei viciada⁵⁵⁸, não raro costuma atribuir e modular aos seus julgados de inconstitucionalidade de leis.

Revisando ambas as doutrinas (a do TC e a do TS) verificamos que não há, em verdade, motivo para tantas e inflamadas discórdias.

Por óbvio que não estamos acordes com a postura uma e outra vez tomada pelo Tribunal Supremo de reconhecimento da responsabilidade estatal nas hipóteses de

⁵⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, 2007, pp. 231/232.

⁵⁵⁸ Não é estranha a assertiva de que o foco deste argumento não é outro senão o de preservar a capacidade econômica do Estado impendendo a sua “quebra”. É que na prática constitucional não é raro que TC, em razão da complexidade da matéria e das conseqüências concretas que uma decisão favorável à inconstitucionalidade de um ato normativo possa causar às finanças públicas e, por conseguinte, à estabilidade e o equilíbrio econômico financeiro de todo o sistema, em muitos casos prefira atribuir ao legislador ampla margem de atuação regulatória sobre determinado assunto. O TC agiria nestes casos não em prol de uma estrita constitucionalidade ou legalidade, mas sim em favor da manutenção de uma segurança jurídica realizada através de uma proteção ao patrimônio do Estado. Vista grossa e ativismo político são algumas das interpretações que se pode doutrinariamente colher quanto a este tipo de ato benevolente de proteção do Estado por parte do TC.

juízos já alcançados pela firmeza da coisa julgada ressuscitando fatos e litígios já consumados agraciando-os com a estipulação de determinado montante indenizatório, o que é perigoso^{559 560}.

Há que se ter cautela quando se afirma que o TS está com a defesa da doutrina da *actio nata* a agir em manifesto desrespeito à autoridade e palavra final do TC sobre determinados assuntos — com violação em tese dos artigos 161.1 da CE/78, 5º da LOPJ e 40.1 da LOTC⁵⁶¹ — ignorando a eficácia temporal de invalidez da lei estabelecida expressamente pela própria Corte Constitucional em inúmeros de seus ditames⁵⁶².

Isto porque, a primeira vista não derivam⁵⁶³ dificuldades interpretativas na redação que se dá ao artigo 39.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional que trata,

⁵⁵⁹ Denota-se que a grande maioria dos argumentos contrastantes extraídos da doutrina estão emarcados na questão de inconstitucionalidade suscitada contra a redação do extinto artigo 38.2.2 da Lei 5/1990, que criou um imposto complementar aos proprietários de máquinas recreativas do tipo B no valor de 233.250 das antigas pesetas por máquina, sob a qual pronunciou-se o TC na STC 173/1996, de 31 de outubro, pela nulidade de tal preceito por considerar que sua retroatividade lesionava a segurança jurídica sem, contudo, pronunciar-se acerca da nulidade das resoluções e situações surgidas sob seu amparo.

Tal omissão e desídia deram azo aos mais diversos questionamentos por parte dos prejudicados que, aproveitando-se da brecha deixada no julgamento originário do TC, desvirtuaram astutamente o objeto e o pedido imediato de suas ações — em verdade, tentavam obter a devolução e restituição dos valores pagos indevidamente aos cofres públicos — com o fito de obter uma “indenização” em face da responsabilidade do Estado, argumento este acolhido por 1ª (primeira) vez na STS de 29 de fevereiro de 2000 sob a faceta da Responsabilidade do Estado Legislador.

⁵⁶⁰ Os fundamentos pelos quais se utilizou o TS para justificar a sua posição como uma faceta da responsabilidade do Estado Legislador aceitando ou deixando-se enganar pelo astuto subterfúgio argumentativo inerente à pretensão dos autores das ações “indenizatórias” — que mais pleiteavam pela restituição dos impostos pagos indevidamente do que pela própria prova da responsabilidade estatal —, isso sim, a nosso ver, são passíveis de discussão e passíveis de reforma em razão dos efeitos e da reprodução argumentativa igualmente viciada em outros litígios. Portanto, diante de tais circunstâncias e no que se refere à suposta “rebeldia” do TS perante os ditames do TC não vislumbramos que a mesma tenha de fato chegado a configurar-se.

⁵⁶¹ “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.

⁵⁶² A CE/78 não determina expressamente em seu texto quais serão, em regra, os efeitos decorrentes do *decisum* exarado pelo Tribunal Constitucional: se retroativos ou futuros. Limita-se a impor que seus efeitos valham contra todos, conforme se observa da redação do artigo 164 que diz, literalmente: “1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos; 2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en el parte no afectada por la inconstitucionalidad”.

⁵⁶³ Luis MARTÍN REBOLLO («La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España, em BARNÉS, J. (Coordenador). *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, coordenação de Javier Barnés, Tecnos, Madrid, 1995, p. 851) também advoga neste sentido acrescentando que se a declaração do TC é de *nulidade* por força do

literalmente, de forma *relativamente rígida* da “*nulidade*” dos preceitos legais impugnados e seus atos reflexos⁵⁶⁴.

“Artículo treinta y nueve

1. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará ***igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.***

2. El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso”. Grifei e sublinhei.

Da análise do supracitado dispositivo extrai-se facilmente a correlação entre *nulidade* e retroatividade em razão dos efeitos *ex tunc* que em regra espera-se emergir das declarações de inconstitucionalidade feitas pelo TC. Todavia, a prática forense não nos revela esta simplória conclusão.

A ruptura do binômio *nulidade-retroatividade* é uma realidade por não ser mais possível dar o TC, com base apenas no aspecto formal e imediato que em regra aflora desta relação, uma resposta adequada àqueles casos em que a simples declaração de inconstitucionalidade possa provocar efeitos econômicos catastróficos às arcas públicas.

Estas situações exigem a diário que o TC formule objetivamente em que hipóteses e em que alcance os efeitos de suas decisões devam estender-se aos atos derivados do ato normativo impugnado (a lei no nosso caso).

Transportando esta difícil tarefa aos casos de intervenção do Estado-Legislator sobre o patrimônio particular, atentos sempre ao fato de não ser o TC o órgão judicial

Art. 39.1 da sua lei orgânica, conseqüentemente, os efeitos convencionais dessa declaração de nulidade não de ser sempre *ex tunc* (retroativos) não podendo, ademais, a declaração de nulidade confundir-se com a forma e o modo de execução da decisão da Corte e a concreção da postulada indenização nestes casos, por tratarem-se de coisas distintas.

⁵⁶⁴ Conta a doutrina especializada que o TC, a partir da prolação da STC 45/1989, de 20 de fevereiro (Relator: Francisco Rubio Llorente), versante sobre uma questão de inconstitucionalidade relativa a um trato discriminatório por declaração, em separado, do imposto de renda pessoa física por um cidadão casado, tratou de relativizar e flexibilizar a aplicação do binômio *inconstitucionalidade-nulidade* do artigo 39.1 da LOTC rompendo a sua rigidez entendendo, em muito casos, a existência de inconstitucionalidade *sem nulidade*. Uma descrição detalhada e profunda acerca da debilidade de aplicação do binômio *inconstitucionalidade-nulidade* na miríade de casos analisados na praxe forense pela Corte Constitucional, dentre eles os problemas resultantes das chamadas discriminações normativas, podemos encontrar em GONZÁLES BEILFUSS, M. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

que irá restabelecer direta e unilateralmente o desequilíbrio causado pela violação constitucional mas sim os juízos e tribunais ordinários, é possível suscitar alguns intrigantes questionamentos.

Se os efeitos atribuídos pelo TC forem *retroativos* (*ex tunc*) ao início da vigência da lei haverá por certo uma maior abertura para que o particular afetado ingresse nas vias ordinárias em busca da reparação que entende cabível, salvo é claro se a sua pretensão já tiver sido alcançada pelos efeitos da coisa julgada. Esta amplitude permitirá a discussão em juízo tanto dos danos provocados pela lei em si quanto pelos atos de aplicação dela decorrentes.

Se houver a declaração de inconstitucionalidade com a proibição de efeitos retroativos (inconstitucionalidade “sem nulidade” ou nulidade “sem retroatividade”) estará o TC reduzindo o campo de ação do administrado à discussão da responsabilidade do Estado-Legislador com base nos danos provocados *diretamente* pela lei ou pelo dispositivo legal viciado restando-lhe o ônus implícito de suportar, gratuitamente, todos os danos e prejuízos que julgou sofrer durante a vigência da lei declarada inconstitucional.

Nesta perspectiva da aplicação dos efeitos *prospectivos* ou *pro futuro* à decisão todos os eventuais danos e prejuízos causados diretamente pela lei ou os que derivarem de atos de aplicação durante a sua vigência restarão impunes porque acobertados no alcance e extensão fixado pelo TC. Ao particular restará a faculdade de fazer valer o seu direito de ação de indenização tão somente quanto aos atos estatais lesivos que forem praticados *após* a declaração de inconstitucionalidade da lei e da correlata nulidade do ato legislativo impugnado.

Isto é, nesta hipótese, só os atos *administrativos* fundados na lei declarada inconstitucional e aplicados entre a decisão do TC declarando a inconstitucionalidade e a data em que a lei foi definitivamente expulsa do ordenamento jurídico espanhol poderão constituir o objeto de imputação da reparação nas vias ordinárias.

Só será o Estado capaz de causar dano se a *Administração Pública* (e não o Estado-Legislador), sabendo da prévia declaração de inconstitucionalidade da lei, por

sua conta e risco, insistir em realizar um ato administrativo e aplicá-los sob suas viciadas bases.

Não comungamos deste entendimento. Primeiro, porque a existência de uma *vacatio* entre a declaração de inconstitucionalidade e a sua retirada efetiva do ordenamento jurídico só é admissível nas hipóteses em que o próprio TC retarde, desavizada ou voluntariamente, a publicação de seu julgado a uma determinada data futura, não sendo razoável pensar-se a posposição como uma boa e imparcial política constitucional já que os atos porventura praticados durante a vacância da decisão quase que integralmente seriam de cunho negativo e lesivo, salvo na muito improvável hipótese do próprio legislador reconhecer que praticou o dano e, antes da publicação do acórdão no BOE, editasse uma lei reparadora⁵⁶⁵.

Segundo, porque a nosso juízo se o TC se vale com freqüência desta artimanha de retardar em tornar pública a sua decisão e os seus efeitos imediatos a fim de possibilitar ao Estado e ao legislador uma oportunidade de minimizar ou reparar, à sua maneira, os eventuais danos decorrentes da lei já declarada inconstitucional estaria ele tomando parte na solução do litígio.

É consabido que a Corte Constitucional não tem competência constitucional para unilateralmente decidir sobre o mérito de questões concretas emergidas das relações público-privadas que se sucederam após a entrada em vigor da lei impugnada. Em vista disso, uma virtual vacância na publicação ou comunicação do acórdão constitucional em benefício do Estado-Legislator só admite uma interpretação: o favorecimento judicial do Estado por parte do próprio TC com importantes efeitos na esfera da jurisdição ordinária⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ Advirta-se que nem na própria Áustria e Alemanha, onde a tese dos efeitos prospectivos deita raízes, aplicou-se no campo prático dita solução.

⁵⁶⁶ Os efeitos prejudiciais deste possível retardamento na publicação ou comunicação da decisão declaratória de inconstitucionalidade por parte do TC perante os juízos e tribunais da jurisdição ordinária podem ser notados tanto naquelas hipóteses em que dita declaração constitui o *prius* impulsionador da pretensão indenizatória a ser ajuizada pelos interessados quanto naquelas demandas *sub judice* cuja declaração de (in)constitucionalidade constitui a questão prejudicial de mérito do caso concreto (Art. 3º LOTC). Nesta segunda hipótese (questão de inconstitucionalidade) *e.g.*, se a inconstitucionalidade declarada pelo TC não for *comunicada imediatamente* ao órgão ordinário judicante (Art. 38.3 da LOTC) dando brecha a uma “*vacatio communicationis*”, poderá o legislador aproveitar-se de tal lacuna para oferecer ao seu livre arbítrio uma determinada compensação econômica aos particulares afetados pelo comando legislativo contrastado com os mandamentos da Constituição, suposto que poderá chegar a anular por completo a própria justa causa da pretensão indenizatória ajuizada. Ambas as suposições de “*vacatio publicationis*” (recursos de inconstitucionalidade) e “*vacatio communicationis*” (questões de constitucionalidade) constituem quase que uma quimera, mas podem ser suscitadas porque o atual

O modelo reparatório da violação patrimonial com base na inconstitucionalidade declarada de uma lei é em regra do tipo bilateral podendo chegar a ser até mesmo do tipo trilateral se todos os atores deste processo atuarem concomitantemente em suas respectivas funções. Explicamos num breve parêntese.

É bilateral o modelo se o TC se limita a declarar abstratamente a inconstitucionalidade da lei e os efeitos de sua decisão e os juízes ou tribunais ordinários reconhecerem, na sua esfera de competência (as vias ordinárias), a responsabilidade do Estado-Legislator pelos danos e prejuízos causados *in concreto* aos administrados.

Pode ser trilateral na hipótese em que o legislador, antecipando-se ou mesmo adiantando-se à atuação do Poder Judiciário, edite uma lei reparadora antes que se acabe por gerar um *leading case* sobre a matéria ou antes que se firme jurisprudência neste sentido, hipótese que a nosso ver relegaria aos juízes e tribunais a tarefa de analisar e julgar os eventuais acréscimos indenizatórios que a lei reparadora, ou melhor, minimizadora de danos não foi capaz de integralmente compor.

Neste diapasão, se o TC retarda a publicação ou comunicação de sua decisão estaria avocando e usurpando uma competência que não é sua porque nestes casos a natureza originariamente declarativa de suas decisões passaria a revertir-se de caráter notadamente *constitutivo* de direitos e interesses daqueles particulares que desafortunadamente sofreram incursões lesivas em seu patrimônio no período de vacância, o que causaria um desequilíbrio e uma desigualdade de trato se tomarmos em consideração os demais jurisdicionados cujos danos e prejuízos decorreram de atos praticados até a data do julgamento e da declaração da inconstitucionalidade da lei pelo TC. É uma operação abrumadora e carente de lógica e sentido.

Terceiro, porque entendemos que a tese dos efeitos prospectivos não vê o Estado como um ente uno e indivisível (tese unitária) o que acaba por gerar um notado paradoxo, eis que formula e concentra nestes casos uma hipótese de imputação de responsabilidade tão somente contra o Estado-Administração e não contra o Estado-

ordenamento jurídico não impõe prazo determinado para que o TC promova a publicação e a comunicação de suas decisões.

Legislador em si que, autor do ato danoso, fica impune quando o TC reprova o seu ato em sede de controle de inconstitucionalidade.

Pois bem, centremo-nos nas seguintes arguições: se o TC anulou uma lei declarando-a inconstitucional atribuindo à sua decisão efeitos prospectivos ou *pro futuro*, como garantir ao particular o restabelecimento do seu patrimônio menoscabado por atos que dela decorreram e que não podem de maneira alguma ser impugnados? Como proteger o lesionado contra tal circunstância? Não seria um contra-senso *anular* uma lei, manter incólumes todos os atos que dela decorreram, inclusive os que chegaram a causar danos aos administrados, permitindo que somente os efeitos negativos porventura gerados *pós declaração de inconstitucionalidade* sejam objeto de indenização?

A nosso ver, ante todas as críticas formuladas ao posicionamento do TS desde a STS de 29 de fevereiro de 2000, estamos convencidos de que a Alta Corte procurou dar resposta aos supracitados questionamentos procurando conciliar as limitações de eficácia temporal estabelecidas pelo TC em seus julgamentos de inconstitucionalidade (atribuição de efeitos prospectivos) e o legítimo direito do administrado de ver o seu patrimônio protegido e indenizado contra todo e qualquer ato lesivo oriundo da lei declarada inconstitucional encontrando, pois, na regra da *actio nata*, um mecanismo jurídico plausível à consecução material da garantia constitucional atribuída a quaisquer jurisdicionados: a de ver responsabilizado o Estado pela imposição de danos objetivamente antijurídicos.

Essa atitude não quer significar que o TS, por mero capricho e desobediência, esteja a afrontar os *decisums* do TC.

O foco de discussão ao invés de centrar-se no aperfeiçoamento dogmático da proposta formulada pelo TS com base na *actio nata* como suporte subsidiário ao direito do administrado lesionado em ver-se indenizado pelo Estado — numa possível 4ª (quarta) via indenizatória —, ao que parece, concentra-se mais na afirmação de pensamentos num e noutra sentido por parte dos doutrinadores (pelo simples amor ao contraditório) do que em propostas plausíveis capazes de sugerir eventuais critérios objetivos determinantes para aclarar quando deve o TC em um e outro caso

essencialmente determinar a aplicação de efeitos *ex nunc* ou *ex tunc* às suas declarações de inconstitucionalidade com vistas a evitar os casuísmos.

Tampouco tratam de explicitar qual o verdadeiro caminho que o lesionado deve seguir para evitar os muitas vezes irremediáveis detrimientos patrimoniais que as constantes intromissões estatais ocasionam.

Muitos preferem o silêncio e a difusão de superficiais e vagas doutrinas captadas no estrangeiro e não adaptáveis à sistemática espanhola. Outros, preferem o comodismo de imputação de aparentes contradições. E o lesionado, afinal, como proteger-se das ingerências legislativas estatais sobre a sua esfera jurídica patrimonial dita constitucionalmente protegida? Quais as propostas práticas e plausíveis dos estudiosos para a solução de tal imbróglio? Infelizmente estas são respostas que ainda pendem de uma solução satisfatória livre de profusões e recortes teóricos.

9.1.3. A culpa *na* e *da* ilicitude

Qual o papel da *culpa* (juridicamente considerada) na ilicitude perpetrada pelo legislador? Pode ser ela considerada como um elemento ou critério de imputação da responsabilidade estatal pela edição de atos legislativos declarados inconstitucionais?

A questão é um tanto quanto polêmica e não tem merecido a devida atenção por parte da doutrina.

Já vislumbramos que a culpa, desde a objetivação da responsabilidade estatal, não mais faz parte do rol estrito dos requisitos que impulsionam o mecanismo de proteção jurídica de direitos e interesses legítimos outorgados aos cidadãos, o que não significa dizer que tenha ela deixado de ser influente no momento de fundamentar a inconstitucionalidade do ato legislativo.

Tratando-se de averiguar o confronto do texto da lei com as disposições constitucionais parece quase irrelevante qualquer sondeio em torno à *culpa do legislador*. Isso é até relativamente natural se pensarmos na relação de submissão objetiva e inflexível que o legislador está sujeito em relação à *norma normarum*. Nesse sentido parece ser o *risco de legislar* o único protagonista no difícil processo de controle de constitucionalidade incidente sobre a lei.

Sem embargo, não é esse argumento unânime e corrente no seio da doutrina especializada que admite a culpa como um dos elementos, ao lado do risco, fundamentadores da responsabilidade civil por atos legislativos do Estado.

Afirma-se que o fundamento da responsabilidade do Estado-Legislator por atos legislativos inconstitucionais pode se dar tanto a título de um ilícito culposo (teoria subjetiva), de um ato lícito ou, ainda, pelo próprio risco (teoria objetiva). É o que por exemplo nos revela Paula Rogéria GAMA SANTOS⁵⁶⁷ em artigo explanativo sobre a problemática no Direito português.

Esclarece a autora que a doutrina portuguesa apresenta-se um pouco cética no sentido de aceitar que a responsabilidade civil por atos legislativos do Estado tenha como fundamento exclusivo o risco no exercício da atividade pública. Há, segundo ela, opiniões de todo tipo.

Há os que defendem que o fundamento da responsabilidade é a culpa do legislador que poderia ter agido de modo a evitar a aprovação de uma lei inconstitucional e, portanto, que do seu ato não derivasse um dano ao particular — Antunes Varela — e ainda aqueles que entendem que o legislador não está obrigado a saber até onde vai a fronteira entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade de seu ato necessitando a culpa e o zelo de legislar que lhe são exigíveis serem apreciados a partir do caso concreto, tendo em consideração as circunstâncias que rodearam a aprovação da lei e a gravidade da agressão legal — Rui Medeiros, tese à qual se filia.

Vê a autora configurada a culpa do legislador — um ato *indesculpável* segundo ela —, por exemplo, na hipótese em que o mesmo ratifica normas consideradas inconstitucionais em sede de apreciação e controle preventivos (faculdade prevista no artigo 279 da Constituição da República Portuguesa), pois, entrando esta lei em vigor, após obrigatoriamente promulgada ou assinada pelo Presidente ou Ministro da República, e reconhecida ulteriormente a sua inconstitucionalidade em ação de

⁵⁶⁷ GAMA SANTOS, P.R. «Breve estudo sobre a responsabilidade civil do Estado pelo ilícito legislativo no direito português», em *Jus Navigandi*, a.11, n° 1387, de 19 abr., Teresina, 2007, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9771>> (data da consulta: 08 fev. 2008).

indenização por danos causados, não haverá como o Tribunal não reconhecer nesta hipótese a culpa do legislador⁵⁶⁸.

Ainda que se trate de um ato muito pouco provável é possível sim visualizarmos um resquício considerável de culpa nesta hipótese formulada.

Entretanto, o que aqui queremos demonstrar é que discussões neste sentido não fazem parte do cotidiano da doutrina espanhola. O papel da culpa como fundamento da responsabilidade do Estado-Legislator espanhol não passa de uma utopia.

A culpa não representa um critério de imputação da responsabilidade. Sua apreciação em gênero e grau de intensidade parece estar concentrada no momento da quantificação dos danos e prejuízos provocados por uma lei tida como “expropriante” confundindo-se, pois, com a própria natureza do ato emanado.

Aqui (Espanha), a culpa na seara da ilicitude atribuída ao legislador é, portanto, nula, posto não servir de referência ao julgador na análise do motivo, meios e alcance que levaram o agente político a projetar a sua intenção de intervir e limitar ou até mesmo expropriar direitos e interesses que compõem o patrimônio do destinatário.

Com efeito, por não estar a culpa do legislador (em sentido jurídico) na agenda apreciativa dos magistrados constitucionais e ordinários muito menos na do sistema jurídico de responsabilidade civil do Estado, eis que não diretamente relacionada com a antijuridicidade do ato legislativo impugnado, tida por objetiva, podemos afirmar que a sua importância na imputação da obrigação estatal de indenizar também afigura-se nula na medida em que, não constituindo-se como fundamento da obrigação, não é capaz de servir como mecanismo de ativação imediata da responsabilidade do Estado-Legislator que exige (como já vimos) ademais da “ilicitude do legislador” (violação da Constituição) a ofensa real ao patrimônio do destinatário.

⁵⁶⁸ Como exceção à falta de discussão da doutrina espanhola neste sentido parece ser que do pensamento de Markus GONZÁLES BEILFUSS (*op. cit.*, 2000, p. 225) sobre a influência das sentenças constitucionais sobre os projetos de lei em curso, que tratam de alguma forma de regulamentar a matéria declarada inconstitucional, se possa prever uma hipótese de culpa do legislador nos mesmos moldes sugeridos pela autora portuguesa Paula Rogéria Gama Santos, qual seja: quando o legislador despreze os efeitos da STC e insistir na aprovação de projetos de lei sem as reformulações recomendadas ou mesmo ordenadas por parte dos magistrados constitucionais.

Em vista disso, valendo-se do trocadilho, é possível afirmar-se que os efeitos “desprezíveis” — e porque não dizer, negativos — da culpa *na* constatação da ilicitude do legislador podem ser trasladados ao momento final do processo de controle de constitucionalidade da lei, representado pelo acórdão lavrado pelo TC declarando a sua inconstitucionalidade. A “culpa” (em sentido coloquial) *da* ilicitude seria, por sua vez, a de não servir como fundamento automático da responsabilização estatal por não traduzir-se no núcleo duro da antijuridicidade que caracteriza o “ilícito legislativo”.

9.2. Supostos indenizáveis

9.2.1. Atos legislativos de natureza expropriatória (Expropriações *ope legis*)

O Estado, querendo expropriar bens e direitos particulares através de uma lei especificamente destinada para tanto deve em contrapartida indenizar os expropriados, sob pena de inconstitucionalidade. É esta a regra geral contida no artigo 33.3 da Constituição de 1978 aqui novamente reproduzido:

Art. 33.3 CE/78: “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa de justificada utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

O descumprimento direto e frontal a esta normativa constitucional é causa bastante para declarar-se nula de pleno direito a lei de natureza expropriatória e, por conseguinte, o intento estatal de apoderar-se *inaudita altera parte* total ou parcialmente dos bens e direitos dos jurisdicionados sem a correspondente indenização.

O próprio silêncio ou mesmo a indenização a menor podem ser causa de afronta à Constituição passível de imputação ao Estado pelos possíveis danos que dita conduta vier a ocasionar efetivamente na esfera patrimonial protegida dos administrados. É o que veremos a continuação.

9.2.1.a) Inconstitucionalidade por denegação da compensação expropriatória

Incorre em inconstitucionalidade o Estado, por violação *direta e frontal* à disposição contida no artigo 33.3 da CE/78, na hipótese em que levando à cabo a

expropriação mediante lei de natureza expropriante (expropriação *ope legis*) denega, expressa ou tacitamente, a devida indenização ao particular afetado pelo ato legislativo.

O Estado só deve expropriar se houver causa justificada em uma utilidade pública ou um interesse social. Em tal hipótese a expropriação estatal operada pela lei só terá validade se a lei também prever o *quantum debeatur* a título de justo preço ou, ao menos, o mecanismo para sua aferição.

Todavia, se por acaso a lei, *expressamente ou de acordo com o seu contexto*, denegar ao particular qualquer espécie de indenização restará violado o supracitado artigo 33.3 da CE/78 por não restar garantida a regra da incolumidade patrimonial do destinatário do ato legislativo supremo.

Denegando o Estado-Legislator o direito à indenização haverá *automaticamente* um dano patrimonial na esfera protegida do administrado passível de reparação através do mecanismo de imputação da responsabilidade civil.

O caso de denegação da indenização é o suposto indenizatório mais extremo e de pouca ou quase nenhuma incidência no campo prático por constituir-se a conduta estatal neste sentido, sem exageros, num verdadeiro disparate jurídico em face da violação a um direito ínsito na natureza humana, o direito de propriedade. A atuação do legislador contra essa histórica e pioneira garantia constitui o cúmulo de seu tiranismo.

Tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial não encontramos divergências quanto à afirmação de que a lei expropriatória que denega o correlato direito de indenização deve ser tida, por óbvio, como inconstitucional e ser causa de imputação de responsabilidade ao Estado.

9.2.1.b) Inconstitucionalidade em razão do silêncio quanto à compensação

Não havendo ânimo legislativo de denegar a compensação pecuniária, porém silêncio, omissão ou desídia no corpo da lei expropriante quanto à quantia ou o procedimento para a sua aferição defende parte da doutrina que há que entender-se o silêncio como o equivalente a uma denegação geradora de inconstitucionalidade.

Há autores, porém, que não vêem esse automatismo e correlação entre silêncio/omissão/desídia e inconstitucionalidade. Jesús GONZÁLES PÉREZ⁵⁶⁹ numa visão mais ponderada — à qual nos filiamos — entende que havendo silêncio, porém ausência de ânimo e intenção do legislador em denegar expressa ou tacitamente o direito ao recebimento de uma correspondente indenização (causa de inconstitucionalidade), deverá aplicar-se normalmente em favor do expropriado a garantia expropriatória contida na regra do artigo 33.3 da CE/78 c/c artigo 141 da LRJAP y PAC/1992.

O Tribunal Constitucional é mais prudente no sentido de não pronunciar-se a respeito dos eventuais efeitos positivos ou negativos que o silêncio legislativo tenha sobre o dever de indenizar imposto pelo artigo 33.3 da CE/78.

Como exemplo desta parcimônia e neutralidade podemos citar a discussão havida na STC 28/1997, de 13 de fevereiro, envolvendo a possível vulneração do artigo 33.3 da Constituição pela Lei 3/1984, de 31 de maio, aprovada pelo Parlamento das Ilhas Baleares que declarou como “área natural de especial interesse” a zona conhecida como «Es Trenc-Salobrar de Campos», o que gerou o inconformismo por parte de algumas empresas situadas em tal perímetro urbano em face do silêncio do legislador quanto a uma eventual fórmula ou procedimento reparador para compensar as proibições e limitações impostas ao exercício do seus respectivos direitos de propriedade ante a falta de patrimonialização do valor urbanístico concedido no plano modificado por tal lei⁵⁷⁰.

Evitando pronunciar-se a respeito da valoração do silêncio legislativo num ou noutro sentido assim preferiu resguardar-se o tribunal aludindo no fundamento jurídico 7º do acórdão que “(...) *el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 C.E., sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos. A lo que cabe agregar que el Parlamento de las Islas Baleares en la Ley 1/1991 de espacios naturales y régimen urbanístico de las áreas de especial protección, expresamente establece en su disposición adicional sexta*

⁵⁶⁹ GONZÁLES PÉREZ, *op. cit.*, p. 70/71.

⁵⁷⁰ Cf. STS 1.052, de 17 de fevereiro de 1998.

que en los proyectos presupuestarios de la Comunidad Autónoma se preverán los recursos precisos para afrontar la responsabilidad económica que pueda suponer las calificaciones urbanísticas de los terrenos”. Grifei.

9.2.1.c) Inconstitucionalidade por vedação da discussão do justo preço

Outro suposto indenizável aceito pela doutrina apresenta-se naquelas hipóteses em que a lei de natureza expropriante, em que pese arbitrar em seu bojo o valor da compensação ou indicar os mecanismos e parâmetros para a sua concretização final, denegue ao particular o direito de pleitear nas vias ordinárias uma complementação indenizatória com base na discussão daquilo que subjetivamente entende por justo preço.

Limitando a lei a indenização ao preço que entendeu suficiente e “justo” proibindo o particular de buscar uma majoração compensatória estará o legislador a incorrer em inconstitucionalidade permitindo que lhe seja imputada a devida responsabilização. Neste sentido converge o entendimento quase unânime da doutrina.

9.2.2. Atos legislativos de conteúdo *não* expropriatório

9.2.2.a) A inconstitucionalidade com causa na desproporção do ato legislativo: o problema das leis restritivas de direitos e interesses fundamentais

9.2.2.a.1) As leis restritivas de direitos e interesses fundamentais e a proibição de excesso^{571 572} como cânon de constitucionalidade à atividade interventiva do legislador

É consabido que o legislador⁵⁷³ não pode de maneira alguma afrontar os preceitos magnos da Constituição na execução de sua atividade legisferante em razão da vinculação, ou melhor, da submissão que deve ter em relação à Lei Maior do Estado, sobretudo quando incumbe-lhe regular o exercício de um consagrado direito ou interesse fundamental o que, esclareça-se, não significa de maneira alguma estar ele proibido de melhor configurar o seu conteúdo e adequar o seu exercício às novas perspectivas sociais.

Pelo contrário, é imprescindível e inevitável que assim o faça na dinâmica e sedenta sociedade prestacional em que vivemos onde não mais é possível negar e prescindir da convivência harmônica entre o Direito Geral e o Direito Especial *pari passu* com os diversos polissistemas normativos cada vez mais independentes e descodificados.

⁵⁷¹ O termo “proibição de excesso” constitui um dos vários sinônimos empregados pela doutrina (sobretudo a alemã — *Übermaßverbot* ou *Übermassverbot*) ao princípio geral da proporcionalidade entre meios e fins. Está aqui sendo propositadamente utilizado com o objetivo de destacar que a sua violação e desrespeito pelo Estado advêm do *excesso* de sua atuação seja no âmbito executivo/administrativo, legislativo ou judiciário, elemento essencial às nossas atuais considerações.

⁵⁷² *Princípio da medida menos gravosa ou mais moderada, princípio da aplicação da medida menos restritiva ou onerosa, princípio da necessidade* são alguns exemplos de sinônimos dessa terminologia flutuante que ao fim e a cabo traduzem um único objetivo: o de assegurar a intervenção mínima, razoável e ponderada do Estado na esfera particular.

⁵⁷³ Quanto aos destinatários do princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso merecem referência as afirmações de Markus GONZÁLES BEILFUSS [*El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 118]: “*Como principio constitucional que deriva de la estructura principal de muchas normas constitucionales, los destinatarios del principio de proporcionalidad son lógicamente todos los poderes públicos en cualquiera de sus múltiples actividades: el legislador en su función legislativa, el Gobierno y la Administración en sus funciones ejecutivas y normativas; y los tribunales ordinarios en su función de interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Todos ellos están sometidos, en efecto, al principio de proporcionalidad, que, consiguientemente, constituye uno de los criterios de actuación de control que mayor proyección tiene en el ordenamiento jurídico. Ello no significa, como es natural, que la vinculación de los diferentes poderes públicos al principio de proporcionalidad sea exactamente la misma en todos los casos*”.

Ante a própria natureza que muitos direitos expressam, a de direitos fundamentais⁵⁷⁴, faz-se necessário que o legislador tenha, no mínimo⁵⁷⁵, cautela na hora de delimitá-los impondo-lhes novos contornos e preservando-lhes, ao menos, o seu *conteúdo essencial* tido como «límite dos limites» à sua atividade interventiva^{576 577}.

Nesse sentido, quando se trata de uma intervenção legislativa sobre um constitucionalmente consagrado direito fundamental cabe ao legislador policiar-se no exercício de sua atividade legisferante ante ao limite intrínseco irradiado do próprio bloco de constitucionalidade: o de não ferir, ainda que de forma mínima, o conteúdo essencial de um direito fundamental.

Noutras palavras: em paralelo ao poder conformador do legislador de perseguir e promover através de leis a melhor realização dos direitos individuais assim como os fins da comunidade e da nação em que está inserido existe um limite que inibe o exercício incauto e imprevisível desse poder de legislar que é o de não violar o conteúdo essencial do direito fundamental em foco — no nosso caso, especialmente do direito de propriedade.

⁵⁷⁴ Manuel MEDINA GUERRERO, apoiado em Pedro Cruz Villalón, destaca em sua obra intitulada *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. XIII/XIV, que as 02 (duas) características distintivas dos direitos fundamentais frente aos demais direitos são a de gozarem de uma tutela judicial e de uma especial proteção frente ao legislador que lhes presta a garantia do conteúdo essencial. Destaca ainda o autor, acertadamente, que do estudo da relação havida entre o legislador e os direitos fundamentais resulta uma conexão paradoxal, pois nela os atos do legislador são reciprocamente vinculantes e vinculados, limitadores e limitados.

⁵⁷⁵ Ricardo MARTÍN MORALES (1997, p. 406) advoga, por exemplo, que o legislador, nas ocasiões em que pensa intervir na regulação de direitos fundamentais, deve agir não só em sintonia com o princípio da proporcionalidade, mas também aplicá-lo na prática antes que os próprios julgadores. São suas palavras: “*No se puede negar, por otra parte, que la Constitución puede marcar y marca significativos niveles de proporcionalidad. No podía ser de otra manera en una Constitución que ha construido un concepto de Estado en el que se impide el abuso de poder. Ahora bien, el principio de proporcionalidad no debe encontrar aplicación exclusiva en la actuación del juzgador, sino también, y cronológicamente antes, en la actividad del legislador*” (grifei). No mesmo sentido: PEDRA, A.S. *O Controle da proporcionalidade dos atos legislativos*, Del Rey, Belo Horizonte, 2006.

⁵⁷⁶ “(...) El «contenido esencial» es precisamente una derivación de la «garantía institucional» en su significado adjetivo. (...) Es decir: una vez «identificado» un instituto es posible conceptualmente aislar una imagen del mismo sustraída a la disponibilidad del legislador. La «garantía institucional» permite así lo que no parecía posible para los derechos; fijar los límites de la intervención del legislador en la configuración de los derechos, los «límites de los límites». ¿Esto qué supone para los derechos? Pues muy simple: que para que un derecho pueda ver preservado algún contenido frente al legislador tendrá que conseguir presentarse como instituto; sólo en la medida en que quepa elaborar un «contenido institucional» del derecho será este, por así decir, *parlamentsfest*, resistente al parlamento” (CRUZ VILLALÓN, P. «Formación y evolución de los derechos fundamentales», em *REDC*, a. 9, nº 25, Madrid, 1989 (Enero-Abril), p. 61). Destaques no original.

⁵⁷⁷ “*A tarefa legislativa no âmbito dos direitos fundamentais comporta, pois, uma liberdade criativa nem sempre compreendida pelo intérprete. Em decorrência, é comum estabelecerem-se confusões quanto à própria existência de uma restrição*” (TOLEDO BARROS, 2003, p. 151).

E essa eventual intervenção legislativa — sobretudo quando for de cunho eminentemente limitativa, restritiva e/ou ablatória — deve estar clara, expressa e formalmente autorizada pela Constituição⁵⁷⁸. Qualquer indício de violação ou infração por parte do legislador deve estar subsumido à apreciação da constitucionalidade das leis, mormente quando se tratam de normas incidentes sobre direitos fundamentais diante do seu protagonismo no seio da CE/78.

O controle concentrado feito pelo TC só admite 02 (duas) vertentes, a da inconstitucionalidade (desconformidade) ou a da constitucionalidade (conformidade) — Art. 27.1 LOTC, vertentes estas divergentes que se apartam a partir de um ponto nodal: a aplicação do teste de proporcionalidade sobre a lei.

Aplicado o teste e configurada *in abstracto* a afetação negativa que a intervenção legislativa provocou na esfera jurídica protegida dos seus destinatários poderá restar constatado o *excesso no poder de legislar* e, em muitos casos, a própria inconstitucionalidade da lei.

Esse mecanismo que detecta o excesso legisferante com base na desproporção do ato legislativo constitui, portanto, o canôn de constitucionalidade adotado pelo TC sobre os efeitos provocados pela atividade interventiva do legislador que, de fato e de direito, está proibido de exceder-se no exercício de suas funções.

⁵⁷⁸ Nesse sentido advoga SANTAMARÍA PASTOR (1988, p. 202) ao defender que em todos os casos em que a Administração e o poder público de forma geral praticarem *atos com eficácia limitativa, ablatória e/ou extintiva* sobre situações jurídicas de sujeitos públicos ou privados deverá respeitar, obrigatoriamente, a um regime prévio de vinculação positiva ou de prévio «apoderamiento» (outorgamento de poder, em português) legal para que tais atos sejam considerados válidos juridicamente. São suas palavras: “1) Respecto de las actuaciones de eficacia ablatoria, en efecto, la exigencia de un previo apoderamiento legal no puede ofrecer duda razonable: en un sistema político que se califica a sí mismo como Estado de Derecho, la libertad de los ciudadanos —cualquier situación jurídica concreta, no sólo los derechos fundamentales— no puede ser limitada por la Administración si previamente no ha sido autorizada para ello por una ley. Negar este principio equivale a desconocer las bases ideológicas del Estado liberal y democrático, en el que el Parlamento existe no sólo para controlar al Gobierno, sino sobre todo porque sólo él está legitimado para adoptar las decisiones que afectan a la libertad o al patrimonio de los ciudadanos.

Pero esta conclusión se deriva también del propio texto de la CE, cuyo artículo 53.1, al aludir a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I, dispone que «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades». En defecto de ley, por lo tanto, ni la Administración puede ditar reglamentos que limiten de cualquier modo la esfera de libertad de los particulares, ni puede tampoco adoptar decisiones singulares o acciones materiales que posean el mismo efecto”.

9.2.2.a.2) Notas acerca da incorporação do teste de proporcionalidade no contexto jurídico constitucional espanhol

Nessa empreita, ademais de levarmos em consideração o conteúdo do direito fundamental fixado pela Constituição e os limites que o legislador infraconstitucional tem a seu dispor para configurá-los, é primordial que completemos o estudo sobre o raio de ação dos parlamentares focando nossas atenções para um outro elemento crucial, qual seja, o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso aplicado no controle judicial dos atos legislativos como um *limite externo antecedente* ao limite dos limites: o conteúdo essencial do direito.

Compulsando os recentes estudos sobre os avanços da doutrina e jurisprudência internacional, sobretudo a europeia, acerca da intrincada e nem sempre harmônica e equilibrada relação entre os interesses do Estado e dos sujeitos de direitos denota-se que muitos dos mais abalizados pensadores do velho continente voltam dia após dia cada vez mais suas atenções sobre o alcance do princípio da proporcionalidade nas condutas levadas a cabo pelos poderes dos Estados.

Fala-se em *teste* de proporcionalidade de atos jurisdicionais, de atos administrativos e das próprias leis com análises minuciosas incidentes, até mesmo, sobre os “méritos” subjetivos-discrecionários que os desencadearam.

O princípio da proporcionalidade, cuja afirmação⁵⁷⁹ há que se buscar no Direito Administrativo prussiano do século XIX, está, há muito, incorporado efetivamente no seio do ordenamento jurídico da Comunidade Europeia^{580 581}.

⁵⁷⁹ Empregamos aqui o termo “afirmação” em substituição ao termo “origem” por entendermos que a atribuição da *origem* verdadeira do princípio da proporcionalidade não é objeto de consenso por parte da doutrina especializada. Uns advogam que tal princípio está insito na idéia milenar e universal de justiça; outros que advêm do direito romano; alguns que são fruto das reflexões sobre a justiça extraídas da filosofia prática grega; há ainda os que afirmam que é obra de teorias jusnaturalistas inglesas dos séculos XVII e XVIII, etc. Entretanto, quanto a sua *afirmação* na seara jurídica a doutrina coincide em apontar que o germe anteriormente plantado semeou e alastrou-se quando da passagem do Estado de Polícia ao Estado de Direito como uma forma de dar garantia a liberdade individual dos particulares em face aos poderes de coação ilimitados dos monarcas. Dizem ademais que, apesar da contribuição dogmática oriunda do Direito Penal da Ilustração, foi na Alemanha, por obra fundamentalmente dos pandectistas, que o princípio definitivamente floresceu para o Direito. Como técnica de controle frente ao legislador afirma-se que a aplicação de tal princípio firmou-se somente a partir da segunda guerra mundial (1939-1945) e com a consolidação do sistema europeu de controle de constitucionalidade.

⁵⁸⁰ Utilizado como parâmetro de fundamentação pelos membros do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia desde o ano de 1956, sobretudo por ocasião das primeiras decisões relativas aos conflitos oriundos de seus tratados constitutivos, relata-se que o princípio da proporcionalidade foi objeto de abordagem dogmática e impulso doutrinário mais elaborado com maior profundidade e sustentação jurídica pelo Advogado Geral Dutheillet de Lamonthé no caso *Internationale Handelsgesellschaft*

O crescimento vertiginoso de sua aceitação e aplicação pelos juízes e tribunais de quase toda a Europa fortaleceu-se paulatinamente chegando, por fim, com melhores e mais elaborados contornos a ser introduzido expressa ou ao menos implicitamente no corpo de algumas Constituições do continente.

Porém, foi com o advento da Constituição da República Federal da Alemanha (Lei Fundamental de Bonn de 23 de maio de 1949) que ele, princípio da proporcionalidade, recebeu maior destaque, eis que foi aí, neste país, onde sua aplicação prática mais prosperou e se difundiu graças ao estudo significativo promovido pela doutrina do “princípio da proibição de excesso” (*Übermaßverbot*) recém emergida e fruto da interpretação conjugada das disposições contidas nos artigos 1.3, 14 e 19.2 do então novel diploma.

Verifica-se que o dever de observância constitucional e legal imposto pela LF/1949 a todos os poderes do Estado aliada à particular obrigatoriedade quanto ao estrito cumprimento de seus sedimentados dogmas pelos magistrados deram azo a um novo fenômeno: o da conversão do princípio da proporcionalidade, antes parâmetro interpretativo *subjetivo* dos juízes, em uma exigência normativa *objetiva* transmutada no dever de integração do ordenamento jurídico mediante a prestação efetiva da tutela jurisdicional⁵⁸².

(sentença de 17.12.1970) que, na oportunidade, defendeu a tese de que o princípio da proporcionalidade era fonte jurídica por excelência do Direito Comum Europeu por ter natureza não só de princípio geral do Direito Comunitário conforme orientação prevista no artigo 3b (5) do Tratado de Roma de 1957 (que instituiu a Comunidade Econômica Européia — CEE), mas também, e principalmente, de norma jurídica vinculante, circunstância que de *per si* autorizava qualquer cidadão a invocá-la ao mesmo tempo em que obrigava os tribunais europeus, inclusive o Tribunal de Luxemburgo, a respeitá-la e aplicá-la.

A propósito consulte-se Diana-Urania GALETTA em seu artigo «El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario», em *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, INAP, Madrid, 1998 (Septiembre-Diciembre), p. 76 e seguintes.

⁵⁸¹ A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia de 2000 (em sua versão portuguesa) prescreve em seu artigo 52, apartado 1º (primeiro), o seguinte: “Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros”.

O Tratado de Lisboa/Portugal firmado em 19 de outubro de 2007 como substitutivo do fracassado projeto de implementação de uma Constituição Européia, ademais de ratificar os ditames da Carta de Direitos de 2000 (Art. 6º), tratou novamente de por em releve a importância do princípio da proporcionalidade no âmbito das atribuições competenciais dos Estados-Membros da União assim dispondo em seu artigo 5º, inciso 4º (quarto), aqui livremente traduzido:

“Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União não excederá ao necessário para alcançar os objetivos dos Tratados.

As instituições da União aplicarão o princípio da proporcionalidade de conformidade com o Protocolo sobre a aplicação dos princípios de subsidiariedade e proporcionalidade”.

⁵⁸² Relata-se que as incontáveis decisões judiciais fundadas na aplicação do princípio da proporcionalidade às leis no âmbito da Comunidade Européia está a causar (em certa medida) um

Os juízes alemães deveriam, assim, não mais aplicar o princípio da proporcionalidade de acordo com a sua conveniência e oportunidade na análise e solução do caso concreto, mas sim aplicá-lo (sempre) na totalidade de seus julgados como corolário de um mandamento irradiado da Constituição e das leis.

A proporcionalidade desvinculou-se do conceito *subjetivo e personalíssimo* de prudência e ponderação ínsito na mente de cada julgador passando a constituir um novo elemento *objetivo externo* de aplicação obrigatória na função judicante. De *prius* passou a *posterius*. Outrossim, deixou de ser um princípio corolário do princípio da igualdade, independizando-se⁵⁸³.

O enraizamento e o diuturno aperfeiçoamento dos contornos dogmáticos inerentes ao princípio da proporcionalidade no seio da comunidade jurídica europeia não autorizam que haja um retrocesso em sua concepção interpretativa no sentido de desfigurar a sua atual moldura. Há margem tão somente para a proibição dos excessos, das arbitrariedades e das flagrantes usurpações de funções.

A exemplo da técnica do conteúdo essencial e outros métodos de controle sobre as intromissões ilegítimas da atividade estatal sobre a esfera jurídica protegida dos particulares, também a da proporcionalidade representa uma garantia constitucional em favor do indivíduo e das empresas, uma barreira substantiva a ser respeitada não só pelos juízes através de prudentes, proporcionadas e razoáveis decisões, mas também pelos administradores e, mormente, pelos legisladores.

A análise da proporcionalidade dos atos estatais não deve necessariamente concentrar-se no exercício da atividade judicante como meio de solução de um já

verdadeiro ceticismo ideológico em alguns de seus países membros, em especial por parte da tradicional doutrina jurídica francesa. Embora reconheçam a importância do princípio da proporcionalidade como um eficaz instrumento de controle contra a ingerência de um poder nas funções típicas preponderantes de outro, os franceses não exitam em afirmar — com um certo tom de exagero — que ante aos incontáveis casos de puro decisionismo judicial fundados na sua aplicação prática não é raro presenciarmos um verdadeiro exercício do “governo dos juízes” em face da *habitual usurpação* de funções relegadas a outros poderes.

⁵⁸³ Uma mostra desta “independização” do princípio da proporcionalidade como critério autônomo desvinculado em relação ao princípio da igualdade pode ser encontrada na declaração do TC na STC 158/1993, de 06 de maio (FJ 2º), relativa a apreciação da (in)constitucionalidade do artigo 12 da Lei 35/1980 que implantou uma cláusula de impenhorabilidade («*no embargabilidad*») sobre as pensões públicas auferidas por ex-combatentes mutilados da zona republicana. A STC 50/1995 em seu FJ 7º toma, por sua vez, o princípio da proporcionalidade como um princípio inerente ao valor de justiça «*muycercano al de igualdad*».

instaurado conflito de interesses. Exige-se que o próprio legislador, numa atividade típica de “*predicción*”⁵⁸⁴ e prevenção de danos^{585 586}, ademais de obedecer todos os demais limites que de uma maneira ou de outra condicionam a sua atividade⁵⁸⁷, também respeite e incorpore no seu labor diário de legislar a tarefa de produzir normas e demais regramentos inteligíveis⁵⁸⁸ valendo-se de uma conduta necessária, previsível⁵⁸⁹,

⁵⁸⁴ *Presságio, premonição, prognóstico, profecia e previsão* são alguns significados aceitáveis que se podem interpretar desta terminologia espanhola empregada por Antonio LÓPEZ PINA na tradução do artigo intitulado «Significado de los derechos fundamentales», de autoria de Konrad HESSE, inserto na obra coletiva *Manual de Derecho Constitucional* publicada na Espanha pela Editora Marcial Pons, em Madrid, no ano de 1996, p. 110. Quiçá a correspondência léxica alemã mais apropriada para o termo empregado no espanhol (“*predicción*”) seria o termo *Vorhersage* (prognóstico) utilizado assiduamente pela doutrina.

⁵⁸⁵ Nesse ponto, diga-se de passagem, percebe-se a quebra da concepção outrora generalizada de que a aplicação do princípio da proporcionalidade só podia ser invocada na solução ou apreciação de atos *já praticados e que já haviam produzido efeitos jurídicos negativos* não havendo cabida, portanto, a qualquer especulação acerca dos motivos que os antecederam e os basilaram. A proporcionalidade deveria incidir na causa posta à apreciação do Poder Judiciário, bem como do controle de seus efeitos (sobretudo patrimoniais), e não sobre o seu “mérito”. Nesse sentido só era — e freqüentemente segue sendo — admissível a invocação pelo particular da proibição de trato desproporcionado somente quando a este lhe foi imputado uma carga, um gravame ou uma restrição pública e nunca quando fora beneficiado por uma medida legal. Levando-se em consideração somente a relação vertical de submissão e obediência à lei havida entre Estado e jurisdicionado há que se entender como plenamente correta tal premissa.

Entretanto, o que queremos aqui por em destaque não é o simples fato da proporcionalidade ser invocada tão somente quando houver desvantagem ou dano ao particular porque — assim acreditamos — ela aí não se encerra. Vislumbramos além disso que a sua constante aplicação prática no campo jurídico, sobretudo por parte da jurisprudência, está (ao menos deveria estar) suscitando uma maior atenção do legislador na hora de legislar impingindo-lhe um “dever extralegal” (porque não positivado) de sempre procurar atuar com vistas a editar uma lei proporcionada aos objetivos e fins sociais aos quais está direcionada, sob pena de retirada do ordenamento jurídico. Cremos que este “dever extralegal” de legislar proporcionalmente bem traduz uma necessidade a ser internalizada e incorporada no labor diário dos Parlamentos não podendo as decisões dos tribunais que envolvam a análise de aspectos normativos de cunho restritivos e lesivos, em especial as proferidas pelos Tribunais Constitucionais, serem acolhidas como um mero recado ou mera sugestão de correção ou ajustamento de conduta a ser valorada pelos maus legisladores.

Entendemos que do mesmo modo em que a proporcionalidade *objetivou-se* como mais um elemento independente e ao mesmo tempo integrativo a ser necessariamente observado quando da prestação da tutela jurisdicional efetiva, assim deverá (\neq poderá) sê-lo também na boa e efetiva prestação da tutela legislativa do Estado. O “dever” de bem legislar, esclareça-se, sempre esteve também adstrito ao campo dos princípios gerais de direito — o ideal de justiça e equidade são, quiçá, os que melhor exigem um compromisso mais detido nesse sentido por parte dos legisladores — e também os que basicamente regem os atuais Estados, tais como o dever de probidade, de moralidade, da própria legalidade e, ainda, *e.g.*, da cláusula do Estado Social e Democrático de Direito.

⁵⁸⁶ Conforme nos adverte o mestre Eugenio LLAMAS POMBO [«La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del Derecho de Daños)», em *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II (*Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*), Civitas, Madrid, 2003, p. 2.203/2.204] prevenir é melhor do que remediar, posto que “*Nada obliga a traducir el principio alterum non laedere en la regla «el que daña repara». Al menos no exclusivamente. Del viejo principio cabe derivar también el deber de adoptar las precauciones razonables que eviten el daño. «No dañar» supone, obviamente, «reparar el daño causado»; pero sobre todo es eso, «no causar daños» o, lo que es igual, evitar que se produzcan. De manera que el moderno Derecho de daños, indudablemente todavía en construcción, ha de bifurcarse para comprender dos manifestaciones distintas: a) La inhibición del daño amenazante, la prevención, a través de la llamada tutela civil inhibitoria; b) La responsabilidad por el daño irrogado, la reparación, mediante la llamada tutela resarcitoria”.*

⁵⁸⁷ Relembre-se a título exemplificativo: no âmbito interno o conteúdo essencial dos direitos; no âmbito externo os princípios da reserva de lei, da legalidade, do devido processo legal, da interdição de arbitrariedade, da segurança jurídica, da igualdade e também o da proporcionalidade ou o da proibição de excesso, etc.

⁵⁸⁸ A clareza e a fácil assimilação dos comandos legais por seus destinatários eram elementos pregados na doutrina de MONTESQUIEU em sua histórica obra *L’Esprit des Lois* (O espírito das leis) de 1748 para

adequada e razoavelmente proporcional capaz de compatibilizar os meios utilizados com o fim a ser alcançado⁵⁹⁰ impondo, quando muito, sacrifícios de pouca monta aos seus destinatários⁵⁹¹.

E mais! Que a sua atividade encarne sempre a idéia elementar de *justiça material* ínsita no princípio da proporcionalidade: a eliminação de todo e qualquer sacrifício inútil, desnecessário ou desproporcionado, conforme nos ensina Javier BARNÉS:

“(…) el principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio; o, en otros términos: si éste resulta *a priori absolutamente* inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir *a todas luces* otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo *con igual grado de eficacia*; o desproporcionado en sentido estricto, por generar *patentemente*

quem as leis não deveriam ser difíceis ou enigmáticas, pois feitas para pessoas de entendimento mediano. Ademais, não deveriam conter sutilezas lógicas, mas sim mensagens simples e acessíveis a um pai de família.

⁵⁸⁹ “(…) el legislador tiene que ocuparse de relaciones muy variadas que encuentra previamente y que no puede modificar de golpe. No tiene que pensar sólo en los efectos proyectados, sino también en los no proyectados, pero previsibles, y en suma, en todo el tejido del orden jurídico y social en el que la ley se inserta y que con ella va a quedar más o menos modificado” (LARENZ, K. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, tradução e apresentação de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 2001, p. 47).

⁵⁹⁰ A exposição clara, direta e precisa da finalidade do ato legislativo é condição essencial para evitar o uso fraudulento da lei («fraude de lei»). Segundo nos informa José GONZÁLEZ OLLEROS em obra coletiva que comenta o Código Civil de 1889 (CORBAL FERNÁNDEZ, J...[et.al.]. *Código Civil: comentarios y jurisprudencia*, 16ª ed., Colex, Madrid, 2007, p. 42) “(…) el fraude de ley supone un acto humano por el que se trata de obtener la tutela de una norma jurídica, que está dada para un concreto fin y que el causante del fraude pone en juego los medios suficientes para otra distinta y contrapuesta finalidad, o como recogieron las precedentes de 6-2-57 y 1-4-65, exige una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido ético del precepto legal en que se amparan (STS 8-10-2003). Como reitera la jurisprudencia, el fraude de ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la ley (SS, entre otras, 17-4-97, 3-2-98, 21-12-2000). Se caracteriza (SS, entre otras, 4-11-94, 23-1-99, 27-5-2001, 13-6-2003) por la presencia de dos normas: la conocida, denominada de «cobertura», que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada «eludible o soslayable», amén de que ha de perseguir un determinado resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente (S 27-3-2001 y 30-9-2002). Es claro, que no se requiere la intención, o conciencia, o idea dirigida a burlar la ley (SS 1-4-97, 3-2-98 y otras), pero es preciso que la ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no le proteja suficientemente (S 23-2-93) y, que la actuación se encamine a la producción del resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente (SS 4-11-82 y 30-6-93) (STS 28-1-2005)”.

⁵⁹¹ Um outro setor doutrinal entende que essa prevenção de danos por parte do legislador na hora de legislar poderia desencadear um excesso de precaução na criação normativa que, levada a últimos extremos, conduziria à petrificação do ordenamento jurídico. É o que pensa, por exemplo, María Consuelo ALONSO GARCÍA (1999, p. 111).

más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego.

(...) Se trata, pues, de un principio general que, aunque no escrito, está reconocido al máximo nivel, y, por tanto, vincula a todos los poderes públicos^{592 593}. Destaque no original.

Advoga-se hodiernamente, ou melhor, tardiamente, às escâncaras, pela presença permanente da ponderação e da proporcionalidade como um requisito imprescindível e indissociável à atividade de legislar já que é o legislador, através de suas leis, que irá concretar e configurar o raio de atuação dos seus aplicadores práticos, os juízes e magistrados.

Na Espanha⁵⁹⁴ o princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso não encontra-se *formal e expressamente* disposto no corpo da CE/78. Está o mesmo implícito na ampla e genérica cláusula do Estado de Direito e do valor de justiça que emergem do artigo 1.1 do texto constitucional vigente^{595 596}.

⁵⁹² BARNÉS, J. «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», em *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, *El principio de proporcionalidad*, INAP, Madrid, 1998 (Septiembre-Diciembre), pp. 16 e 19. Para o autor o teste de proporcionalidade somente dará «positivo» quando a medida limitadora estatal desbordar de alguma dessas proibições de excesso de forma *evidente e manifiesta* implicando, desde logo, que tão somente a desproporção *extrema e objetivable* é a que, para todos os efeitos, adquire relevância jurídica. Destarte, acrescenta mais adiante à fl. 29 de seu articulado que “*Un acto o resolución del poder público y, con mayor razón, una norma jurídica no es inconstitucional por desproporcionada por el mero hecho de que pudiera haber sido más moderada o equilibrada, menos restrictiva o más útil. Lo será exclusivamente si resulta absoluta, radical y manifiestamente inútil, excesiva o desequilibrada (...)*”.

Javier Barnés segue a mesma escola doutrinal defendida por Konrad Hesse que advoga que somente se admitem restrições ou limitações — o jurista alemão emprega indistintamente ditas terminologias — aos direitos fundamentais nas hipóteses em que a persecução do bem comum puder ser justificada com considerações objetivas e racionais atreladas ao princípio da proporcionalidade. Para Hesse a limitação tem que ser adequada à obtenção do objetivo público perseguido, o meio empregado tem que resultar necessário na medida em que não se pode eleger outro meio igualmente eficaz e menos gravoso e, ainda, por fim, a intervenção e os motivos imperiosos que a justificam devem estar encarrilhadas nos preceitos daquilo que é razoavelmente exigível, conforme se observa em seu artigo «Significado de los derechos fundamentales», p. 110, inserto na obra *Manual de Derecho Constitucional, op. cit.*, 1996.

⁵⁹³ Ernst BENDA, *op.cit.*, p. 509, também se pronuncia na mesma direção de Hesse: “*Del postulado del Estado de Derecho resultan otras demandas para el legislador. En general rige aquí el principio de proporcionalidad que, cuando de intervenciones estatales en la libertad se trata, impone que la medida limitadora sea la de menor entidad posible y que resulte indispensable y razonable. El ciudadano tiene frente al Estado una expectativa fundamental de libertad. Se permite a los poderes públicos limitar tal libertad únicamente en la medida en que sea indispensable para proteger intereses públicos. Intervenciones que no resulten necesarias no deberán tener lugar. Cuando una intervención estatal en forma de mandato o prohibición legal resulta inexcusable, sus presupuestos deberán ser deslindados de la forma más clara y cognoscible para el ciudadano*”.

⁵⁹⁴ De igual modo no âmbito do Convênio Europeu dos Direitos Humanos e na Alemanha (Art. 1.3 da LF/1949) que não possuem em seus respectivos estatutos fundamentais qualquer menção expressa ao princípio da proporcionalidade que é, pois, dedutível da cláusula geral do Estado Social e Democrático de Direito.

⁵⁹⁵ “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

⁵⁹⁶ Alguns exemplos de aplicação indireta do princípio da proporcionalidade podemos encontrar nos artigos 10.2, 16.1, 17.2 e 28.2 do texto constitucional.

A sua introdução na jurisprudência espanhola (Art. 10.2 CE/78) teve como influência primeira a concepção havida deste princípio no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Tribunal de Estrasburgo) originariamente vinculada ao seu uso como critério interpretativo do teste de igualdade ou de diferenciação normativa baseada numa objetiva e razoável proporcionalidade entre os meios de distratos empregados e as finalidades perseguidas.

9.2.2.a.3) O Tribunal Constitucional e o controle de proporcionalidade dos atos legislativos

O guardião da Constituição nacional, por sua vez, praticamente desde o início de sua instauração em 1980, costuma aplicá-lo com certa frequência na análise de seus julgados embora inicialmente o tenha feito sob cambiantes e às vezes erráticos fundamentos constitucionais, conforme nos adverte GONZÁLEZ BEILFUSS:

“Una segunda muestra de la ausencia de una concepción jurisprudencial clara sobre el principio de proporcionalidad puede encontrar-se en los pronunciamientos del Tribunal relativos a su fundamento constitucional. En esta primera época [até meados da década de 90] es fácil hallar, en efecto, pronunciamientos dispares al respecto. Así por ejemplo, en algunas Sentencias como la 65/1986 (RTC 1986, 65) (condena por un delito de malversación de caudales públicos), o la 160/1987 (RTC 1987, 160) (régimen penal de la prestación social sustitutoria-I) el Tribunal alegó la cláusula del Estado de Derecho y el valor justicia del artículo 1.1 CE (RCL 1987, 2836), así como la dignidad de las personas (10.2 CE) como fundamento constitucional de dicho principio, mientras que en alguna otra, singularmente en la STC 66/1985 (RTC 1985, 66) (supresión del recurso previo de inconstitucionalidad), rechazó la posibilidad de fundamentar el juicio de proporcionalidad en la ley en la cláusula de interdicción de la arbitrariedad.

Por su parte, en casos como el de la STC 199/1987 (RTC 1987, 199) (Ley Antiterrorista-I) se aludió de forma expresa al principio de concordancia práctica derivado de la constitucionalización de bienes jurídicos que pueden entrar en conflicto”.

“En los últimos años y, concretamente, a partir de la segunda mitad de la década de los noventa, el hecho sin duda más destacado de la jurisprudencia constitucional española sobre el principio de proporcionalidad ha sido la utilización del test alemán de proporcionalidad, esto es, la distinción y el análisis sucesivo de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto como elementos integrantes de este principio. En efecto, desde la STC 66/1995 (RTC 1995, 66) (concentración de trabajadores de banca) han sido varias las sentencias que, sin aludir a su origen alemán, han referencia explícita a estos tres requisitos, contribuyendo con ello de forma decisiva al auge que en los últimos años está experimentando este principio”⁵⁹⁷.

⁵⁹⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, 2003, pp. 36 e 53.

No que tange à “reprovação” do legislador democrático o Professor da Universidade de Barcelona acrescenta que até meados dos anos 90 não houve uma elevada densidade de controle por parte do TC já que das 31 (trinta e uma) sentenças ditadas em que foram aplicadas o princípio da proporcionalidade somente 13 (treze) delas foram materialmente estimadas⁵⁹⁸.

O emprego do controle de proporcionalidade pelo TC afigura-se sempre *antes* e como último critério — *acessório*, por não autônomo diga-se⁵⁹⁹ — predecessor à barreira do intangível conteúdo essencial do direito objeto da limitação legal⁶⁰⁰.

Somente com o traspasse e o desborde desse cânnon por parte do legislador é que se presta o TC a adentrar na análise de averiguar se, em abstrato, a medida legislativa dilapidou ou não a esfera constitucionalmente protegida do direito que se propôs a limitar, ou seja, o juízo sobre a violação da barreira do conteúdo essencial como causa de uma possível inconstitucionalidade só se põe em marcha se reconhecido anteriormente um mínimo de desproporcionalidade em relação ao objetivo público que a lei a princípio almejou alcançar.

Sem embargo, mesmo diante dessa relação umbilical havida entre a declarada desproporcionalidade *da* ou *na* lei e a (em tese) conseqüente violação do conteúdo essencial do direito (desproporcionalidade → inconstitucionalidade por violação do

⁵⁹⁸ Diz o autor: “*Se trata, concretamente, de las SSTC 22/1981 (RTC 1981, 22) (jubilación forzosa a los 69 años), 34/1981 (RTC 1981, 34)(vuelta al servicio activo por parte de funcionarios jubilados por incapacidad permanente), 3/1983 (RTC 1983, 3) (consignación por parte del empresario en el recurso de casación), 20/1985 (RTC 1985, 20) (subvenciones presupuestarias a sindicatos más representativos), 67/1985 (RTC 1985, 67) (Federaciones Deportivas), 178/1985 (RTC 1985, 178) (arresto del quebrado), 199/1987 (RTC 1987, 199) (Ley antiterrorista-I), 141/1988 (RTC 1988, 141) (Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), 113/1989 (RTC 1989, 113) (inembargabilidad de las pensiones de la Seguridad Social), 132/1989 (RTC 1989, 132) (Cámaras Agrárias-I), 75/1992 (RTC 1992, 75) (Cesión del Patrimonio Sindical Acumulado), 158/1993 (RTC 1993, 158) (inembargabilidad de las pensiones de mutilados excombatientes de la zona republicana) y 179/1994 (RTC 1994, 179) (Cámaras de Comercio-I)*” — (BEILFUSS, 2003, p. 48).

⁵⁹⁹ Referimo-nos ao enquadramento do teste de proporcionalidade como uma etapa inserida no controle de constitucionalidade por entender, a exemplo da unanimidade da doutrina, que o TC não tem competência para instaurar em seu âmbito *de forma autônoma e independente* um juízo ou controle específico de proporcionalidade da lei. A sua função é fazer o *judicial review* com o fito de declará-la ou não (in)constitucional e não, simplesmente, proporcional ou desproporcional. Daí o caráter “acessório” do controle de proporcionalidade da lei cuja aplicação deve necessariamente vir associada a outros elementos que possibilitem ao TC pronunciar-se sobre a sua (in)constitucionalidade. Cf. STC 55/1996, FJ 3º.

⁶⁰⁰ Cumpre destacar que o Tribunal Constitucional Espanhol sempre foi defensor da teoria *absoluta* do conteúdo essencial do direito fundamental não mostrando-se em nenhum momento partidário em suas decisões da concepção relativa-temporal de dito conteúdo. Nesse ponto a Corte sempre foi inflexível. Qualquer mínimo menoscabo ao conteúdo constitucionalmente assegurado a um direito fundamental traduz-se na violação da Constituição dando causa, portanto, a declaração de sua inconstitucionalidade.

conteúdo essencial), analisando detidamente os inúmeros julgados em que o TC já teve a oportunidade de pronunciar-se aplicando o teste de proporcionalidade às leis impugnadas, não é possível, só com base nessa premissa, afirmarmos que o desrespeito ao princípio da proporcionalidade seria um *prius* lógico e necessário ao reconhecimento da interferência ilegítima e lesiva do legislador sobre o conteúdo essencial do direito, em especial o de propriedade.

Em claras palavras: o reconhecimento prévio da desproporção da lei não é capaz de induzir-nos à conclusão (aparentemente lógica e automática) de que também restaria violado o conteúdo essencial do direito por ela limitado, eis que não há como afirmarmos que uma restrição é ilegítima pelo simples fato de que existiam medidas mais moderadas para a consecução do objetivo legal. Não, absolutamente não! Assim não pensa a Alta Corte espanhola⁶⁰¹.

Para que isto aconteça (violação do conteúdo essencial), ademais de ser a lei (em continente e/ou conteúdo) desproporcional, é preciso ainda que nesta desproporção esteja inserido um *evidente/patente/manifesto e excesivo/não razoável* desequilíbrio entre a medida legislativa interventiva-limitadora-restritiva e a finalidade perquerida pela norma.

Manuel MEDINA GUERRERO bem sintetiza essa exigência do TC ao enunciar que “*«sacrificio patentemente innecesario de derechos»; supuestos en los que «resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo»; «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable»: al control de la evidencia parece circunscribir su función el juez constitucional al utilizar como parámetro de la constitucionalidad de las*

⁶⁰¹ Essa também parece ser a tendência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) conforme nos ensina o Professor da Universidade Humboldt de Berlim Bardo FASSBENDER («El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», em *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, *El principio de proporcionalidad*, com tradução de Diego Marín-Barnuevo Fabo, INAP, Madrid, 1998 (Septiembre-Diciembre), p. 68: “*El Tribunal, sin embargo, ha destacado la importancia del principio de proporcionalidad en los casos de expropiación o limitación de la propiedad. En la sentencia del asunto Sporong and Lönnroth se indica en términos generales, que es necesario encontrar un «justo equilibrio» («fair balance», «juste équilibre») entre las exigencias del interés general y la necesaria protección de los derechos individuales, añadiendo que ese equilibrio falta en los casos en que se impone una carga desproporcionada al particular («individual and excessive burden», «charge spéciale et exorbitante»).*

(...) La eficacia del principio de proporcionalidad depende, sin embargo, del margen de discrecionalidad concedida a los Estados para limitar el derecho de propiedad. Si se aplica el «test of strict necessity» no se entra entonces a controlar si la injerencia resulta necesaria. Así, la expropiación no es ilegítima por el mero hecho de que haya medios más moderados para la consecución del objetivo que aquélla pretende. Los órganos del Convenio limitan su examen a determinar si la ponderación de intereses realizada por el Estado resulta manifiestamente irrazonable”. Destaques do autor.

*leyes los principios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Únicamente la transgresión de ese límite extremo que se condensa en «lo manifiesto» parece justificar la revisión de la producción legislativa”*⁶⁰².

O princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Übermassverbot*) constitui um parâmetro de controle relacional e relativo — em que necessariamente têm importância elementos fáticos e temporais — que é aplicável a qualquer atuação dos poderes públicos que incida negativamente num bem jurídico constitucional suscetível de restrição, e que tem um conteúdo basicamente negativo no sentido de proibir os regimes jurídicos que não guardem uma mínima relação de proporcionalidade com a finalidade perseguida⁶⁰³.

A exemplo do princípio da igualdade o princípio da proporcionalidade está integrado, seguindo as assertivas de Javier BARNÉS⁶⁰⁴, por algumas peculiaridades que se imbricam e se completam: 1) insere-se num rol de conjunto de critérios e ferramentas que permitem medir e sopesar a licitude de todo gênero de limites normativos dos direitos e das liberdades, assim como de quaisquer interpretações ou aplicações da legalidade que restrinjam seu exercício; 2) possui um caráter relacional na medida em que compara necessariamente duas magnitudes: os meios à luz dos fins perseguidos; 3) volta-se com exclusividade sobre os meios empregados pelas normas e/ou os meios utilizados na sua aplicação pelo Poder Público articulando-se tecnicamente em torno de pelo menos 03 (três) subcritérios: a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em

⁶⁰² MEDINA GUERRERO, M. «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», em *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, *El principio de proporcionalidad*, INAP, Madrid, 1998 (Septiembre-Diciembre), p. 133, destaques no original. O autor aproveita o ensejo (fl. 137 e nota de rodapé nº 53) ainda para reenfatar o seu posicionamento anterior (1996, p. 93) de que, dogmaticamente, a primeira questão a resolver-se numa controvérsia envolvendo um direito fundamental é atestar até onde alcança o conteúdo do direito e não, até onde ele pode ser limitado. Segundo ele, fundado na STC 55/1996, este seria o procedimento metodológico adequado tendo, portanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade um caráter estritamente acessório. São suas palavras, *ipsis literis*: “«Que la primera dogmática que debe resolverse en toda controversia sobre derechos fundamentales es la [de] determinar hasta dónde alcanza el contenido del derecho y no hasta dónde puede ser limitado, es una aseveración que puede suscribirse sin atisbo de duda. La diferencia a estos efectos entre la concepción estricta del contenido del derecho y la amplia reside fundamentalmente en una cuestión de grado, de intensidad: mientras que la primera, frente a cualquier duda acerca de si una situación se halla o no protegida por el derecho, opta por inquirir en su contenido para declararla de una vez por todas incluida o excluida de la cobertura del mismo; la segunda prefiere interpretar extensivamente el derecho, entendiendo así que dicha situación sí se encuentra a priori amparada, para, posteriormente, mediante la aplicación de los límites que procedan, pronunciarse definitivamente acerca de si se ha producido una **injerencia ilícita** o, por el contrario si la intromisión, en cuanto justificada, no vulnera el derecho en cuestión»” (Grifei). Perceba-se que o doutrinador vincula a intervenção legislativa em tese danosa ao conceito de *ilicitude*, por contrariedade à Constituição.

⁶⁰³ Cf. BEILFUSS, *op. cit.*, 2003, p. 101.

⁶⁰⁴ BARNÉS, *op. cit.*, 1998, pp. 17/19.

sentido próprio e; 4) só opera sobre casos concretos de cunho restritivo ou que imponham gravames ou cargas negativas a direitos.

Sua estrutura de critério interpretativo e, conseqüentemente, de cânon de constitucionalidade acessório utilizado pelas Cortes constitucionais, dentre elas a espanhola⁶⁰⁵ — a exemplo do que se observa, há muito, no teste alemão de proporcionalidade —, está composta de 03 (três) correlacionados subprincípios que lhe dão certa concretude e conteúdo normativo, a saber:

a) a **idoneidade** da medida legislativa⁶⁰⁶ para a realização do fim: o legislador dos direitos fundamentais deve eleger um meio idôneo, legítimo e permitido pela Constituição (ex: leis gerais ou de estrutura singular contendo medidas limitadoras do direito de propriedade) dotado de utilidade prática — não precisa ser a mais perfeita ou uma medida tida como ótima — para poder alcançar a finalidade pública pretendida com o seu ato⁶⁰⁷;

b) **necessidade** da medida legislativa para a realização do fim: esse critério exige que o legislador dos direitos fundamentais escolha, dentre as opções que possui, os meios menos gravosos para intervir concretamente na esfera jurídica dos destinatários da lei. A necessidade pode ser entendida como a ausência de alternativas mais moderadas ou menos gravosas para a consecução, com igual eficácia, da finalidade perseguida⁶⁰⁸;

⁶⁰⁵ O critério da proporcionalidade como princípio inerente ao Estado de Direito espanhol e condição de cânon de constitucionalidade dos atos legislativos limitativos e restritivos chegou a ser proclamado com tal, dentre outras, pelas STCs 62/1982, 35/1985, 65/1986, 160/1987, 6/1988, 19/1988, 209/1988, 37/1989, 113/1989, 138/1989, 178/1989, 154/1990, 85/1992 e 219/1992.

⁶⁰⁶ As medidas não necessariamente precisam ser de cunho legislativo. Podem ser também de cunho administrativo/executivo ou mesmo judicial. Restringimos e vinculamos a abordagem dos subprincípios do princípio da proporcionalidade às “*medidas ou atos legislativos*” porque são estas as que exclusivamente envolvem as nossas reflexões. Numa interpretação doutrinária mais ampla convém utilizar a terminologia “*medidas ou atos estatais*” em substituição a terminologia “*medidas ou atos legislativos*” por nós aqui empregada.

⁶⁰⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS às páginas 127/128 de sua obra de 2003 esclarece: “(...) *el requisito de idoneidad constituye una regla jurídica de carácter negativo que obliga a expulsar del ordenamiento las medidas que, ya en el momento de su adopción, no puedan contribuir a la consecución de la finalidad perseguida. A partir de este concepto, no es extraño que el juicio de idoneidad acostumbre a tener un resultado positivo; en última instancia, un medio absolutamente inidóneo no es ningún medio. Aunque una medida de este tipo también puede considerarse que vulnera el principio de razoabilidad o de interdicción de la arbitrariedad, son varias las razones que aconsejan analizar este requisito en el seno del principio de proporcionalidad. Por un lado, porque el análisis de la idoneidad contribuye a clarificar la utilización del principio de proporcionalidad, al identificar desde un primer momento el medio objeto de control y su finalidad inmediata y, en su caso, mediata. Y por otro, porque como ha puesto de manifiesto ALEXY a partir de su teoría de principios, una medida inidónea no sólo no optimiza el principio perseguido por la misma, sino que incide negativamente en la norma objeto de restricción. Desde esta perspectiva, y centrándose en el ámbito de los derechos fundamentales, una medida inidónea vulnera materialmente, pues, el derecho objeto de restricción*”.

⁶⁰⁸ GONZÁLEZ BEILFUSS, *ibidem*, 2003, p. 72. Advoga ainda o autor à página 130 de seu livro, contrariando a JIMÉNEZ CAMPO, que “(...) *al igual que los tribunales ordinarios deben optar por la*

c) *proporcionalidade em sentido estrito*: as medidas legislativas utilizadas pelo legislador limitador do exercício do direito de propriedade, ademais de idôneas, úteis e menos gravosas, devem possuir com relação ao fim perseguido uma relação adequada e ponderada de imprescindível justiça e razoabilidade.

Com base nestas premissas conceituais edifica-se o teste de proporcionalidade aplicado pelo TC espanhol às causas que lhe demandam atenção e resposta.

9.2.2.a.4) A declaração de desproporcionalidade como causa da inconstitucionalidade

De acordo com uma análise da maciça jurisprudência do TC sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade como critério fundamentador dos abusos e excessos da atividade legislativa observa-se que a declaração de *desproporcionalidade dos meios* utilizados pela lei interventiva limitadora em relação aos fins públicos por ela perseguidos não raro confunde-se com a própria declaração de *inconstitucionalidade da lei*.

A violação do princípio da proporcionalidade tem se tornado o único fundamento caracterizador da inconstitucionalidade do ato legislativo. Além disso, constitui-se também atualmente como um *prius* necessário e condição de procedibilidade ao processamento dos pedidos de indenizabilidade dos danos e prejuízos no âmbito da justiça ordinária que só (em tese) podem começar a fluir a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo TC⁶⁰⁹. A desproporcionalidade tem sido, portanto, a causa-mor da própria inconstitucionalidade.

De acordo com a sistemática constitucional o limite dos limites para o legislador na sua tarefa de regular o exercício dos direitos fundamentais é a cláusula do conteúdo essencial sendo a aplicação do teste de proporcionalidade um critério utilizado pelo TC como última barreira antecessora a ser enfrentada no julgamento da lei limitativa interventora.

medida más benigna por imperativo de la eficacia normativa del derecho fundamental objeto de restricción, el legislador también está constitucionalmente obligado a optar por un régimen jurídico menos gravoso".

⁶⁰⁹ O particular pode até iniciar nas vias ordinárias o seu pleito indenizatório antes da apreciação da constitucionalidade da lei pelo TC. Todavia, majoritariamente argumenta-se que somente com a declaração definitiva de inconstitucionalidade por parte da Alta Corte é que o processo indenizatório ganha corpo e relevância jurídica.

Se esse teste der “positivo” o TC, de forma automática e pragmática, tem invalidado a lei e ordenado a sua retirada do ordenamento jurídico por ferir a Constituição.

O reconhecimento da “*manifesta ou excessiva desproporção*” das medidas utilizadas no corpo da lei interventiva tem sido a justa causa das declarações de inconstitucionalidade por violação do conteúdo essencial do direito.

Essa declaração de inconstitucionalidade por parte da Corte Constitucional não pode, porém, significar na prática a expedição de um *atestado de lesividade concreta* com base no qual os destinatários do ato legislativo deverão se valer incontestavelmente nas vias ordinárias na perquirição do seu direito à compensação.

O julgamento do mérito da eventual compensação econômica caberá aos juízos e tribunais da jurisdição ordinária que deverão centrar-se única e exclusivamente a apreciar *se e em que medida* os meios desproporcionados inerentes à lei declarada inconstitucional concretamente causaram danos e prejuízos aos seus destinatários.

Os prognósticos e os efeitos restritivos e desalentadores incidentes sobre a regulamentação legal do exercício do direito de propriedade que o Tribunal Constitucional teve a oportunidade de apreciar e valorar *abstratamente* em sede de controle de constitucionalidade da lei devem ser objeto de provas concretas de constituição do direito à compensação econômica por parte daqueles afetados patrimonialmente com a medida legislativa declarada inconstitucional.

Em sede concretada, o TC não emite mais do que um juízo de valor *abstrato* e «*nomofiláctico*»⁶¹⁰ ⁶¹¹da norma com relação a sua incompatibilidade com a Constituição⁶¹².

⁶¹⁰ Eis aqui a definição da expressão “*nomofiláctico*” segundo o dicionário eletrônico da Real Academia Espanhola disponível em <<http://www.rae.es>> (consulta em 12/03/2008): “1. adj. *Der.* Se dice especialmente de la función o cometido de ciertos tribunales que, al tener atribuida la competencia de definir el derecho objetivo, atienden en sus sentencias más a esta finalidad que a la cuestión concreta que enfrenta a las partes del proceso”.

⁶¹¹ O qualificativo «*nomofiláctico*» empregado no texto para referir-se ao estrito limite de atuação *abstrata* do TC em seus julgados foi colhido das ponderações feitas por Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ em seu artigo intitulado «Desviación de poder y discrecionalidad del legislador», em *RAP*, nº 100-102, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983 (Enero-Diciembre), pp. 1.527-1.554. Nele o

O reconhecimento da inconstitucionalidade da lei com base na sua desproporção não significa que o TC resolveu *concretamente* o direito dos possíveis afetados pela norma tida por ilegítima não sendo, portanto, verdadeiro o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade induz conseqüente e necessariamente à compensação dos danos.

A violação do cláusula do conteúdo essencial por parte do legislador em sede de controle de constitucionalidade não é sinônimo de que concreta e automaticamente

autor entende que não se afigura plausível um controle de constitucionalidade onde o TC só se ocupe de questões mais que tudo formais “*nomofiláticas*” sem incursionar-se, ainda que minimamente, sobre questões meritórias de fundo destinadas a atender ao espírito e à finalidade da norma conforme dicção do artigo 3º, apartado 1º do CC/1889 que diz literalmente (acrescentamos) que “*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”. ZAPATA Y PÉREZ defende a idéia de que o atrevimento do tribunal neste sentido de valorar com mais acuidade, no plano de fundo, o espírito e a finalidade da norma impugnada em sede de controle de constitucionalidade — esquivando-se do (sempre presente) temor de usurpar a função legislativa em face do controle de oportunidade e conveniência da lei e em razão de eventuais ativismos judiciais de sua parte — permitiria a instauração não só de um parâmetro de controle *material de conteúdo* (e não só de forma) das leis aplicável na temerosa “zona cinzenta” existente entre a discricionariedade política do legislador e o papel repressivo do TC, mas também que se aplicasse no contexto espanhol a doutrina italiana do *eccesso di potere* (excesso de poder) como fundamento da (in)constitucionalidade de uma lei dita *constitucionalmente necessária*, ou seja, de uma lei que a Constituição expressamente especializa e limita como nas hipóteses dos artigos 54, 107, 136.4 ou 185 da CE/78.

⁶¹² Inúmeros autores também dedicaram-se a formular propostas concretas de controles prévios aplicáveis já no *iter* criativo das leis para evitar que o controle de qualidade só se produza em termos nomofiláticos como ocorre na praxe do TC. Dentre eles destaquem-se FIGUEROA LARAUDOGOITIA, A. e OSÉS ABANDO, J. «La evaluación legislativa como control parlamentario», em *Parlamento y control del Gobierno: V jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, coordenação de F. Pau I Vall, Aranzadi, Navarra, 1998, pp. 213-239) que defendem a instauração, nos moldes da experiência norte-americana da *evaluation research*, de uma fase de controle parlamentar, de cunho mais pragmático, destinada a avaliar detidamente os efeitos finalísticos que a futura lei possa ter no contexto social que quer diretamente interferir e regular porque, afinal, “*sólo un legislador que conoce bien las consecuencias de suas acciones puede actuar racionalmente*” no sentido de «precisar su tiro»; CRUZ VILLALÓN, P. «Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley», em *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, a. 11, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 147-168) advoga pela idéia de que é preciso substituir o atual “contingenciado” da lei por um controle do tipo “reflexivo” fulcrado na substantividade das leis; MONTORO CHINER, M.J. «La calidad de las normas ¿Desafío al Estado de Derecho? El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la calidad de las leyes», em *REDA*, nº 48, Civitas, Madrid, 1995 (Outubro-Diciembre), pp. 507-524) propõe um controle sobre o *iter* legislativo anterior a promulgação das leis; JEREZ DELGADO, C. «Indexación: una técnica al servicio de la seguridad jurídica», em *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, *op. cit.*, pp. 575-586) sugere que uma indexação normativa de carácter oficial “*supondría una constante integración de las normas jurídicas aplicables en un solo recipiente normativo ordenado. Su carácter oficial convertiría al Index en un instrumento estatal al servicio del ciudadano y del operador jurídico, que reduciría considerablemente el grado de inseguridad jurídica que puede generar el actual sistema, realizando la garantía prevista en el artículo 9 CE*”; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M. «Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)», em *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pp. 167-207; PARDO FALCÓN, J. y PAU I VALL, F. (Coordenadores). *La evaluación de las leyes: XII jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2006, etc.

produziu-se qualquer mínimo dano na esfera do particular afetado pela medida legislativa que, querendo a compensação, deverá arduamente provar os fatos constitutivos desse direito nas vias ordinárias.

A desproporção declarada pelo TC pode até ser a causa da inconstitucionalidade, mas não a causa jurídica fundamentadora do dever de indenizar do legislador.

9.2.2.a.5) A intencionalidade do legislador como critério diferenciador e limitador do pleito indenizatório promovido pelo particular: a indenizabilidade dos danos sob os prismas dos atos “lícito” e “ilícito”

É preciso aqui abriremos um parêntese com o fito de compreendermos que o exercício do direito da ação indenizatória a ser manejada pelo particular não está atrelado e não é dependente da declaração de inconstitucionalidade lavrada pelo TC.

Antes, porém, é preciso responder aos seguintes interrogantes: o direito de ação do particular de pleitear, nas vias ordinárias, a indenização pelos eventuais danos e prejuízos causados por um ato legislativo está condicionado, em extensão, ao *prius* da declaração de sua inconstitucionalidade? A declaração de inconstitucionalidade da lei limita o raio de ação do particular ao tempo do exercício do seu direito de buscar em juízo a indenização dos danos e prejuízos que lhe foram impostos pelo ato legislativo?

Se ditos interrogantes levarem em consideração a natureza dos efeitos contidos na declaração prévia de *inconstitucionalidade* (efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*) não resta dúvida quanto ao poder que o TC tem de acotar o raio de ação dos particulares afetados perante as vias ordinárias. De outra banda, se acaso o TC se pronuncie previamente sobre a *constitucionalidade* da lei, como seria a atuação do particular na via ordinária? Não tendo o TC legitimidade para atribuir efeitos prospectivos à decisão que declarou a constitucionalidade da lei impugnada, estaria o particular livre para ajuizar ação indenizatória contra os danos e prejuízos que a lei “lícita” supostamente lhe está a causar ou há algum obstáculo que também condicione o exercício do seu direito de ação?

A resposta a este interrogante exige uma interpretação a *contrario sensu* das disposições contidas no artigo 164 da CE/78 que assim diz:

“Artículo 164

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* con los votos particulares, si lo hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la **inconstitucionalidad** de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen pleno efectos frente a todos.

2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en el parte no afectada por la **inconstitucionalidad**”. Grifei.

Conforme se denota, quando o TC declara a *inconstitucionalidade* de uma lei ou ato normativo com força de lei esta decisão, depois de publicada no Boletim Oficial do Estado, faz coisa julgada material porque não pode de maneira alguma ser mais discutida sendo vedado qualquer espécie de recurso visando atacá-la. É uma decisão soberana que tem efeitos contra todos.

Pode ainda o TC suspender a vigência das partes não afetadas de inconstitucionalidade e também, na praxe, imprimir à decisão efeitos prospectivos embora (relembre-se) o Art. 39.1 da LOTC fale apenas em *nulidade* o que razoavelmente nos faz pensar que os efeitos provocados pelo ato declaradamente viciado, por violador da Constituição, devam “logicamente” retroagir ao início de sua vigência no ordenamento jurídico.

Pois bem, mas quando esta lei ou ato normativo com força de lei não for taxada de inconstitucional, qual é a reação dada pelo ordenamento jurídico quanto aos efeitos da decisão do TC? Nenhuma.

A concepção que se tem é abismal: ou a lei é “ilícita” podendo o TC modular, em cada caso, o alcance dos efeitos de sua decisão acotando também o raio de ação do particular nas vias ordinárias no que se refere ao pleito indenizatório de danos e prejuízos ou, se a lei for declarada “lícita”, não há mecanismo para que o TC impeça que o particular busque a satisfação de todos os danos e prejuízos que julga fazer jus até porque a concepção geral que se tem é que se a lei é constitucional não é ela capaz de gerar danos, afirmação da qual discordamos.

O julgamento abstrato que o TC faz sobre a lei em sede de controle concentrado de constitucionalidade só interfere no raio de ação concreto do particular se a lei for declarada *inconstitucional*, seja em razão dos efeitos *erga omnes* que produz ou em face dos efeitos *interpartes* nas hipóteses de arguição de questão incidental de (in)constitucionalidade. Se a declaração for de *constitucionalidade* não há este acotamento.

Quando o particular pleitear nas vias ordinárias a indenização por sacrifícios causados por uma lei restritiva de direitos e interesses que não afronte a Constituição poderá ele imputar todos os danos e prejuízos que julga fazer jus? Entendemos que sim.

As alegações serão livres e incondicionadas. A apreciação do *meritum causae* pelo juízo ou tribunal é que a nosso ver estará condicionada não pela inconstitucionalidade (porque já afastada pelo TC), mas sim pela *intencionalidade* do legislador.

Não há inconveniente ou qualquer impedimento para que nas vias ordinárias, mesmo após a declaração de *constitucionalidade* da lei, aplique-se ao caso concreto *sub judice* um novo teste de proporcionalidade ao ato legislativo.

Entretanto, antes de buscar-se constatar que mesmo sendo “lícita” foi a lei capaz de gerar um sacrifício indenizável a um ou determinados particulares, não há como aplicar-se o teste de proporcionalidade para atestar o excesso do legislador sem antes identificar qual foi a sua real intenção na hora de legislar.

O TC sempre destacou que em sede de juízo abstrato não poderia adentrar a averiguar qual o motivo que levou o legislador a produzir uma lei em determinado sentido sob pena de extrapolar a sua competência, escusa esta que não pode ser utilizada na via ordinária que deverá prestar obrigatoriamente a tutela jurisdicional invocada seja rechaçando ou acolhendo o pedido do autor da ação, sob pena de configuração de um *non liquet* judicial.

Antes de adentrar na análise do eventual sacrifício causado ao particular deve o juízo ou tribunal de 1º grau atestar se a intervenção legislativa trata-se de uma limitação ou condicionamento geral, de uma restrição ou mesmo de uma expropriação só

prossequindo em seu labor de julgar o processo ajuizado se o ato legislativo estiver enquadrado em uma destas duas hipóteses, qual sejam, a restrição legislativa ou a expropriação *ope singulis legis*, únicas hipóteses indenizáveis.

Aqui encontra-se outro grave problema em face dos 02 (dois) pólos extremos que o atual sistema propõe contra a arbitrariedade provocada pelo Poder Legislativo: limitação ou condicionamento geral de um lado (hipótese não indenizável) e expropriação *ope legis* de outro (hipótese indenizável).

Se no julgamento do caso concreto o juiz ou tribunal de 1º grau entender que a lei restringiu efetivamente o exercício de faculdades dominiais essenciais à subsistência ou manutenção da situação econômica do particular causando-lhe um sacrifício, como fundamentar o dever estatal de indenizar?

A única via admitida pelo ordenamento seria o enquadramento da ação legislativa no conceito de privação singular do artigo 1.1 da LEF/1954 mediante a *equiparação* da restrição legislativa imposta ao ato de tolhimento do próprio direito levado à cabo pela *expropriação ope legis*.

Com esta equiparação o magistrado conduziria a solução do julgamento à aplicação da garantia expropriatória do artigo 33.3 da Constituição.

Ocorre que as hipóteses indenizáveis oriundas de uma expropriação *ope legis* só têm cabida se o ato legislativo emanado violar direta e frontalmente o artigo 33.3 da CE/78 seja porque denegou o direito à compensação, seja porque silenciou acerca da compensação (silêncio denegatório) ou ainda porque, mesmo atribuindo um valor a ser compensado ao particular, vedou-lhe o direito de discutir o justo preço (*e.g.* uma possível majoração da compensação) nas vias ordinárias.

O que fazer então o juiz neste caso: suscitar uma questão incidental de (in)constitucionalidade para resolver o caso concreto reabrindo a discussão da constitucionalidade da lei no âmbito do TC? Se acaso isto for possível, a “dúvida” do magistrado de 1º grau não estaria pondo em xeque a autoridade soberana do TC? Os efeitos da coisa julgada irradiados de uma decisão do TC não estariam presentes nas

declarações de *constitucionalidade* das leis podendo a todo tempo esta constitucionalidade ser questionada em sede concreta de 1º grau?

Como se vê mal resolvida encontra-se a problemática da responsabilidade por atos legislativos lícitos no ordenamento espanhol.

Neste caso *sui generis* entendemos que, em que pese o artigo 164 da CE/78 dar a idéia de vinculação e respeito por todos os juízos e tribunais ordinários apenas quando houver a declaração de *inconstitucionalidade* de uma lei, os efeitos da coisa julgada emergida da decisão do TC também devem obrigar e vincular os juízos e tribunais de 1º grau a respeitar, incondicionalmente, a decisão que julgou *constitucional* a lei atacada pelo particular.

A não vinculação aos ditames do TC nos casos de declaração de *constitucionalidade* acarretaria uma preocupante insegurança jurídica em razão dos constantes atritos entre órgãos judiciários hierárquica e competencialmente diferentes.

Uma possível solução para a resolução de ditos casos deveria partir primeiramente do reconhecimento da premissa de que uma lei “lícita” ou constitucional é capaz de provocar sacrifícios e também do pressuposto de que a imposição legislativa de restrições ao exercício de um direito não tem necessariamente que enquadrar-se como uma expropriação *ope legis*⁶¹³.

Esta concepção nos permitiria aferir que a inconstitucionalidade não é o requisito imprescindível, o *prius* necessário e a condição de procedibilidade para que o

⁶¹³ O exemplo mais notório desta interpretação podemos encontrar na hipótese em que o legislador ordinário regulador do exercício de direitos e liberdades fundamentais acaba, acidental ou mesmo intencionalmente, por restringir o exercício das faculdades que lhe são inerentes tão somente àquelas consideradas na praxe como insitas ao seu próprio conteúdo essencial constitucionalmente protegido. Noutras palavras: referimo-nos à hipótese em que a limitação regulatória constitui na prática não uma restrição ao exercício do direito, mas sim uma positivação legislativa daquilo que pragmaticamente (jurisprudencialmente) se costuma entender por conteúdo essencial de determinado direito. Uma regulação no sentido de confundir a esfera de exercício das faculdades do direito à própria zona protegida do conteúdo essencial não pode ser taxada de inconstitucional por não configurar uma violação frontal ao artigo 53.1 da CE/78 o que não significa, pelo menos a nosso modesto juízo, de que dita restrição não constitua uma causa geradora de dano a seu titular. Essa “confusão” entre a restrição de exercício do direito e o seu próprio conteúdo essencial juridicamente garantido é a prova viva de que as incursões legislativas constitucionalmente legítimas incidentes sobre quaisquer das faculdades economicamente exercitáveis pelo titular de um direito ou interesse permanecem impunes no ordenamento espanhol, salvo, mais uma vez, se acaso se compreenda que dita restrição não violadora do conteúdo essencial acabe por configurar uma “privação singular” passível de compensação nos moldes do artigo 33.3 da CE/78.

particular pleiteie nas vias ordinárias a indenização que julga fazer jus contra os danos e prejuízos causados pelas leis. A inconstitucionalidade é um elemento prévio importantíssimo que fortalece sem dúvida a pretensão indenizatória do autor, mas não é o único capaz de desencadear o dever estatal de indenizar muito menos afigura-se como o mais justo.

Nas vias ordinárias a aferição prévia da *intencionalidade do legislador*⁶¹⁴ de restringir ou de expropriar é que condicionará e limitará o pleito indenizatório promovido pelo particular.

Se a pretensão estiver calcada na declaração prévia de *inconstitucionalidade* da lei os sacrifícios indenizáveis pleiteados pelo particular nas vias ordinárias fundamentar-se-ão ou no suposto indenizável por violação ao artigo 33.3 da CE/78 (expropriações *ope legis*) ou com base na imputação de uma responsabilidade civil de danos e prejuízos causados direta ou indiretamente (atos de execução) pela lei declarada inconstitucional.

Se a pretensão tiver sustentação em sacrifícios gerados por uma lei declarada *constitucional* o Estado também poderá ser responsabilizado civilmente com base na conjugação dos artigos 9.3, 33.2 e 53.1 da CE/78, conforme adiante veremos.

Por fim, cumpre ademais destacar que a compensação dos sacrifícios será diversa em ambos os casos. Se o sacrifício for gerado pela expropriação *ope legis* inconstitucional tenderá a compensação a proceder-se sobre a base da conversão econômica do bem ou direito sacrificado (*aestimatio rei*) enquanto que se o sacrifício

⁶¹⁴ Na ordem jurídica posta não há uma assimilação da *intencionalidade do legislador* como um dos fatores apreciáveis no *iter* prévio de imputação da responsabilidade civil estatal, apesar das referências legislativas que nos induzem a pensar neste sentido. Exemplos de remições legais à *intencionalidade* podemos citar as disposições contidas respectivamente nos artigos 1.1 da LEF/1954 («*acordada imperativamente*») e 145.2, 2ª parte, da LRJAP y PAC/1992 («*intencionalidad*»).

O TC também já relacionou a intencionalidade do legislador como parte integrante do ato legislativo de intervenção sobre a esfera de um direito fundamental protegido. Na STC 66/1991, de 22 de março, por exemplo, onde se discutia a constitucionalidade do artigo 2º da Ordem da “Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Junta de Castilla y León”, de 7 de janeiro de 1988 — que proibia a venda de caranguejos vivos de rio de qualquer espécie em todo o território da Comunidade Autónoma de Castilla y León — em sua relação com o artigo 139.2 da CE/78 assim deixou o tribunal registrado no FJ 2º de dito acórdão: “Este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que no toda medida [uma medida legislativa, inclusive] que incida en la libre circulación de bienes -y personas- por el territorio nacional es necesariamente contraria al art. 139.2 C.E., sino que **únicamente lo será cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar** la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada (STC 37/1981, fundamento jurídico 2.º)”. Grifei.

indenizável for proveniente de uma lei constitucional restritiva de direitos e interesses tenderá a compensação a processar-se sob as bases do *id quod interest* agregando-se tanto os danos emergentes quanto os eventuais lucros cessantes causados pela restrição imposta.

Em vista destas tendências aproximativas num e noutro sentido, o ato extremado da expropriação fundado na compensação pelo pagamento do justo preço pode inclusive ser menos “justo” do que a compensação devida em razão de um ato intervencionista (em tese) de menor densidade como a imposição de restrições ao exercício de direitos e interesses.

9.2.2.a.6) Às voltas com a intencionalidade lesiva do legislador: a culpa como elemento de imputação da responsabilidade?

Diante da constatação de que no corpo da vigente CE/1978 não há qualquer previsão expressa tanto autorizando quanto proibindo a edição de leis de estrutura singular voltadas à imposição de limites e eventuais restrições a direitos, interesses e liberdades, dentre eles o de propriedade, e de que o TC aceita como legítima a sua edição em casos estritamente excepcionais, trataram logo os doutrinadores por afastar a falsa impressão havida de que, sendo de natureza singular, a lei estava automaticamente fadada à inconstitucionalidade por quebra do princípio da igualdade perante as cargas públicas.

Nesse diapasão, consubstanciosos se apresentam os argumentos de MONTILLA MARTOS:

“Un acto legislativo de estructura general se adecua mejor, en abstracto, al principio de igualdad que un acto legislativo de estructura singular caracterizado, ínsitamente, por establecer un tratamiento legislativo diferenciado. Por ello, la defensa de la generalidad de la ley puede conectarse, hipotéticamente, al principio constitucional de igualdad, en concreto al principio de igualdad «en» la ley. Los *privilegios ilegítimos* que ataca ese precepto van parejos, en una presunción que en todo caso será *iuris tantum*, a tratamientos legislativos singulares, esto es, a la contradicción inicial entre el principio de igualdad y las leyes singulares no conlleva necesariamente, en el plano constitucional, la violación del principio de igualdad jurídica”⁶¹⁵. Destaques no original.

⁶¹⁵ MONTILLA MARTOS, *op. cit.*, 1994, p. 47. Mais adiante (p. 89) assevera: “*La relación establecida por el Tribunal Constitucional entre la generalidad de la ley y el principio de igualdad refuerza la idea de la inexistencia de protección autónoma de la generalidad en nuestro ordenamiento*”. No mesmo sentido SAURA (2003, p. 64).

Maria Consuelo ALONSO GARCÍA, agregando a nota da *antijuridicidade* ao argumento acima exposto conclui que:

“Las leyes singulares no generan, per se, la transgresión del principio de igualdad ante las cargas públicas, no derivándose de las mismas, de manera automática, derecho de indemnización alguno frente a los daños que pudieran ocasionar para sujetos concretos o situaciones determinadas. La aparición de la obligación resarcitoria que incumbe al Legislador *sólo se manifestará ante su antijuridicidad, una vez realizado el juicio de su conformidad al bloque de la constitucionalidad, y si del mismo resulta una violación del art. 14 de la Constitución y el Tribunal Constitucional no declare efectos prospectivos a su decisión*. En el resto de los supuestos, los particulares singularmente afectados habrán de soportar los perjuicios irrogados por aquéllas, sean o no singulares”⁶¹⁶. Destaquei.

Convencida em parte a doutrina de que as limitações feitas através de leis singulares de intervenção não estão necessária e automaticamente fadadas à inconstitucionalidade fazendo falta para tal constatação tanto a prova da antijuridicidade objetiva do ato do legislador quanto de um mais aprofundado estudo dogmático sobre a estrutura desses tipos de leis⁶¹⁷, voltaram-se os investigadores suas atenções sobre uma outra problemática, qual seja: a de saber como imputar ao Estado Legislador o dever de indenizar o particular pelos avanços sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais nas ocasiões de imposição de *restrições legislativas*.

Partindo-se do pressuposto de que a privação singular do bem ou direito em si, como sempre se soube, está resguardada pela garantia da indenização expropriatória (Art. 33.3 CE/78), questionam os teóricos como oferecer soluções ao casos em que o legislador, mediante uma lei de estrutura singular, acabe v.g por limitar o exercício do direito de propriedade a tal ponto de impor-lhe uma verdadeira restrição e menoscabo ao seu conteúdo essencial.

O que fazer diante de tal imbróglio: arregimentar essa hipótese fática no conceito de privação singular ínsito no artigo 1º da LEF/1954 considerando-a também como uma forma de expropriação ou imputar-lhe, pela também elástica via da responsabilidade patrimonial do artigo 106.2 da CE/78, a obrigação de indenizar? Qual

⁶¹⁶ ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 109.

⁶¹⁷ A propósito bem destacou MONTILLA MARTOS (1994, p. 112): “*Por ello, la cuestión no es admitir o rechazar su existencia jurídica, su validez-existencia, sino, sobre todo, analizar su régimen jurídico en relación a sus límites y los procedimientos de control, en defensa de las garantías autónomas del ciudadano en el ordenamiento constitucional, su validez-legitimidad*”.

o regime jurídico a seguir? Esta é uma resposta que, como já sabemos, ainda pende de solução.

Como premissa deve-se iniciar o raciocínio com o objetivo de contestá-la admitindo sem azo a dúvidas de que a garantia patrimonial contra as expropriações tem por finalidade proteger o bem jurídico tutelado pelo direito patrimonial (ex.: imóvel, terreno não edificado, área agrícola, etc.) contra ato intencional ou querido do legislador de expropriar para fins de utilidade pública ou interesse social.

Contra a intenção de expropriar emerge o dever de indenizar. Mas, e quanto à intenção de limitar e restringir?

Como se vê as atenções se voltam mais uma vez quanto à *intencionalidade* do legislador.

É bem verdade que da análise das leis emanadas pelo Legislativo no sentido de desenvolver e regular o exercício dos direitos e liberdades fundamentais (leis não expropriatórias) não se cogita (pelo menos *a priori*) de que tenham elas a intenção e finalidade de expropriar, mas de adequar o exercício do direito de utilizar o bem ou o direito de acordo com os novos reclamos que a sua função social exige.

Ocorre que muitas vezes essas aparentes limitações apresentam-se camufladas numa lei destinada não a regular o exercício do direito patrimonial, mas sim a produzir notados efeitos lesivos aos seus destinatários apresentando, portanto, um estado híbrido ou *sui generis* por não enquadrarem-se totalmente nem no conceito conhecido e vigente de expropriação forçosa nem de lei interventiva destinada a desenvolver e condicionar o exercício do direito impondo-lhes limitações de tipo geral.

Nesse cenário, percebeu-se nos campos doutrinário e jurisprudencial o nascimento de uma nova espécie normativa: a de uma *lei singular de “intervenção com efeitos restritivos”* — preferimos esta terminologia ao contrário da maioria da doutrina que usa a expressão “intervenção com efeitos *expropriatórios*”⁶¹⁸ —, figura jurídica tipicamente similar à figura das expropriações singulares *ope legis* reclamando uma nova aclaração dogmática.

⁶¹⁸ Vide item 7.1.2.a).

Implantou-se, pois, para fazer frente a solução de tal problemática o chamado teste de proporcionalidade da lei onde os magistrados do TC não mais procuraram centrar suas atenções à conformação ou não conformação direta e frontal do ato legislativo emanado com o texto e o espírito constitucional.

Direcionou o Tribunal seus esforços no sentido de apreciar e valorar se em seu labor legisferante o legislador preocupou-se em adequar os meios empregados ao fim perseguido, se poderia ter imposto uma medida menos gravosa aos destinatários do ato legislativo, se a regulação é medida assumível pelos afetados, etc., ou seja, passou o TC a investigar e também a valorar juridicamente os fatos e motivos que levaram a feitura da lei durante todo o trabalho de preparação. Deu-se protagonismo a um juízo valorativo dos *fatos legislativos*.

E essa incursão pormenorizada sobre todo o *iter* fático e burocrático pelo qual embasou-se o legislador está revitalizando, a nosso sentir, a discussão sobre um elemento central em matéria de responsabilidade civil do Estado: a objetividade ou subjetividade da antijuridicidade do ato legislativo.

Por certo que desde 1954 (LEF) vige em Espanha o regime objetivo de responsabilidade civil patrimonial do Estado onde o risco predomina sobre a culpa. Todavia, em face da instauração deste mecanismo de controle de proporcionalidade do ato legislativo em sede de controle de constitucionalidade da lei começou-se a por em xeque se esse *accountability act* aplicado pelo TC sobre a lei não estaria retrocedendo no sentido de pesquisar se o legislador agiu com culpa na hora de legislar.

Com base nesta mudança de foco, pergunta-se: a problemática introduzida por estes tipos de leis singulares interventivas com efeitos restritivos inaugurou uma nova via alternativa no reconhecimento da responsabilidade civil do Estado-Legislator com base na culpa e não sob as bases do regime da antijuridicidade objetiva?

Dito de outra maneira: a responsabilidade pública do Estado realmente desvinculou-se de suas raízes civilistas? A antijuridicidade subjetiva com base na culpa foi realmente substituída pelo conceito de antijuridicidade objetiva com base no risco e no dever legal de suportar gratuitamente o sacrifício?

Pensando de outro modo: estaríamos diante de uma exceção à regra da responsabilidade patrimonial objetiva do Estado onde a inconstitucionalidade por desproporção da lei teria como fundamento a *culpa do legislador* ou a responsabilidade continua sendo objetiva devendo a culpa ser valorada apenas como um elemento mais na caracterização da vontade deliberada do Estado-Legislator em causar dano?

Nas hipóteses em que o ato legislativo viola *direta e frontalmente* o texto constitucional não resta dúvida de que a antijuridicidade é *essencialmente* objetiva configurando-se a inconstitucionalidade.

Entretanto, quando a causa da inconstitucionalidade não é a afronta e a insubmissão direta aos comandos constitucionais, mas sim a falta de proporcionalidade do ato legislativo, ainda é vacilante o entendimento tanto doutrinário quanto jurisprudencial neste sentido.

A apreciação detida por parte da Magna Corte quanto aos fatos, circunstâncias e atitudes que lastrearam e levaram o legislador a aprovar uma lei sem qualquer tino à proporcionalidade entre meios e fins rejuvenesce a eterna dúvida de sabermos sem titubeio se a culpa definitivamente foi substituída ou se somente deixou de ser um elemento constitutivo da responsabilidade civil extracontratual assumindo a nova função de instrumento quantificador no mecanismo de indenizabilidade dos danos.

Particularmente (assim já deixamos prognosticado) somos pela segunda hipótese, a da culpa como elemento quantificador.

No questionamento acerca da inconstitucionalidade com causa na desproporcionalidade da lei vislumbramos que a *culpa do legislador* não tem qualquer cabida na discussão da *imputação* da responsabilidade do Estado-Legislator.

O risco assumido por ele em legislar com uma ousadia interventiva potencialmente capaz de causar a desproporção, logo reconhecida pelo TC como fundamento da inconstitucionalidade da lei, não permite o reconhecimento da eventual culpa pela inadequação de meios, pela falta de previsão quanto aos efeitos lesivos da

incursão legal ou por qualquer outro motivo como um critério a ser valorado no labor de transferir ao Estado as cargas negativas patrimoniais sofridas pelo destinatário.

No âmbito do mecanismo que antecede à imputação a culpa só tem relevo no íntimo racional e valorativo do legislador presente no processo de construção intelectual que precede a proposição escrita da norma. A partir do momento em que a norma é positivada e passa a vigor no ordenamento não há mais que cogitarmos da culpa do legislador, mas sim do risco que ele achou por bem assumir. A vontade subjetiva e psicológica do legislador não pode confundir-se com a vontade objetiva da lei, conforme bem nos explicam Emilio BETTI⁶¹⁹ e Francisco J. LAPORTA⁶²⁰.

⁶¹⁹ BETTI, E. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. e prólogo por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado: Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1975, p. 240 e ss.

⁶²⁰ “*En un Estado democrático con complejos procedimientos parlamentarios para la creación de la ley, hablar del autor de las mismas, del «legislador» o de sus presuntas intenciones no puede ser más que una desafortunada metáfora que antropomorfiza, es decir, concibe como un ficticio ser humano parlante, el proceso legislativo tomado como un todo. Una secuencia de actos colectivos reglados, mediados además por multitud de instancias, influencias, sugerencias, presiones y circunstancias aleatorias, no es un «ser» que habla. Y por tanto, no puede serle atribuida intención alguna*” (LAPORTA, 2007, p. 175).

10. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LEIS CONSTITUCIONAIS

10.1. A imposição de sacrifício como expressão do dano legislativo

Ante tudo do que aqui já foi exposto não é preciso muito para afirmarmos que a imposição do *sacrifício* é a mola propulsora de ativação do mecanismo de responsabilização civil do Estado por atos legislativos lícitos.

Mas o que se pode entender realmente por *sacrifício*? A expressão “sacrifício” comumente empregada pela doutrina e jurisprudência é um sinônimo daquilo que se entende universalmente por “dano”?

Compulsando a doutrina especializada vemos que dano em sentido lato é, a grosso modo, toda diminuição ou minoração de uma situação favorável oriunda de um fato jurídico provocador de prejuízos, assim já o dizia Adriano DE CUPIS⁶²¹ ou mesmo Hans Albrecht FISCHER para quem o dano, em termos vulgares e não jurídicos, consistia em todo o detrimento ou lesão que uma pessoa experimenta na alma, corpo ou bens, qualquer que seja seu causante ou qualquer que seja a causa, ainda que o provoque o próprio lesionado ou que seja o mesmo fruto de um fenômeno natural sem a intervenção humana.

Essa idéia negativa oriunda do conceito universal e coloquial do dano sempre foi expressa de várias formas pelos pensadores sem muito critério através de sinônimos como “lesão”, “detrimento”, “prejuízo”, “menoscabo”, “ablação”, “quebranto”⁶²², dentre muitos outros⁶²³, todos eles voltados a representar a idéia de antijuridicidade subjetiva enraizada na responsabilidade extracontratual até então calcada fundamentalmente na culpa.

A concepção de “sacrifício” como expressão do dano adquiriu protagonismo a partir do momento em que na França erigiu-se a responsabilidade civil do Estado com base na teoria objetiva do risco administrativo — onde houve uma bifurcação entre a

⁶²¹ Cf. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 81 e ss.

⁶²² FISCHER por exemplo emprega todos estes sinônimos em sua obra sobre os danos civis e sua reparação (*op. cit.*, 1928).

⁶²³ “Mutilação”, “dilapidação”, “tolhimento”, “dilaceração”, “desnaturamento”, “esvaziamento”, “compressão”, “agravação”, “opressão”, “ofensa”, “espoliação”, “despojamento”, etc. constituem outros exemplos comuns encontrados nos livros e demais documentos jurídicos.

responsabilidade por atos estatais ilícitos e a responsabilidade por atos estatais lícitos —, tese logo difundida pelos países de seu entorno, especialmente na Alemanha, conforme já tivemos a oportunidade de destacar.

O seu emprego como um termo dotado de significado jurídico aconteceu pela 1ª (primeira) vez no texto da Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791, especificamente em seu título 1º (primeiro) — “*La Constitution garantit l'inviolabilité des propriétés ou la juste et préalable indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constatée, exigerait le sacrifice. Les biens destinés aux dépenses du culte et à tous services d'utilité publique, appartiennent à la Nation, et sont dans tous les temps à sa disposition*”. Grifei — unido à idéia de menoscabo ao direito de propriedade não influenciando, porém, os textos que imeditamente a sucederam como por exemplo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 24 de junho de 1793⁶²⁴ que não o empregou.

Dois foram os pontos de partida para a consagração da idéia do que seja um *sacrifício*: o “sacrifício” (*sacrifice* em francês) especial, anormal e individual na concepção francesa representava a imposição excepcional de uma carga pública em detrimento ao patrimônio de determinado(s) particular(es) (*préjudice spécial*) com vistas à promoção do bem comum. O “sacrifício” na concepção germânica representava, por sua vez, o menoscabo e a ablação patrimonial individualizada de particulares expropriados (*besonderes Opfer*).

O ato de imposição particularizada de cargas públicas gratuitas e (em tese) efêmeras ou mesmo de privações singulares em prol do bem comum através de um ato estatal legítimo porque não contrário ao Direito passou a representar a mola propulsora de desigualdades, desproporcionalidades e, sobretudo, de reais prejuízos a esfera protegida dos particulares dando azo à formação de uma relação indissociável entre a concepção de “sacrifício” e o dever jurídico estatal de indenizar por fundadas razões de equidade, justiça e solidariedade social.

Esses prejuízos especiais impostos a alguns não mais enquadráveis no conceito imune de *condicionamentos gerais de direitos e interesses* — cujos ônus advindos

⁶²⁴ Esses textos (em versão castelhana) podem ser encontrados e comparados no apêndice que acompanha a obra de Maurizio FIORAVANTI (2003, p. 137 e ss.).

devem ser diluídos e suportados por cada membro da sociedade de forma igual e universal — adquiriram o *status* de verdadeiros *sacrifícios* constituindo-se, pois, na expressão daqueles danos (em regra patrimoniais) sofridos individualizadamente em razão da vontade querida e manifesta do Estado ínsita num ato interventor intensamente lesivo porém tido como lícito pelo ordenamento jurídico (e.g. a própria expropriação regulada originariamente pelo art. 17 da DDHC/1789).

Desde então, formada e enraizada tal concepção, é consenso afirmar-se que sacrifício é sinônimo de extinção de direito ou interesse legítimo juridicamente protegido, ou seja, que sacrifício e expropriação são duas caras de uma mesma moeda.

Todavia, observando a escala e a infinitude de atos estatais que medeiam os pólos *limitação* e *expropriação*⁶²⁵ e, sobretudo, o seu grau de intenção e alcance entendemos que ao lado das hipóteses extremas de extinção (legítimas se compensatórias) de um direito ou interesse como as expropriações toda incursão legítima (porém lesiva) ao patrimônio do particular, que ademais de carregarem condicionamentos gerais desrespeitem o limite da *viabilidade ou utilidade prática e econômica do emprego da coisa*, também representam um *sacrifício* passível de compensação em virtude de seu caráter restritivo.

É esta a linha argumentativa defendida por Carlos Ari SUNDFELD⁶²⁶ a que, em parte, alinhamo-nos ao defendermos que no conceito geral de sacrifício — no nosso caso aquele gerado diretamente pela lei — encaixam-se tanto as expropriações *ope legis* quanto as restrições legislativas.

Para o doutrinador brasileiro o *condicionamento*, mesmo quando gerado por ato específico, corresponde a gravame normal⁶²⁷ tido por indispensável e coerente com

⁶²⁵ Condicionamentos; encargos; sujeições; fiscalizações; repressões; execuções; sanções; restrições; sacrifícios; lesões; extinções são apenas alguns exemplos (não necessariamente nesta mesma ordem) citados pela doutrina.

⁶²⁶ SUNDFELD, C.A. «Condicionamentos e sacrifícios de direitos — distinções», em *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 4, Malheiros, São Paulo, 1993, pp. 82/83. No mesmo sentido, em obra mais recente (*Direito administrativo ordenador*, 1ª ed., Malheiros, São Paulo, 2003, pp. 27 e 86 e ss.), ademais de ratificar o seu pensamento, destaca o autor que no campo dos *sacrifícios de direitos* — que segundo ele atingem apenas os direitos patrimoniais —, é possível vislumbrarmos duas situações: a primeira é a do sacrifício integral do direito (extinção), a segunda a do sacrifício parcial ou temporário (restrição).

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 83 (e também em sua obra de 2003, *op. cit.*, pp. 94/95). Segundo o autor “(...) é normal, mesmo quando atinja sujeito especificado, o gravame de baixa intensidade (ex.: dever de suportar a afixação, na fachada do imóvel, de placa indicativa do nome de rua), de pequena extensão (ex.: dever de preservar portal histórico, quando da demolição do prédio da nova edificação), de curtíssima duração

os graus de exigência da vida social, ou que não provoca prejuízo, ou o provoca por breve tempo ou reduzida extensão. O *sacrifício*, ao revés, é constrangimento extraordinário, excedente dos padrões de normalidade habitualmente aceitos.

“Os condicionamentos administrativos definem as condições de exercício regular dos direitos⁶²⁸. Não diminuem sua extensão, apenas a delimitam, Nisso reside sua diferença em relação aos sacrifícios.

Não se deve confundir a criação de situação desfavorável ao interesse individual com o sacrifício de direito. Todo condicionamento, por implicar ou na circunscrição do universo de atuação do indivíduo (limites do direito), ou na imposição de comportamentos positivos (encargos) ou no dever de suportar a interferência de outrem (sujeição), cria situação desfavorável ao interesse pessoal do titular do direito. Importa, porém, no sacrifício de situação de mero interesse (desprovida de proteção jurídica), não no sacrifício do direito.

O sacrifício de situação de mero interesse é visível no instante em que se edita regulamentação nova, interditando comportamentos outrora admitidos, impondo novos encargos ou submetendo a novas sujeições. Aparentemente, restringiu-se o direito; em verdade, este apenas foi regulado de maneira distinta.

(...) Já o sacrifício de direito é *situação subjetiva passiva*⁶²⁹ voltada a diminuir, suspender ou eliminar possibilidades de desfrute genericamente admitidas pelo Ordenamento. Restringe o direito a campo menor do que o normal⁶³⁰. Destaquei.

Esta linha argumentativa criada com base na seara do Direito brasileiro pode ser aplicada ao contexto espanhol ante a sua congruência com a própria doutrina que o Tribunal Constitucional vem ao longo do tempo exarando, especialmente quanto à diferenciação jurídica diametralmente oposta existente entre mera configuração de um direito e sua estrita privação singular.

(*ex.: ocupação de terreno pela Polícia, por dois dias, para acesso ao imóvel vizinho, invadido por bandidos, que não altere a destinação do bem nem impeça ou diminua sua utilização natural (ex.: tombamento de obra pictórica, impedindo sua destruição) ou que provoque mínimo prejuízo (ex.: requisição de trator pertencente a particular para remover pequena quantidade de entulho lançado na via pública)*”.

⁶²⁸ Importante destacar que o doutrinador defende ferrenhamente a proteção apenas de “direitos” e não de interesses legítimos como é o caso da Espanha porque no Brasil, por força do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 — “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” — o ordenamento jurídico tutela tão somente os *direitos*.

⁶²⁹ Entendemos que neste excerto a locução “situação subjetiva passiva” está mal colocada. Quiçá poderia ser substituída pela locução «o resultado da imposição estatal» — sacrifício como consequência da intervenção (causa do dano imposto) — para restar acorde com a definição de sacrifício proposta pelo autor à página 86 de sua obra de 2003 já citada: “*O sacrifício de direito se define como a situação subjetiva passiva, imposta compulsoriamente pelo Estado, com base em lei, aos titulares de direitos de conteúdo patrimonial, através do devido processo judicial (salvo a hipótese de acordo) e mediante indenização prévia, justa e em dinheiro, implicando em compressão (parcial ou temporária) do conteúdo do direito ou em sua extinção, para permitir sua afetação a um interesse público ou social. Este conceito só não se aplica integralmente a três hipóteses de sacrifício: as de requisição extraordinária de bens, da desapropriação para reforma agrária e a desapropriação para reforma urbana, cujo regime jurídico é, em parte, diverso (...)*”.

⁶³⁰ SUNDFELD, *op. cit.*, 2003, pp. 56 e 87.

Neste aspecto defende habitualmente a Alta Corte que a técnica do *uso tradicional e consolidado* da propriedade como critério de aferição da *utilidade econômica* do bem jurídico objeto da incursão limitativa é o liame divisor de águas entre 02 (dois) — os únicos na visão do Tribunal — possíveis extremos: a mera imposição de limitações e condicionamentos gerais e as privações singulares. Havendo extraordinariamente a violação deste critério jurídico-econômico por parte do legislador surgiria então a figura do sacrifício patrimonial. É o raciocínio que se pode extrair, dentre outras, da STC 170/1989, FJ 8º, argumento que o Tribunal Supremo costuma compartilhar ao exigir que a indenizabilidade de danos provenientes de atos legislativos tenha como um de seus elementos imprescindíveis a prova da consolidação do direito dito violado no patrimônio do destinatário da lei.

CUARTO.- “De esta jurisprudencia se infiere que no puede descartarse que pueda existir responsabilidad, aun tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e imprevisibles como para que pueda considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la administración llamada a aplicar la ley (...).

SEXTO.- Otro de los criterios aplicables para la determinación de la existencia de perjuicios indemnizables, especialmente adecuado cuando se considera la posible privación de derechos e intereses con un contenido patrimonial, radica en la determinación de si los derechos o intereses de que ha resultado privado el eventual perjudicado *han sido incorporados realmente a su patrimonio*, o constituyen meras expectativas de derecho --no susceptibles de consideración desde el punto de vista de su titularidad por quien se cree llamado a hacerlas efectivas-- o valores que pertenecen a la comunidad en su conjunto para cuya adquisición no se han cumplido todavía las cargas impuestas por el ordenamiento jurídico.

(...) Esta conexión entre el perjuicio causado por una disposición de carácter general --en este caso con valor de ley-- inherente a la privación singular de un *derecho o interés económico consolidado o incorporado al patrimonio del afectado* y el mecanismo indemnizatorio a que da lugar la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos aparece proclamado sin ambages en la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1997 — STS de 17/02/1998 (Relator: Juan Antonio Xiol Ríos)”.
Destaquei.

Do pensamento do administrativista também comungamos de que nem toda diminuição patrimonial ordenada pelo Estado gera o sacrifício de um interesse juridicamente protegido como é o caso da aplicação de alguns tipos de sanções admitidas em lei como, por exemplo, a destruição, pelas autoridades sanitárias, de remédios com prazo de validade vencidos; a destruição ordenada por autoridades

agrárias de toda uma colheira contaminada; a destruição de armamentos particulares não registrados nos órgãos de controle competentes, etc., eis que ditos “sacrifícios” não decorrem de uma imposição estatal destinada a uma diminuição patrimonial, mas sim a uma consequência jurídica prevista no ordenamento a umas determinadas infrações inadmitas pelo sistema jurídico⁶³¹.

Por outro lado, estamos discordes em sua doutrina no ponto em que enfaticamente adota o critério da judicialidade como o único capaz de impor sacrifícios. Explicamos.

SUNDFELD embasa a sua teoria diferenciadora do sacrifício com relação às demais espécies interventivas estatais lesivas tendo como prumo o ato final e estatal de expropriar, o seu procedimento judicial (*desapropriação* é o termo utilizado no Brasil) e a garantia constitucional do *due process of law* (devido processo legal) substancial.

Sob este tripé advoga que os sacrifícios de direitos só podem ser *impostos* por ordem de um juiz porque o ordenamento jurídico brasileiro por força da disposição contida no artigo 5º, inciso XXIV da Constituição Federal de 1988⁶³² só admite uma expropriação ou um sacrifício de direito — o autor toma a expropriação como sinônimo de sacrifício⁶³³ — senão por ato de vontade da Administração (por lei, não⁶³⁴).

⁶³¹ Uma decisão do TC que bem retrata a diferença entre expropriação propriamente dita e sanção legislativa imposta ao patrimônio do particular em razão da prática de um ilícito (civil ou penal) é a STC 301/1993, de 21 de outubro, que em seu FJ 3º doutrina que o preceito constitucional insculpido no artigo 33.3 da CE/78 “(...) *en modo alguno impide que las leyes tomen como objeto de sus previsiones sancionatorias -en un sentido lato- el patrimonio de las personas, pues lo que la institución de la expropiación forzosa supone es, estrictamente, un sistema de garantías (legales, procedimentales y económicas) tendentes a asegurar los patrimonios privados frente a las intromisiones del poder público (de la Administración, sobre todo) fundamentadas en apreciaciones de conveniencia o necesidad pública, exigiéndose por la Constitución que tales privaciones de bienes o derechos se realicen sólo cuando concurra «causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». En modo alguno significa tal garantía constitucional que el ordenamiento no pueda regular supuestos en los que, al margen de criterios o valoraciones de oportunidad o de necesidad pública, se llegue a afectar, con las correspondientes garantías procesales, el patrimonio de las personas que hayan incurrido en la comisión de un ilícito (civil o penal). La Constitución no cierra el paso a regulaciones legales de este género o, en otras palabras, no erige la propiedad privada y, en general, los derechos patrimoniales como reductos intangibles frente a sanciones previstas en el propio ordenamiento. Ni el sentido patente de la propia Constitución (de su art. 33, específicamente) ni la tradición de nuestro ordenamiento consienten semejante conclusión”.*

⁶³² “A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

⁶³³ “Os sacrifícios devem ser visualizados como a expropriação, pelo Estado, de direitos patrimoniais pertencentes aos particulares. Sacrificar é sinônimo de expropriar” (SUNDFELD, 2003, p. 95).

⁶³⁴ No Brasil a questão é relativamente polêmica porque o artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição de 1988 estabelece que a lei *estabelecerá um procedimento para a desapropriação*. Nada mais! Não proíbe

Por óbvio que o publicista esmera-se em demonstrar a importância e a imprescindibilidade que o devido processo legal tem e sempre deverá ter no processo que leva à expropriação por parte do Estado. Isso é razoavelmente compreensível. O que não se compreende é o porque da afirmação de que os sacrifícios só podem ser *impostos* (e não, reconhecidos) por ato de um juiz.

Não convém aqui contestar e demonstrar em pormenores a nossa discordância com as proposições lançadas pelo nosso conterrâneo⁶³⁵. Apenas de relance queremos deixar consignado que o ato de autorização do juiz para que se proceda inicialmente o apossamento e posteriormente a transferência das faculdades dominiais inerentes ao direito particular tutelado, desde que acompanhado da devida compensação econômica (prévia, justa e ordinariamente em dinheiro), sob pena de inconstitucionalidade, nada tem a ver com o ato jurídico praticado pelo poder público (Executivo ou Legislativo) apesar de dele ser um ato conseqüente. A titularidade do poder de expropriar é do Estado-Legislador ou do Estado-Administração e não, do Estado-Juiz.

Como o argumento aduzido pelo autor se encaixaria na solução da problemática gerada pelas chamadas *desapropriações indiretas*⁶³⁶ cada vez mais

que a própria lei seja o ato expropriante. Por outro lado, o artigo 8º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, estabelece que o Poder Legislativo *poderá tomar a iniciativa da desapropriação* cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação. A doutrina nacional clássica inclina-se a negar a possibilidade das expropriações *ope legis*.

⁶³⁵ Analisando a obra de SUNDFELD parece-nos que o autor peca pelo excesso de minúcia de sua exposição levando-o a sua própria contrariedade e algum tom de confusão argumentativa. Chama-nos particularmente atenção as considerações atinentes à distinção havida entre sacrifício e lesão de direito. São suas palavras: “*Sacrifício não se confunde com lesão de direito, apesar de ambos abrigarem ao ressarcimento dos prejuízos. O sacrifício é imposto por ato estatal, produzido com esteio em autorização de lei, cujo objetivo é justamente a imposição de restrição ou extinção de direito. (...) Já a lesão de direito é o prejuízo causado por comportamento estatal, lícito ou ilícito, cujo objeto específico não é a restrição ou extinção do direito; a lesão é, portanto, efeito reflexo de comportamento administrativo. (...) A distinção tem importância, porquanto a imposição de sacrifício demanda processo judicial e o pagamento de indenização prévia. Já a lesão deriva de ato extrajudicial, administrativo ou legislativo. A lesão provocada ilicitamente pode ser rechaçada pelos remédios judiciais postos à disposição do particular (ex.: a ação possessória movida contra o apossamento administrativo). Ademais, autoriza a cobrança de indenização pelos prejuízos suportados. De seu turno, a lesão produzida por ato estatal lícito, conquanto não possa ser, ela própria, afastada (à vista de sua licitude), também propicia o ressarcimento dos prejuízos*”.

⁶³⁶ O conceito de desapropriação indireta no Brasil encontra-se umbilicalmente atrelado ao desrespeito ao princípio do devido processo legal exigido nas expropriações pelo artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal de 1988. Na doutrina de Francisco Carlos DUARTE (*Ação de indenização e desapropriação indireta*, Juruá Editora, Curitiba, 2003, p. 176) desapropriação indireta seria o apossamento antijurídico e definitivo praticado pela Administração Pública contra a propriedade privada, sem a observância do devido processo legal. Como se observa, o conceito (comumente aceito) despreza a hipótese das expropriações legislativas, um tema ainda movediço no Brasil.

freqüentes no Brasil⁶³⁷? Seria o juiz de direito, conhecedor e esmero aplicador da lei, a autoridade responsável pela execução final da artimanha administrativa ínsita neste tipo de casos?

A *imposição* de sacrifício será sempre um ato imputável ao seu agente estatal emissor (administrador ou legislador) nunca ao juiz de direito encarregado de zelar pela aplicação da ampla defesa e do contraditório, de permitir por todos os meios de prova que o particular seja compensado prévia e justamente, ou seja, pelo bom andamento da via instrumental-procedimental estatuída pela Constituição e pelas leis.

O juiz pode evitar injustiças, arbitrariedades e outros descompassos por parte do poder público expropriante, mas não pode evitar que o ato em si se consuma se esta for a vontade do Estado. Na relação *expropriação — conservação do patrimônio particular*, por mais importante que seja o seu papel, o juiz nunca passará de um mero moderador e coadjuvante.

Dito isto, convém regressarmos ao núcleo de nossas atuais reflexões insistindo uma vez mais: o que se pode entender realmente por sacrifício de um direito ou interesse legítimo?

A definição do que seja exatamente um *sacrifício* não é capaz de nos fornecer o Tribunal Constitucional que não empregou até hoje um significado jurídico próprio ao referido termo. Ao revés, freqüentemente o utiliza sem nenhum rigor como sinônimo de expropriação, limitação, restrição ou mesmo delimitação.

Da análise minuciosa da jurisprudência constitucional é possível entretanto afirmarmos que o TC trabalha a concepção do que seja um sacrifício de direito ou interesse legítimo⁶³⁸ com calço em determinadas assertivas.

⁶³⁷ Quiçá na Espanha o exemplo mais notório acerca da problemática envolvendo as artimanhas legislativas utilizadas pelo Estado no intuito de privar o patrimônio particular sem a contrapartida da indenização, a exemplo do que ocorre no Brasil com a discussão das chamadas desapropriações indiretas, possa ser o debate constitucional havido sobre a figura das “ocupações diretas” criadas pelo artigo 203 do texto refundido da lei sobre o regime do solo e ordenação urbana aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junho, e sua correlação com o instituto da expropriação forçosa conforme se pode apreciar com detenimento das considerações jurídicas contidas no FJ 29, letra “a” conjugado com o FJ 30. Neste julgado o TC, por maioria, entendeu constitucional a figura da «ocupación directa» por estar esta espécie de expropriação forçosa enquadrada na competência básica estatal atribuída pelo artigo 149.1.18 da CE/78.

Para a Alta Corte o conceito de sacrifício está vinculado a uma nota essencial que emerge da Constituição de 1978: a de que sua imposição só é admissível a título de exceção autorizada pelo seu próprio texto com vistas a *proteger* outro bem jurídica e igualitariamente reconhecido (v.g. STCs 22/1984, FJ 3º e 196/1987, FJ 6º⁶³⁹).

De outra banda trata o TC de aproximar a idéia de sacrifício a de imposição de uma *extralimitação* ou *carga excessiva* ao direito juridicamente protegido ao exigir cumulativamente em seus testes de proporcionalidade aplicados sobre as leis impugnadas que os respectivos atos legislativos que traduzem não estejam marcados em nenhuma hipótese pela *excessividade*, pela *prescindibilidade (não necessidade)*, pela *irrazoabilidade*, pela *desproporcionalidade* ou ainda pela *falta de motivação*, conforme se pode extrair e.g. da análise das STCs 66/1985, FJ 1º; 4/1988, FJ 5º; 120/1990, FJ 8º; 172/1990, FJ 4º; 142/1993, FJ 9º; 158/1993, FJ 3º; 57/1994, FJ 6º; 48/1995, FJs 3º e 4º; 52/1995, FJ 5º; 55/1996, FJ 7º; 61/1997, FJ 7º.

Com base *mutatis mutandi* nestes critérios interpretativos constitucionais de uso corriqueiro, para fins de nosso estudo, podemos conceituar *sacrifício* como *um menoscabo patrimonial individualizado, imposto dolosa ou culposamente*⁶⁴⁰ *pelo Estado (no nosso caso, o Estado-Legislador), causado pelos efeitos restritivos incidentes temporal ou permanentemente, parcial ou integralmente, sobre o conteúdo útil e econômico não necessariamente essencial do direito e/ou interesse juridicamente protegido.*

Assim entendemos porque se considerarmos a extensão que o conceito de expropriação tem no contexto forense espanhol ao abarcar como *privação singular* a hipótese de restrição de faculdades inerentes ao exercício de direitos patrimoniais

⁶³⁸ Em quase todas as STCs que analisamos o TC faz referência tão somente a sacrifícios de *direitos* (patrimoniais) sem qualquer menção ao sacrifício de *interesses legítimos*.

⁶³⁹ “*La Constitución no impide al Estado proteger bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconocidos, ya se trate de derechos fundamentales, ya de otros bienes o valores que gozan de la protección constitucional*”.

⁶⁴⁰ Talvez a locução “*dolosa ou culposamente*” devesse ser substituída por outra tal como “*intencional ou acidentalmente*” menos impactante e desprovida de um caráter menos voltado ao subjetivismo. Todavia, o que queremos aqui destacar — aproveitando a pré-concebida e universal concepção do que se tem juridicamente (sobretudo na esfera penal) por dolo e por culpa — é que a imposição de uma restrição (legislativa, especialmente) ao núcleo essencial de um direito ou interesse protegido pode constituir-se tanto num objeto fixo, consciente e querido pelo Estado («dolo») quanto pode resultar de uma intervenção acidental fruto de um excesso de limitação ou mesmo pela falta de previsão no que diz respeito as conseqüências patrimoniais que a medida eventualmente pudesse causar a seu destinatário («culpa» por falta de diligência).

legítimos — fazemos alusão à interpretação que se pode colher da locução «*mera cesación de su ejercicio*»⁶⁴¹ prevista na redação do artigo 1º da LEF/1954 —, temos que todos os atos interventivos sobre a propriedade patrimonial do particular cuja intensidade não seja enquadrável no conceito de expropriação (restrição ou extinção de direitos e/ou interesses patrimoniais) não são passíveis de indenização porque não constituem uma privação singular.

O conceito de *sacrificio* de direito induzido pelo legislador da LEF/1954 engloba tanto a restrição legislativa oriunda da ofensa aos seus respectivos conteúdos essenciais quanto as extinções promovidas por expropriações do tipo *ope legis*. Discordamos de dita amplitude conceitual.

Entendemos que *privação singular* é uma consequência lesiva imposta por um ato estatal (legislativo ou administrativo) consciente e intencionalmente criado e destinado a dilapidar o patrimônio protegido do particular em troca de uma compensação econômica⁶⁴², ao contrário do *sacrificio* que é consequência de uma imposição estatal, não necessariamente consciente e querida, que traduz uma diminuição patrimonial a causa de uma restrição, temporal ou permanente, parcial ou integral, de direitos e/ou interesses legítimos.

A *expropriação legislativa* vincula-se a um regime jurídico cujo objeto é compensar (fundamentalmente com base no critério da *aestimatio rei*) a privação ocasionada com base na reação jurídica estatuída no artigo 33.3 da CE/78 em face da prática de um ato de *natureza essencialmente lesiva* enquanto que a *restrição legislativa* vincula-se a um regime jurídico destinado a reparar com maior flexibilidade e envergadura (com base essencialmente no critério do *id quod interest*) os sacrifícios impostos por atos legislativos de natureza não expropriatória, mas dotados de um *conteúdo lesivo* que restringe a utilidade prática e econômica das faculdades inerentes

⁶⁴¹ Não há qualquer certeza jurídica quanto ao verdadeiro alcance do termo «*cesación*» (cessação em português): se como sinônimo de simples suspensão temporária ou definitiva ou mesmo de extinção, apesar da locução «*ya implique*» contida no artigo 1º da LEF/1954 dar a idéia de que afora a extinção outras intervenções de menor intensidade também estão englobadas no conceito de privação singular. A noção de cessação que deriva da LEF pode ser, por exemplo, temporal sem constituir propriamente uma privação em sentido estrito (na medida em que ulteriormente se reestabeleça o pleno gozo das faculdades suspensas) por não afetar o conteúdo útil e econômico das faculdades dominiais do direito ou interesse, hipótese que não tem encaixe, a nosso ver, no conceito aqui proposto de “restrição legislativa”.

⁶⁴² A esse despojo direto e querido GARCÍA DE ENTERRÍA empregou a denominação de «*negocio expropiatorio*» (*op. cit.*, 1984).

aos direitos e interesses constitucional e legalmente assegurados sem necessariamente desnaturar-lhes os respectivos conteúdos essenciais.

Em resumidas contas: somos da opinião de que o *ato de expropriar* traduz-se num sacrifício quando dolosamente quer *privar*, parcial ou integralmente, de forma permanente, o direito ou interesse protegido mediante uma prévia contrapartida de uma compensação realizável em pecúnia enquanto o *ato de impor um sacrifício* traduz-se na ação interventiva legislativa, intencional ou não, de *restringir* o exercício de direitos e interesses e que, ao fim e a cabo, acaba por provocar uma dilapidação patrimonial a ser reparada através do mecanismo da responsabilidade civil do Estado.

A expropriação *ope legis* peca (na hipótese em que é declarada inconstitucional) pela ausência, insuficiência ou falta de justeza da necessária compensação exigida pelo artigo 33.3 da CE/78. Por seu turno, a consequência jurídica aplicável ao sacrifício legalmente imposto não é *necessariamente* a declaração de sua inconstitucionalidade, mas também (alternativamente) a possibilidade de ativação, com base no princípio do artigo 9.3 c/c arts. 33.2 e 53.1 da CE/78, do mecanismo de responsabilidade civil por atos legislativos do Estado⁶⁴³.

O sacrifício de direito situa-se em estágio *imediatamente anterior* ao da sua privação plena (extinção) — só admissível de ser levada à cabo através da expropriação descrita no artigo 33.3 da CE/78 e regulamentada pela LEF/1954 —, podendo também ser classificado como um *dano quase-expropriatório*⁶⁴⁴.

O sacrifício com causa na imposição de uma *expropriação ope legis* e o sacrifício com causa na imposição de uma *restrição legislativa* são, portanto, 02 (duas) facetas tênues, porém distintas expressas naquilo que genericamente se pode entender por dano patrimonial legislativo passível de indenização.

10.2. O sacrifício especial como um conceito híbrido e excludente?

Conforme tivemos oportunidade de observar a concepção da responsabilidade civil do Estado pela prática de atos lícitos sempre esteve atrelada fundamentalmente à

⁶⁴³ Em sentido contrário, e sem entrar em detalhes, pronuncia-se DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999, pp. 56/57) para quem a indenização por sacrifício não se confunde com a genuínas indenizações de danos.

⁶⁴⁴ Neste sentido NIETO (1962) e PANTALEÓN PIETRO (1994).

idéia de especialidade do dano sobre a esfera jurídica protegida de um ou determinados particulares o que, por certo, sempre limitou as balizas de sua aceitação ao campo dos sacrifícios ditos individuais e concretos, especiais e anormais.

A conduta estatal “lícita porém lesiva” tradicionalmente esteve demarcada pela existência de 02 (dois) pólos extremos: de um lado as limitações administrativas e condicionamentos gerais de direitos (não indenizáveis porque de efeitos abstratos e *erga omnes*) e os sacrifícios individuais especializados (indenizáveis) causados pelas expropriações⁶⁴⁵.

Todos os demais danos perpetrados pelo Estado dentro deste marco intermediário sempre se enquadraram necessariamente num ou noutro sentido, sem qualquer possibilidade de alçarem-se no ordenamento com uma identidade jurídica própria alheia a estes dois pólos extremos.

Vendo esta lacuna tratou logo a doutrina de expor a sua crítica quanto à correlação entre o critério da especialidade do sacrifício imposto com o fundamento da quebra ou violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, argumento motriz da responsabilidade civil por atos estatais lícitos desde os primórdios da responsabilidade objetiva.

Da mesma maneira em que outra grande parte da doutrina tratou de enquadrar tal problemática como uma modalidade de expropriação *ope legis* alguns outros autores passaram a defender que o caminho contrário também resultava plausível de ser defendido juridicamente.

Ou seja, do mesmo modo em que é aceitável estender e alargar o conceito de privação singular com o intuito de englobar, equiparar e enquadrar uma lei de conteúdo material lesivo e restritivo como uma novel espécie de expropriação como ocorre aqui na Espanha, alguns outros doutrinadores entendem que este tipo de leis (restritivas-lesivas sem natureza expropriatória) não têm porquê estarem fadadas a causar danos apenas a uma quantidade una ou mínima de destinatários identificáveis. Poderia, assim,

⁶⁴⁵ Um exemplo manifesto do enraizamento desta cultura podemos encontrar na STC 170/1989, de 19 de outubro, FJ 8º, de relatoria de Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

sem problemas, ser a causa de danos a um número quantioso de jurisdicionados, quiçá a uma multidão não identificável de plano.

Se em regra a Constituição do Estado é garante da incolumidade patrimonial de todos os cidadãos não há razão para que somente alguns jurisdicionados que por algum motivo consigam com êxito demonstrar que sofreram danos especiais, anormais e graves em seu patrimônio sejam os únicos efetivamente protegidos pela Carta Magna. Se o Estado provoca um dano a quem quer que seja, ainda que de forma pífia, deve indenizar o afetado da mesma maneira que aqueles que sofreram com maior intensidade e vigor um menoscabo em seus patrimônios.

Com estes basilares argumentos alguns juristas entendem que o argumento da especialidade — fortemente atrelado ao ideal de igualdade — é, curiosamente, um próprio fator de *díscrimen* na medida em que exclui do dever de reparação, sem justo motivo, hipóteses legítimas passíveis de compensação.

Miguel S. MARIENHOFF, por exemplo, criticando a *exclusividade* do critério da especialidade como argumento jurídico justificante da responsabilidade estatal por atos lícitos, dentre eles os legislativos, demonstrava já em 1982⁶⁴⁶ sua posição minoritária na doutrina argentina no que diz respeito a sua adoção como critério único para a imputação da responsabilização legislativa estatal.

Contrariando a maioria, advogou pela tese da possibilidade de imputação da responsabilidade civil ao Estado também nos casos em que restasse patente a prática de *danos generalizados* à sociedade assim resumindo as suas considerações a respeito: “*Considero inconcebible que para aceptar la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos, la lesión patrimonial deba ser ‘especial’, ‘individual’ o ‘particular’ y no ‘general’*”⁶⁴⁷.

Na Espanha algumas vozes se lançam timidamente na defesa da compensação de *sacrificios gerais*. Parece ser o caso de Javier BARNÉS que, ao seu turno, defende a idéia de que *sacrificios gerais* podem ser impostos por uma privação generalizada do

⁶⁴⁶ Ano de celebração do Congresso Internacional de Direito Administrativo realizado em Montevideo/Uruguai em 14/12/82, onde abriu a conferência proferindo palestra intitulada *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*.

⁶⁴⁷ MARIENHOFF, M.S. «Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa», em *Revista de Derecho Público*, nº 68, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983 (outubro-dezembro), pp. 05-15.

conteúdo essencial do domínio configurando-se tal hipótese como uma classe de expropriação *ope legis*. Na mesma corrente o alemão Fritz OSSENBUHL também mostra-se adepto aos sacrifícios impostos através de mandados ou medidas de caráter geral por entender que a especialidade não radica no alcance do mandado ou da medida, mas sim nos danos concretos que pode causar a um indivíduo⁶⁴⁸.

Mais direto e incisivo neste sentido é o pensamento de Ignacio DE OTTO: “(...) *Con leyes generales es posible cualquier atrocidad*”⁶⁴⁹.

Nessa perspectiva temos que o sistema de responsabilidade por atos legislativos lícitos é de fato incongruente, porque excludente, se tomarmos em consideração a implantada concepção de que o sacrifício gerado por uma imposição legislativa, para ser passível de compensação, exija o qualificativo de especial. Porém, particularmente não pensamos assim.

Somos conscientes que a elevação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos como critério de imputação da responsabilidade civil do Estado que legisla lícita ou constitucionalmente, porém lesivamente, não deve ser tratado como único critério de imputação da responsabilidade estatal na medida em que hoje, em razão da ascensão do princípio da proporcionalidade como cânon de constitucionalidade das leis, mais merece ser tratado como um *parâmetro* do que um *critério definitivo* na configuração do dano certo, anormal, especial e injusto decorrentes desses tipos de leis.

Por certo que a igualdade perante os encargos públicos é um parâmetro jungido ao ideal de justiça distributiva e de equilíbrio social. Entretanto, a nosso sentir, afora os flagrantes casos de discriminações normativas, a sua violação não é mais suficientemente capaz de obrigar de forma firme e absoluta o Estado a reparar prejuízos em razão da prática de atos lícitos (legislativos, no nosso caso) danosos. Os próprios elementos característicos das cargas públicas (gratuidade e efemeridade) não apresentam condições seguras para imputar-se ao Estado a responsabilidade civil por seus atos legislativos de efeitos concretos e particularizados.

⁶⁴⁸ Cf. os posicionamentos de ditos autores na obra coletiva *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 25/66 e 941, respectivamente.

⁶⁴⁹ DE OTTO, *op. cit.*, p. 181.

O simples parâmetro de violação na igualdade de repartição dos encargos públicos é que é hoje a nosso juízo vago, insuficiente, inseguro e, sobretudo, questionável. Se a especialidade do sacrifício estiver reduzida a esta concepção de raiz *quantitativa* sim que não há qualquer razão de rechaço à tese que advoga pela aplicação do instituto da responsabilidade civil estatal pela prática de danos legislativos de alcance geral.

Compulsando detidamente as raízes do instituto da responsabilidade estatal por atos lícitos, inclinamo-nos a pensar que o critério da especialidade do sacrifício não está reduzido — como tentam transmitir os defensores da tese contrária — aos critérios quantitativos de identificabilidade dos destinatários lesionados, mas sim que sempre esteve jungido a idéia de gravidade, de densidade, de excepcionalidade, de uma minoração real e econômica sobre a esfera patrimonial dos destinatários sacrificados.

A especialidade nunca chegou a ser impulsionada sob o viés quantitativo buscando privilegiar o Estado reduzindo o âmbito de incidência de suas eventuais obrigações ressarcitórias. Ao revés, entendemos ter sido modulada *ab initio* por intermédio de critérios mais ou menos objetivos (anormalidade da intervenção e dos seus efeitos danosos; individualização e expressão concreta do dano numa esfera patrimonial identificada; gravidade medida pelo ímpeto estatal intervencionista; etc.) que hodiernamente devem ser conjugados com outros elementos se acaso se queira atribuir ao Estado o seu dever de indenizar com base num juízo *qualitativo* da conduta estatal danosa.

A nosso ver, apoiados em SANTOLIM⁶⁵⁰, defendemos que “*aceitar-se que o Estado somente tem a obrigação de indenizar naqueles casos onde o número de atingidos pelo ato legislativo é reduzido [ou ampliado, acrescentamos], é trazer para o plano quantitativo uma situação que é de qualidade. A questão não é quem ou quantos o Estado alcança, mas como e por que o faz*”.

⁶⁵⁰ SANTOLIM, C.V.M. «A responsabilidade civil do Estado por ato legislativo», em *Estudos jurídicos*, vol. 22, nº 55, São Paulo, 1989 (mai./ago), p. 50.

10.3. A concentração tricotômica da doutrina. Incurso sobre as possíveis hipóteses indenizáveis

Conforme restou consignado verifica-se que tanto no campo doutrinal quanto no jurisprudencial não há um consenso e unanimidade quanto aos regimes jurídicos indenizáveis aplicáveis aos supostos fáticos que até aqui deram origem e causa à discussão da compensação dos danos normativos ou legislativos oriundos do exercício legítimo e autorizado da atividade legislativa do Estado espanhol.

Há uma flagrante discórdia quanto a solução da matéria. Segundo se pode colher da doutrina especializada 03 (três) seriam os caminhos a percorrer na busca pela indenização dos sacrifícios impostos pelo legislador: a) a teoria da garantia expropriatória; b) a teoria da indenização em Direito Público (tese entreposta defendida por Fernando GARRIDO FALLA) e; c) a teoria reparatória com base na responsabilidade civil do Estado.

10.3.1. Correntes doutrinárias: formação e deslinde

10.3.1.a) O panorama lançado por SANTAMARÍA PASTOR

O Professor Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, catedrático de Direito Administrativo da Universidade Complutense de Madrid, foi, seguramente, na Espanha, o precursor dos debates doutrinários que se levaram a cabo sobre a matéria após a publicação do seu brilhante artigo intitulado “*La teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador*” na Revista de Administración Pública, nº 68, maio-agosto de 1972, páginas 57 a 136⁶⁵¹, que tratou principalmente de enfatizar de modo panorâmico o problema que até então se observava no Direito Comparado⁶⁵².

O autor inicia a sua bem articulada e incólume exposição apresentando em seu intróito os reclamos doutrinários — sobretudo os da doutrina alemã de Ernst FORSTHOFF — a respeito da necessidade de melhores mecanismos de controle sobre os atos estatais, notadamente sobre os de intervenção econômica, como forma de reação

⁶⁵¹ O mesmo artigo foi objeto de nova publicação na coletânea dos 34 (trinta e quatro) artigos selecionados da Revista de Administración Pública por ocasião do seu centenário, publicação esta realizada pelo Instituto Nacional da Administración Pública no ano de 1983 à qual tivemos acesso.

⁶⁵² O autor prometeu a publicação em separado do estudo do tema sob as bases do Direito espanhol, o que nunca chegou a acontecer.

frente às imissões patrimoniais realizadas por via normativa através da configuração da chamada Responsabilidade do Estado Legislador.

SANTAMARÍA PASTOR esclarece que as raízes burguesas da Revolução Francesa de 1789 contribuíram para que na França restasse fixada desde o princípio a idéia de que tão somente a singularidade do gravame patrimonial imposto pelo ato estatal expropriante era digno de ressarcimento por força da aplicação do princípio de justiça distributiva estando, pois, relegados à impunidade todas as demais ablações patrimoniais efetuadas por via normativa (gerais ou mesmo individuais), bem como as limitações e restrições ao direito de propriedade.

Noutros termos: somente da expropriação propriamente dita surgia o direito legítimo do particular em ver ressarcido o quinhão patrimonial que lhe foi extirpado pelo ato estatal conforme retratado originariamente nos artigos 4º e 17 da Declaração de Direitos de 1789 que, frise-se, não fazia referência alguma aos danos de origem não expropriatório.

“(…) En definitiva, pues, el sistema es sustancialmente idéntico al preconizado por la doctrina de los siglos XVI a XVIII; la garantía patrimonial se alza frente a la expropiación, pero no frente a los daños no expropiatorios, ni frente a las limitaciones del derecho de propiedad, que siguen configurados como ámbitos exentos, en los que el Estado se constituye en heredero directo del *King can do not wrong*”⁶⁵³.

De forma minuciosa expôs o autor, com base em doutrina e jurisprudência da época, todas as fases pelas quais desenvolveram-se os argumentos para a aceitação da responsabilidade *du fait des lois*, desde a irresponsabilidade até as balizas que paulatinamente se foram implantando após o pioneiro e emblemático arrê *La Fleurette* de 14 de janeiro de 1938.

Em seu estudo SANTAMARÍA PASTOR também enveredou-se na análise da problemática sob a perspectiva dos sistemas italiano e alemão, sistemas estes mais conservadores que o francês.

Na Alemanha, tratou de destacar o emérito professor que a 1ª (primeira) vez que o ordenamento alemão enfrentou o problema da indenizabilidade decorrente das

⁶⁵³ SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, pp. 742/743.

ablações patrimoniais produzidas normativamente foi com a chamada *Allerhöchste Kabinettsordre*, norma prussiana de 4 de dezembro de 1831.

Até então, esclarece, a indenizabilidade dos danos causados pelo Estado de um modo geral estava assentada na categoria dos *jura quaesita*⁶⁵⁴, ou seja, o Estado, em virtude do seu *jus eminens* podia dispor dos direitos adquiridos dos súditos para o bem da coletividade, mas este sacrifício deveria ser indenizado conforme a concepção explicitamente recorrida dos parágrafos 74 e 75 da introdução ao *Allgemeines Landrecht* prussiano de 1794 combinado com os parágrafos 29 a 32 do mesmo diploma⁶⁵⁵ que, por sua vez, regulamentavam as limitações da propriedade levando-o a deixar consignado o seguinte:

“(…) El sistema de protección patrimonial era, pues, muy perfecto para la época, al menos en teoría: tanto el sacrificio de derechos e intereses (*Autopferung der Rechte und Vorteile*, parágrafo 75) como las limitaciones de la propiedad

⁶⁵⁴ Ao retratar os títulos de intervenção do príncipe/monarca sobre o patrimônio dos súditos existentes na época do Estado Absoluto em sua clássica obra *Fundamentos de Derecho Administrativo* (*op. cit.*, 1988, p. 117), SANTAMARÍA PASTOR destacou que “(...) la técnica...de los llamados *rescriptos contra jus naturale ac gentium*; siendo los derechos privados o *jura quaesita* un límite al ejercicio del poder (en cuanto que la propiedad y los contratos eran instituciones de Derecho natural y de gentes), su quebrantamiento o privación mediante órdenes y disposiciones reales constituía un rescripto contra jus; el cual, sin embargo, era válido si hubiera sido dictado *cum causa rationali*. La concurrencia de dicha causa racional o de utilidad pública permitía al monarca quebrantar tal derecho singular, lo cual, no obstante, engendraba una obligación de indemnizar. En la época que examinamos, esta técnica capital de intervención (de la que surgen, entre otros institutos, la expropiación forzosa) se concibe como la consecuencia de un poder general, que HUGO GROTIUS denominará *dominium eminens* o domínio eminente y que Samuel PUFENDORF definirá como la potestad que corresponde al Estado sobre las cosas de los ciudadanos por causa de utilidad pública” (destaques no original). O autor destaca ademais que outros títulos legitimadores das ações estatais levadas a cabo pelos monarcas, presentes no Antigo Regime, também foram importantes nas relações havidas entre soberano e súditos tendo, pois, a concepção insita nesses títulos perdurado mesmo após a Revolução Francesa de 1789. Dentre esses títulos faz referência o autor aos institutos das antigas «regalías», «*pax publica*» e a «*policia (politia)*».

⁶⁵⁵ No que se refere à evolução conceitual da noção de sacrifício no direito alemão sintéticas e esclarecedoras são as palavras de Fritz OSSENBÜHL («La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania», traduzido por Javier Barnés com colaboração de Roberto Galán Vioque, inserto na obra coletiva *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, coordenação de Javier Barnés, Tecnos, Madrid, 1995, p. 941): “En este sentido, el §75 Einl. ALR establecería la obligación del Estado de indemnizar a quien sufriera en su esfera de libertad un sacrificio o menoscabo en beneficio del bien común. La lógica de la indemnización, que había sido cultivada señaladamente en el seno del Derecho Natural, se fundamenta en última instancia en el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas.

En su configuración ulterior, la acción indemnizatoria por el sacrificio impuesto ha sido objeto de numerosas modificaciones y restricciones. En primer lugar, su ámbito quedó reservado a las intervenciones públicas legítimas que se producen sobre los derechos de contenido patrimonial, excluyéndose las conductas ilegítimas (daño antijurídico).

Pero en el siglo XIX se desligaría de la acción indemnizatoria por el sacrificio impuesto la expropiación forzosa, como una especie de aquélla. De ahí que el ámbito de aplicación actual de la figura del sacrificio se circunscriba a las intervenciones públicas que recaen sobre bienes jurídicos inmateriales (vida, salud, libertad, honor), con independencia de que la intervención o injerencia sea lícita o no”. No mesmo sentido cf. EIRANOVA ENCINAS, 1998, p. 307.

(*Einschränkungen des Privateigentum*, parágrafo 29 y siguientes) obligan al Estado a indemnizar.

Este sistema de garantías (de clara raíz jusnaturalista, como la ideología que inspiró el *Allgemeines Landrecht*) vino a ser profundamente modificada por la *Kabinettsordre* de 1831, la cual retornó a la distinción clásica del Derecho intermedio: por una parte, las intervenciones patrimoniales de la Administración de carácter singular y, por otra, las intervenciones realizadas por el soberano (*Landsherr*) ‘mediante un acto de legislación’.

En el primer supuesto, ‘la indemnización del particular corre a cargo del patrimonio de la colectividad’; en el segundo, en cambio, ‘la obligación de resarcimiento con cargo al patrimonio estatal habrá de ser establecida expresamente (*besonders*). Es decir, las intervenciones del primer grupo son indemnizables, pero no las del segundo, salvo que así se disponga expresamente en la norma a través de la que dichas intervenciones tengan lugar’⁶⁵⁶.

Acrescenta que somente com o advento da Constituição de Weimar de 1919 restou sistematizada a clara distinção entre a responsabilidade do Estado e a expropriação tradicional, vale dizer, não realizada *diretamente* por lei, mas sim por um ato administrativo executivo material *com base* numa lei prévia. Dita distinção também restou consignada no texto da Lei Fundamental de Bonn de 1949.

Já na Itália, segundo o renomado jurista, o tema desenvolveu-se sobre um prisma menos trabalhoso e complexo que na Alemanha sendo, pois, o seu ponto de partida a garantia da propriedade contida no artigo 29 do Estatuto Albertino de 1848, influenciado pelo Art. 17 da DDHC/1789, que assim dizia, *ipsis literis*:

Art. 29: “Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia quando l’interesse pubblico legalmente accertato lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte mediante una giusta indennità conformemente alle leggi”.

Todavia, foi tão somente com a Constituição de 27 de dezembro de 1947, notadamente influenciada pela Constituição de Weimar de 1919, que houve uma clara diferenciação entre os institutos da responsabilidade do Estado e seus funcionários (Art. 28) e da expropriação (Art. 42) em que pese a má e criticável redação empregada ao primeiro.

“**Art. 28.** I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civili si estende allo Stato e agli enti pubblici”.

⁶⁵⁶ SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, pp. 777/778.

“Art. 42. La proprietà è pubblica e privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti, o a privati.

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

La proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d’interesse generale”.

Outrossim, houve por bem o autor destacar que ademais da tradicional relação lei-propriedade (limitação-exercício de direito) havia naquela época no ordenamento italiano um diferencial quanto ao demais ordenamentos.

Afora os casos de indenizabilidade de bens expropriados ao teor do preceituado no parágrafo 2º (segundo) do Art. 42 da Constituição de 1947 — as limitações não eram indenizadas, frise-se —, o próprio texto constitucional autorizava em alguns casos excepcionais que a lei operasse *diretamente* processos de socialização de determinadas categorias de bens sendo estes atos de intervenção ablatória materialmente equiparados às expropriações em sua configuração clássica. Eram hipóteses singulares e excepcionais constitucionalmente autorizadas de *expropriações ope legis*⁶⁵⁷.

O permissivo constitucional advinha da redação dos Arts. 43 e 44 do referido diploma que assim dispunha, *in verbis*:

“Art. 43. A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, determinate imprese o categorie di impresi, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”.

“Art. 44. Al fine di conseguire il ragionevole sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive; aiuta la piccola e la media proprietà.
La legge dispone provvedimenti a favore delle zone montane”.

Por fim, comparando minuciosamente a evolução de ditos ordenamentos com os questionamentos que naquele momento eram levantados pela doutrina a respeito da

⁶⁵⁷ RODOTÀ (*op. cit.*, p. 370) expõe a sua crítica quanto ao polêmico artigo 42 *della Costituzione* de 1947 advertindo que de sua leitura deriva um aspecto exclusivamente garantista do qual transparece a vontade do constituinte em atacar aquilo que na praxe se considera como um procedimento defraudatório criado por um legislador que utiliza o instrumento da «funcionalização da propriedade privada» para obter resultados que são «substancialmente expropriatórios».

matéria SANTAMARÍA PASTOR chega a conclusão de que as intromissões legislativas sobre a esfera patrimonial do particular constitucional e legalmente protegida dava origem em ditos ordenamentos (alemão e italiano) a 3 (três) títulos indenizatórios, a saber: 1º) a compensação econômica em face das expropriações clássicas e também das expropriações *ope legis*; 2º) a indenização por ilícito legislativo e; 3º) a indenização de sacrifícios.

Diante de tal panorama, lançaram-se as seguintes correntes que buscam explicar a problemática da responsabilidade civil por atos legislativos lícitos do Estado no contexto jurídico espanhol.

10.3.1.b) A tese expropriatória

A tese expropriatória é aquela sustentada pela corrente majoritária que admite que o dever de indenizar do Estado advém unicamente da aplicação da garantia patrimonial contida no Art. 33.3 da CE/1978. Tem como ponto gerador de sua doutrina a intencionalidade deliberada do legislador em intervir na esfera patrimonial protegida do particular de *forma consciente, prévia e manifestamente querida* pelo uso da força e *potestad* de expropriar no todo ou em parte as faculdades inerentes ao domínio do bem jurídico tutelado, tudo em prol do bem comum.

Verifica-se que o alargamento ou extensão conceitual do ato de privação singular patrimonial advindo da definição legal imposta pelo artigo 1º da LEF/1954 deixou claro para certo setor da doutrina e da jurisprudencia que toda e qualquer restrição legal que implique em cessação e/ou impedimento ao pleno e livre exercício de direitos como o direito de propriedade, ainda que sob o argumento (direto ou indireto) de regulamentação de sua função social, deverá enquadrar-se no conceito de privação singular da referida lei ativando, portanto, a garantia de intangibilidade patrimonial estatuída pelo Art. 33.3 da CE/78.

Isto significa dizer que ao particular estará assegurado por força expressa da própria Constituição o direito a uma indenização baseada num “justo preço”, numa “equivalência econômica”, no “valor de substituição”, no “proporcional equilíbrio”, no “correspondente valor econômico”, no “razoável equilíbrio entre o dano expropriatório e sua reparação” dentre outras inúmeras nomenclaturas que soem atribuir-se à obrigação

ou ao dever que o Estado tem de indenizar tais ablações patrimoniais em face da emanção de atos legislativos de *natureza ou conteúdo materialmente expropriante*.

Em termos pragmáticos de reconstituição do patrimônio do particular expropriado em seus bens e direitos a solução proposta por esta corrente é que o objeto jurídico da expropriação seja compensado em razão do valor venal e atual de mercado auferido ao tempo da imposição da privação patrimonial levando basicamente à conclusão de que unicamente os *danos emergentes* derivados da intervenção legislativa estatal legítima ou não contrária ao bloque de constitucionalidade e legalidade do ordenamento jurídico são indenizáveis, numa notada restrição e desprezo aos eventuais lucros cessantes advindos destes bens jurídicos expropriados, o que não significa dizer que à expressão monetária e ao valor de mercado não se agreguem outros componentes econômicos e financeiros (correção monetária, juros, etc.) tendentes a configurar a razoável e proporcionada justeza da compensação.

10.3.1.c) A tese indenizatória

De outra banda podemos observar os defensores da corrente minoritária da tese indenizatória como uma consequência da responsabilização do Estado Legislador pela via da garantia patrimonial geral imposta *a todos os poderes públicos* por força da articulação derivada dos Arts. 9.3, 33.2 e 53.1 da CE/78 — segundo alguns⁶⁵⁸, o fundamento jurídico está no artigo 106.2 — ou ainda na disposição contida no artigo 139 da LRJAP y PAC/1992, tese esta concebida originariamente para justificar a responsabilidade da Administração Pública na sua prestação de serviços públicos mas que logo foram estendidas na tentativa de explicar a responsabilidade do Estado Legislador.

A indenizabilidade oriunda do ato legislativo estatal lícito para este setor é dotada de um conteúdo mais amplo⁶⁵⁹, posto que composta tanto dos *danos emergentes*

⁶⁵⁸ Como exemplo podemos citar a Pablo ARRIBAS BRIONES (1988, p. 488) que defende que “*Cuando el grado o intensidad de la vinculación lleguen a alterar el contenido esencial de la propiedad, hasta suponer una privación singular de su valor patrimonial, el Estado (la Comunidad Autónoma, por genérica remisión legal en materia de la LPHE), con independencia de que la Ley especial positiva en la materia haya guardado silencio, debe de indemnizar —responsabilidad ex facto legis— el daño causado en el valor patrimonial de aquella propiedad, en aplicación del artículo 106.2 de la Constitución, 121 de la LEF y 40 LRJ*”. Destaque do autor.

⁶⁵⁹ Até porque a expropriação trata da supressão/privação por parte do Estado de bem e/ou direito individual suscetível de ser expropriado restringindo-se o dano ou sacrificio ocasionado ao plano estritamente material da esfera jurídica patrimonial do administrado ao contrário da responsabilidade do

— incidentes sobre direitos (patrimonial-material e extrapatrimonial) e interesses legítimos protegidos — como dos *lucros cessantes*.

Para a grande maioria de seus defensores o fundamento da responsabilidade reside na violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos emergida da especialidade, individualidade e anormalidade do sacrifício imposto ao particular.

A tese indenizatória tem (grosso modo) como baluarte comparativo para solução da problemática gerada pelos danos ocasionados pelo ato legislativo lícito lesivo a obrigação estatal de indenizar surgida do *normal* funcionamento do serviço público.

10.3.1.d) A tese entreposta de GARRIDO FALLA: a teoria da indenização em Direito Público

O emérito Professor da Universidade Complutense de Madrid e magistrado do Tribunal Constitucional espanhol (*in memoriam*) debruçou-se ao longo de sua carreira jurídico-literária a investigar, em inúmeras oportunidades⁶⁶⁰, o problema da responsabilidade do Estado Legislador e seus reflexos patrimoniais na esfera jurídica protegida dos espanhóis.

Contudo, desde a publicação de seu artigo intitulado *La teoría de la indemnización en Derecho Público* nos estudos dedicados ao Professor GASCÓN Y MARÍN em razão do quinquentenário de sua docência levada a cabo pelo Instituto de Estudios de Administración Pública de Madrid no ano de 1952, tornou-se o catedrático de direito administrativo uma das referências nacionais a respeito do tema ante a sua visão particular e diferenciada com relação ao dever estatal de indenizar os danos oriundos de suas atividades *lícitas* que, ao seu ver, não configuravam propriamente hipóteses de aplicação do instituto da responsabilidade patrimonial do Estado.

Estado que, ademais do patrimônio material, é capaz de compensar não só as perdas econômicas e de oportunidades ocasionadas pelo dano causado, mas também de indenizar os menoscabos e sacrifícios incidentes sobre o quinhão *extrapatrimonial e moral* que compõem o seu patrimônio.

⁶⁶⁰ Consulte-se, especialmente: «Sobre la responsabilidad del Estado Legislador», em *RAP*, nº 118, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (Enero-Abril), pp. 35-56; «La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado», em *RAP*, nº 119, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (Mayo-Agosto), pp. 07-48; «La Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992», em *REDA*, nº 77, Civitas, Madrid, 1993 (Enero-Marzo), pp.125-132; «A vueltas con la responsabilidad del Estado Legislador: las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 y de 5 de marzo de 1993», em *REDA*, nº 81, Civitas, Madrid, 1994 (Enero-Marzo), pp. 111-120.

Com o fito de explicar a sua teoria GARRIDO FALLA parte do pressuposto conceitual de que da mesma forma em que no Direito Privado não é possível explicar todos os casos de responsabilidade civil dos particulares mediante a idéia de culpa, tampouco a idéia de excesso de poder ou ainda da falta de serviço pode servir de fundamento único da responsabilidade civil da Administração Pública.

Daí, avesso à idéia de ampliação indefinida e incauta do conceito de responsabilidade tradicionalmente formulado e aceito pela doutrina e jurisprudência — que, segundo ele, acaso chegasse a ocorrer, certamente chegaria a desvirtuá-lo —, preferiu desde então (1952) a defender a hipótese de uma teoria da indenização em Direito Público paralela a já conhecida teoria da responsabilidade.

Centrando-se sobre o exigível equilíbrio que deve haver entre o exercício das prerrogativas administrativas e a garantia patrimonial do particular o renomado administrativista espanhol, valendo-se a título exemplificativo das hipóteses legais autorizadas de requisição de bens e imposição de certas condutas forçosas aos particulares, afirma não poderem as privações resultantes de tais atos ser explicadas à luz da concepção privatista da responsabilidade civil importada pelo Direito Público e adaptados sob a forma de culpa anônima, falta de serviço e excesso de poder.

A indenização não estava sujeita a tais amarras individualistas e (i)legalistas/antijurídicas fortemente ínsitas no argumento embrionário defendido na teoria da responsabilidade civil do Estado. Estava, pois, submetida a um argumento autônomo: o simples dever de indenizar o particular pelos prejuízos que lhe foram causados, excluídas quaisquer incursões sobre a idéia de culpa anônima e/ou antijuridicidade do ato ou conduta estatal.

Atendo-se fortemente aos ensinamentos provenientes dos juristas alemães intérpretes da Constituição de Weimar de 1919 e dos italianos intérpretes do Estatuto Fundamental da Monarquia de Saboya, de 4 de março de 1848 (*Statuto albertino*), GARRIDO FALLA advoga com base em Delbez que a *responsabilidade* tem sempre sua origem numa ilegalidade, numa ilicitude levada à cabo pela Administração, pelo Estado.

Ou seja, para ele, tratando-se de responsabilidade patrimonial do Estado, fazia-se indispensável configurar-se a antijuridicidade da conduta pública operada por um simples ato administrativo, pelo mau ou anormal funcionamento de um serviço público ou ainda por uma lei vulneradora dos preceitos constitucionalmente estabelecidos.

Partindo desta assertiva o renomado professor adverte que nas hipóteses em que a lei autoriza a Administração a debilitar, ou melhor dito, a condicionar o direito dos particulares, a consagração dessa prerrogativa só se faz possível mediante a incidência da garantia indenizatória que o próprio regime administrativo concede ao particular de um direito sacrificado, garantia esta não vinculada necessária e automaticamente a idéia pré-concebida de ressarcimento via responsabilização civil da Administração e muito menos à errônea afirmação de que concomitantemente ao exercício dessa prerrogativa sempre venha atrelada uma indenização.

Segundo ele, o processo que conduz a idéia de indenização exige os seguintes supostos:

*“(…) en primer lugar, una posibilidad legal de que la Administración pública declare la prevalencia del interés público sobre ciertos derechos subjetivos del particular (es el momento que se conoce técnicamente con el nombre de condicionamiento de los derechos del particular); en segundo lugar, que la Administración declare concretamente que tal derecho del particular debe ceder ante el interés público. En este segundo momento entra en escena la teoría de la indemnización. Gracias a ella lo que hubiese sido pura y simplemente sacrificio del derecho del particular se sustituye por una **conversión obligatoria** del mismo. El particular, que no puede oponerse al acto administrativo que le desconoce su derecho, queda, sin embargo, convertido automáticamente en acreedor a una indemnización pecuniaria que la Administración debe satisfacerle.*

(…) En puros principios, la justificación de la indemnización responde a una indiscutible idea equitativa: la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas que hace odioso el ‘sacrificio especial’ sin indemnización”⁶⁶¹.

Com efeito, concluiu o falecido magistrado que os danos causados pelas medidas estatais legítimas/lícitas — imposição de cargas reais ou pessoais — deveriam, ademais de ser mensuráveis economicamente, constituir objeto de indenização tão somente se acaso estivessem caracterizados pela *especialidade* provocada pelo desequilíbrio imposto frente aos demais particulares destinatários da carga pública.

⁶⁶¹ GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 1952, pp. 430/431, grifei.

Esse direito à indenização estaria fundamentado no mecanismo prévio de conversão dos direitos sacrificados em face do interesse público, direitos menoscabados estes *sempre* originários de um imprescindível condicionamento (*affievolimento* na acepção italiana): a prévia limitação em face da intervenção estatal. Vale dizer: “(...) *el derecho del particular que se convierte obligatoriamente ha de ser un derecho condicionado; ni un derecho absoluto, ni un simple interés*”⁶⁶².

Com a defesa explícita de dita tese GARRIDO reforçou argumentalmente o ponto nodal diferenciador das teorias da indenização em direito público e a da responsabilidade civil do Estado por atos lícitos, qual seja: a extensão da indenização devida ao particular como forma de tornar efetivo o exercício de sua garantia de inviolabilidade patrimonial.

Em síntese: tratou o autor de deixar claro que nos moldes da teoria da indenização em direito público a indenizabilidade dos danos oriundos de atos estatais lícitos, porém lesivos — dentre eles os da lavra do legislador —, limita-se à reparação ou compensação dos danos emergentes (danos objetivos) causados pela privação patrimonial ao contrário da reparação advinda da aplicação da teoria da responsabilidade do Estado caracterizada pelo somatório dos danos emergentes com os lucros cessantes (danos subjetivos), indenizabilidade última esta mais extensa sem, contudo, necessariamente estar taxada como uma indenização juridicamente mais justa.

No que tange ao tema da Responsabilidade do Estado Legislador propriamente dito GARRIDO FALLA procura essencialmente destacar em seus escritos — sempre atento à dualidade entre a tese expropriatória e a tese indenizatória — a fidelidade e coerência à sua teoria da indenização em Direito Público acatando como os 02 (dois) únicos supostos de indenização de danos e prejuízos provocados pelas leis a hipótese de uma lei não declarada inconstitucional mas que cause danos em razão de sua carga expropriatória e a hipótese de toda lei declarada inconstitucional que cause danos em razão de sua aplicação, conforme sintetizado no seguinte considerando:

⁶⁶² Para o autor, o direito só poderia ser taxado como “sacrificado” se pudesse ser exercitado efetivamente pelo particular no momento do ato estatal interventivo e ablatório. Se o seu exercício não estivesse regulamentado não havia que se cogitar do sacrifício porque dele não resultaria a idéia de dano e prejuízo econômico em face das limitações especiais excessivas na esfera jurídica protegida de determinados administrados. Ademais, não entendia que um simples interesse jurídico pudesse ser sacrificado pelo Estado, mas tão somente direitos formalmente consagrados pelo ordenamento.

“Al llegar aquí, éste sería el resumen de las anteriores reflexiones: a) toda carga o sacrificio impuesto por ley no declarada inconstitucional ha de ser soportado por el administrado, quien, no obstante, podrá reclamar indemnización cuando dicha carga sea expropiatoria (art. 33.3 CE); b) toda ley declarada inconstitucional genera un derecho a indemnización a favor de quienes hayan sido perjudicados por la aplicación de la dicha ley”⁶⁶³.

Comentando detidamente os questionamentos judiciais sobre a antecipação da idade de aposentadoria de juízes e magistrados, especialmente das sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional em 29 de julho de 1986 (STC 108/1986), em 11 de julho de 1987 (STC 99/1987) e a de 19 de abril de 1988 (STC 70/88), bem como pelo Tribunal Supremo em 15 de julho e em 25 de setembro de 1987, GARRIDO FALLA deixou consignado que se acaso a Lei 30/1984 — que tratou de antecipar a idade de aposentadoria compulsória dos funcionários públicos — fosse declarada inconstitucional restaria configurada, a seu sentir, a única hipótese crível da chamada responsabilidade do Estado-Legislador.

“¿Qué hubiese ocurrido en el caso de que las citadas Sentencias del Tribunal Constitucional hubiesen declarado la inconstitucionalidad de las leyes impugnadas por entender que venían a expropiar, sin indemnización alguna, el derecho del funcionario a ser jubilado a la edad establecida e el momento en que ingresó en la Función Pública? Obviamente, aquí estaríamos ante un supuesto (el único, a mi juicio) de responsabilidad del Estado-Legislador: el daño tendría entonces su causa en una Ley inconstitucional, luego el Estado (como personalidad única a la que son imputables los actos — normativos o singulares, o actuaciones materiales— de cualquiera de sus poderes y organismos) habría de responder del daño causado”⁶⁶⁴.

“(…) Máxime si se tiene en cuenta —como la propia terminología empleada por la sentencia admite— que la (mal) llamada responsabilidad del Estado-Legislador (cuyo único supuesto válido, a nuestro juicio, por ligado al original concepto de culpa, se da por consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la ley) se produce directamente mediante un acto administrativo, referible a un sujeto administrativo (Administración Pública) y que, por tanto, el problema se reduce a examinar si, aun tratándose de funcionamiento normal del servicio, se dan los otros requisitos que el viejo artículo 40 LRJ exigía para reconocer el derecho a indemnización. (Sin la complicación, claro está, que ahora introduce el artículo 141.1 de la nueva Ley 30/1992, al exigir «que éste (el dañado) no tenga el deber jurídico de soportar, de acuerdo con la Ley». Pues esto es negar cualquier hipótesis de responsabilidad que no sea expresamente reconocida por la propia ley que ocasiona el daño)”⁶⁶⁵.

⁶⁶³ GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 1989, pp. 52/53.

⁶⁶⁴ GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 1989, p. 46.

⁶⁶⁵ GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 1993, p. 130.

Quanto aos sacrifícios impostos pela prática de atividades estatais lícitas a teoria aplicável, segundo ele, permanecia sendo a tese entreposta da indenização em Direito Público inconfundível com a teoria da indenização expropriatória e a da responsabilidade patrimonial ligada à antijuridicidade e à culpa.

10.3.1.e) O argumento de GARCÍA DE ENTERRÍA sob a égide do conceito de lesão indenizável

O prestigiado administrativista e publicista, também professor emérito da Universidade Complutense de Madrid, seguramente tem sido o doutrinador que mais vem se dedicando ao estudo do tema irradiando concepções e conceitos a respeito da responsabilidade pelo fato das leis ganhando a cada dia adeptos tanto na Espanha como em outros países, sobretudo da velha Europa⁶⁶⁶.

Recentemente (2006) o autor tornou pública a obra intitulada *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español* donde compila, atualiza e rejuvenesce minimamente todo o estudo que até então havia dedicado à matéria. Por tal razão, nela nos centraremos no intuito de condensar a sua opinião sobre o tema apontando, quando e se necessário, os câmbios ideológicos — «minimamente retocados», segundo suas palavras — que o autor porventura tenha podado nessa versão mais contemporânea que recém há posto à disposição da crítica acadêmica sem, contudo, isto querer significar que tenhamos renunciado à análise detalhada de seu conhecido legado anterior.

⁶⁶⁶ Dentre os seus escritos destacam-se: «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo», em *34 artículos seleccionados de la RAP con ocasión de su centenario*, INAP, Madrid, 1983, pp. 590-623; *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1983; *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1984; «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la ley de costas», em *RAP*, nº 141, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996 (Septiembre-Diciembre), pp. 131-152; «El fin del caso *factortame*. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido», em *RAP*, nº 145, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998 (Enero-Abril), pp. 117-144; *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999; «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», em *RAP*, nº 159, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002 (Septiembre-Diciembre), pp. 173-206; «La inexistencia de jurisdicción en los tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador», em *Derecho Privado y Constitución*, nº 17 (número monográfico sobre fontes de direito em homenagem ao professor Javier Salas Hernández), a.11, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 269-290; «El principio de «la responsabilidad de los poderes públicos» según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», em *REDC*, a. 23, nº 67, Madrid, 2003 (Enero-Abril), pp. 15-47; etc.

GARCÍA DE ENTERRÍA, sabidamente, desde 1956⁶⁶⁷, ano de publicação da 1ª (edição) de sua obra intitulada *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa* pelo Instituto de Estudios Políticos de Madrid, adota como tese originária de seu extenso pensamento formulado em torno da teoria da responsabilidade do Estado Legislador o conceito de *lesão resarcível* objetivando explicar o enquadramento das hipóteses de danos derivados da emanção dos atos legislativos estatais na universal e conhecida teoria da responsabilidade patrimonial do Estado não mais na clássica distinção entre licitude e ilicitude do comportamento da Administração do Estado, mas sim no dano efetivamente provocado aos particulares.

O autor, relembre-se, ao contrário de GARRIDO FALLA, é adepto do sistema unitário de responsabilidade patrimonial do Estado e da Administração Pública de uma forma geral, sistema este que engloba tanto a responsabilidade estatal por atos lícitos quanto a originária de atos ilícitos descartando qualquer possibilidade de aplicação de uma teoria (a da indenização em Direito Público defendida por GARRIDO FALLA) autônoma para a justificação e aplicação aos danos provenientes de um ato ou conduta lícita conforme aqui se vem destacando.

Comentando a lei de expropriação forçosa o destacado autor atendo-se ao alargamento conceitual de expropriação trazida à lume já no artigo inaugural da LEF de 1954⁶⁶⁸, e sob forte influência da doutrina alemã irradiada do estudo da *Autopferung*, acaba por concentrar-se primordialmente em sua obra na análise da extensão, grau e índole da privação patrimonial singular operada pelo Estado ao mesmo tempo em que trata de destacar a clássica distinção entre a limitação do exercício do direito sobre a propriedade e a expropriação propriamente dita. São suas palavras:

⁶⁶⁷ Segundo nos recorda PANTALEÓN PRIETO (*op. cit.*, 2001, p. 209, nota de rodapé nº 43) a origem intelectual da teoria da responsabilidade estatal objetiva defendida por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA com base no formulado conceito de lesão resarcível tem como sustentáculo teórico-dogmático a “teoria da garantia” construída por Boris STARCK em sua tese doutoral *Essaid'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa doublefonction de garande et de peine privée* de 1947 tendo sido tornada pública em Espanha por 1ª (primeira) vez através do artigo de sua lavra intitulado «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa», em *Anuario de Derecho Civil* 8 (1955), pp. 1125-1126, que antecedeu a sua obra prensada de 1956.

⁶⁶⁸ “Art. 1º. Es objeto de la presente Ley de expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio. Quedan fuera del ámbito de esta Ley las ventas forzosas reguladas por la legislación especial sobre abastecimientos, comercio exterior y divisas”.

“(…) «Privación» supone un ataque (*Eingriff, emprise*) y una sustracción positiva de una integridad patrimonial, de cuya consideración se parte. La «privación», por eso, adviene *ad extra*, es, en el genuino sentido de la expresión, un *despojo* (término de filiación etimológica común con «expropiación») y se opone así al concepto de «limitación», que es un límite inmanente e intrínseco a la propiedad y a todos los derechos. «La propiedad» — dice el artículo 348 del Código civil — es el derecho de gozar y disponer de una cosa, «*sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*»⁶⁶⁹.

Preparando o terreno para o lançamento de sua teoria de lesão ressarcível GARCÍA DE ENTERRÍA, explorando a idéia que *a priori* se extraia da interpretação do Art. 1º da LEF/1954 de que não há indenização expropriatória sem a configuração de um benefício positivo ou mesmo negativo a terceiro⁶⁷⁰, admite que o regime jurídico indenizatório é, nesta perspectiva do benefício correlato, ademais de falha, imprecisa em suas aplicações sendo, pois, a perspectiva inversa a melhor maneira de contemplar a aplicação da garantia indenizatória.

Melhor dito, o autor propõe e adota o critério de que a indenizabilidade decorrente da expropriação não está atrelada à busca da configuração da existência de um *benefício final* a um terceiro como aparentemente parece indicar a LEF, mas sim sob o viés do *sacrifício atual* causado ao expropriado.

De igual modo inclina-se o autor quanto ao tema da responsabilidade patrimonial do Estado. Inspirando-se na tese de Orlando LESSONA (*Saggio di una nuova teoria sul fondamento della responsabilità in* Archivio di Diritto Pubblico, 1893, p. 328 e ss.), citando também a STARCK, advoga de igual forma pelo reconhecimento da responsabilidade estatal com base no conceito de *lesão ressarcível* do patrimônio do administrado e não com base na conduta danosa do agente como majoritariamente sustentado.

⁶⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, 1984, pp. 67/68, destaques no original.

⁶⁷⁰ O autor questiona o mandamento contido no artigo 2º da LEF/1954 de que toda expropriação deve possuir um beneficiário. Segundo ele, ao beneficiário da expropriação sempre se supõe um benefício, positivo ou negativo, a cargo da privação de utilidades impostas ao expropriado, privação esta que, por fim, ao termos frios da lei, sempre traduzir-se-á num enriquecimento positivo (*lucrum emergens*) ou negativo (*damnum cessans*) que, não configurados, em que pese o extensivo conceito de privação atribuído no Art. 1º do mesmo diploma, não darão azo a qualquer indenização. É neste contexto que o autor advoga pela dificuldade de aplicação da garantia indenizatória oriunda da expropriação com base no critério do benefício final a um terceiro levando a admitir que o melhor caminho é centrar-se no sacrifício real imposto ao particular com a privação.

Ato contínuo, tratou o jurista de deixar consignada a seguinte diferença entre os dois regimes jurídicos-garantistas ínsitos no bojo da LEF/1954, o expropriatório e o decorrente da responsabilização patrimonial do Estado, nestes termos, literalmente:

“El criterio de la Ley es claro y constituye posiblemente una rigurosa aportación dogmática. Se distinguen netamente dos instituciones: expropiación y responsabilidad, que, no obstante, participan de la nota común de asegurar las dos la integridad patrimonial de los administrados frente a la acción pública. La manifestación de esta actividad pública es distinta en uno y otro caso: en la expropiación se presenta como negocio jurídico dirigido directamente al despojo patrimonial, en la responsabilidad como hecho jurídico, incidental por relación a la posición del administrado, que ocasiona un daño no directa e inmediatamente procurado. En cuanto a su régimen, la diferencia es también clara en uno y otro caso: en la institución de la responsabilidad surge como consecuencia de la lesión un deber de reparación; en la expropiación forzosa, como ya hemos probado, no hay deber de reparación ex post, sino una carga preventiva de indemnización que condiciona la posibilidad misma del despojo; la regulación de la expropiación es, por eso, la regulación de un procedimiento positivo, la de la responsabilidad, la de unas consecuencias derivadas de la emergencia de un hecho jurídico, del hecho jurídico dañoso, que se presenta ya como dado e irreversible (factum infectum fieri nequit)”.

(...) Es preciso prevenirse frente al posible intento de entender que con el nuevo régimen legal todos los daños causados por actuación administrativa lícita quedan integrados en el régimen de la expropiación propiamente tal. Esto será cierto, como hemos precisado, en tanto que el daño sea ocasionado por un negocio jurídico directa e inmediatamente dirigido al despojo. Pero al margen de esta posibilidad cabe una actuación lícita que, sin embargo, ocasione lesión incidentalmente, residualmente; y esto tanto se trate de una actuación material como de una actuación propiamente jurídica (por actos jurídicos) teniendo en cuenta que esta última tendrá condición de hecho jurídico para el dañado por el carácter indirecto de la incidencia de la misma sobre su patrimonio”⁶⁷¹.

No que tange aos estudos relacionados com a Responsabilidade do Estado Legislador o autor trouxe à colação em seu artigo analítico sobre as expropriações legislativas na perspectiva constitucional espanhola, com especial destaque para o caso da lei de costas — centrando-se em concreto sobre as sentenças nº 227/1988, de 29 de novembro e 149/1991, de 4 de julho —, interessante conclusão acerca da distinção e classificação técnica levada a cabo pelo Tribunal Constitucional entre a dualidade *intervenção legislativa indenizável e expropriação propiamente dita*.

⁶⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, 1984, pp. 174/175.

Discorrendo seus argumentos com base em arestos oriundos da Corte Suprema GARCÍA DE ENTERRÍA identifica pelo menos 02 (dois) critérios técnicos configuradores desta diferenciação, a saber: 1º) *critério da constitucionalização e concreção do conceito legal de expropriação*. Cotejando o abrangente conceito legal de expropriação inserto na redação abstrata do Art. 1º da LEF/1954 com o mandamento constitucional do Art. 33.3 da CE/78 tratou segundo ele o Tribunal Constitucional, por intermédio das STCs de nº 108/1986 (de 29 de julho), 37/1987 (de 26 de março), 99/1987 (de 11 de junho) e 227/1988 (de 29 de novembro), ademais de explicitar a clássica diferença entre limitação/delimitação e expropriação com vistas a manter intacta a paridade quantitativa exurgida do binômio *privação singular — privação geral* extraível de tal conceito legal, por concretar e reafirmar a extensão da garantia patrimonial dos particulares enquanto aos ataques expropriatórios e demais privações singulares⁶⁷² impostas pelo Estado; 2º) *critério da inviolabilidade do conteúdo essencial do direito de propriedade*. Nesse aspecto, trata o Tribunal Constitucional apenas de ratificar o mandamento constitucional previsto no Art. 53.1 da CE/78 — “*Los derechos y libertades reconocidos en el artículo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)*”. — que proíbe veementemente que o legislador configurador de um direito fundamental viole e dilapide, ainda que de forma mínima e parcial, o seu conteúdo essencialmente garantido pela Constituição e pelo ordenamento jurídico.

Em conclusão à problemática das intervenções legislativas dotadas de conteúdo materialmente expropriante, GARCÍA DE ENTERRÍA propõe as seguintes soluções afirmando *ipsis et integrum literis*:

“1º) Las leyes de *naturaleza expropiatoria*, valorando este concepto desde la cláusula general del artículo 1º de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, cláusula

⁶⁷² E esse questionamento da privação *singular* como pressuposto para a incidência da garantia patrimonial do expropriado vem a ser o ponto nodal da argumentação lançada pelo autor em seu artigo, posto que, explica, em pelo menos 02 (duas) oportunidades — em concreto, na apreciação da constitucionalidade da Lei de Águas de 1985 (STC 227/1988) e da Lei das Costas de 1988 (STC 149/1991) — o Tribunal Constitucional qualificou como expropriatórias operações e atos estatais oriundos de «*leyes absolutamente generales, y no referidas a casos singulares*». Para o administrativista, hoje (desde 1996, época da publicação do artigo original) tanto na Itália como na Espanha o jogo dialético *privação singular-ordenação geral* não é mais o adequado para resolver o grave problema das atuações legislativas de conteúdo materialmente expropriatório desde a perspectiva do proprietário.

constitucionalizada formalmente como expresión de la garantía del artículo 33 de la Constitución, serán inconstitucionales si no han previsto en su propio texto la correspondiente indemnización; cuando un Tribunal ordinario se encuentre con una Ley de ese carácter sin tal previsión indemnizatoria tendrá obligación de plantear ante el Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad;

2º) Cuando la Ley de *contenido expropiatorio*⁶⁷³ haya previsto la indemnización correspondiente al despojo por ella dispuesto y no haya remitido a la Administración (y, sobre todo, al subsiguiente control judicial) la suficiencia de dicha indemnización, deberá salvar el control de constitucionalidad justificando la suficiencia de dicha indemnización «desde el punto de vista del juicio abstracto», en línea de principio, entre la indemnización y el despojo, o de la falta manifiesta de fundamento;

3º) A fin de evitar la privación a los propietarios afectados de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución y para no discriminarlos con los propietarios ordinarios que soportan expropiaciones por parte de la Administración (aunque con respaldo legal último), que sí pueden discutir siempre judicialmente la justicia de la indemnización o justo precio, habrá que concluir que las Leyes expropiatorias *ad hoc* o de caso único, que apliquen la fuerza de la Ley para fijar indemnizaciones de una manera taxativa y cerrada, serán siempre inconstitucionales por violación del citado artículo 24;

4º) La validez de las Leyes expropiatorias que fijen criterios genéricos de indemnización que puedan superar el criterio de «proporcional equilibrio» «desde el punto de vista del juicio abstracto» (único que examina el Tribunal Constitucional) estará condicionada a que esos criterios puedan ser ponderados, concretados y modulados por el juez, en atención a las circunstancias particulares de cada caso singular, que pueden ser —y serán normalmente— muy distintas entre sí; esta conclusión, que resulta esencial en la economía de la institución, se deduce claramente de la Sentencia constitucional 149/1991, que aunque confusa en su redacción, y aunque ha omitido llevar al fallo esta precisión, no lo es en absoluto en cuanto a la pertinencia de dejar a salvo el artículo 24.1 de la Constitución en estos supuestos y, consecuentemente, el acceso a los Tribunales ordinarios;

5º) Esa eventual reclamación judicial de indemnizaciones ponderadas y particularizadas finales debería articularse precisamente a través de la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración regulada por los artículos 139 y siguientes de la

⁶⁷³ Em que pese a grafía distinta, ao que parece, o autor utiliza (indistintamente) as terminologías *natureza expropriatória* e *conteúdo expropriatório* como sinónimos.

Ley 30/1992, conforme a la previsión del párrafo 3 de dicho artículo 139. La preceptividad de esta vía presentaría un inconveniente procedimental, la fugacidad del plazo de prescripción, mucho menor que el plazo común de prescripción de los créditos contra la Hacienda Pública, pero hay que entender, como admite implícitamente la Sentencia 149/1991, que el dies a quo para el comienzo de su cómputo ha de comenzar cuando la Administración resuelva sobre la particularización de la indemnización prevista por la Ley”⁶⁷⁴.

Estudioso do assunto e visivelmente preocupado com a notória inflação normativa de nosso tempo, o autor tratou de destacar em quase todos os seus artigos posteriores a importância e a necessidade de valoração e solução da problemática apresentada na teoria da Responsabilidade do Estado Legislador com base na construção de uma sistemática sólida e articulada de princípios gerais de Direito conjugados com outros princípios específicos emergentes do próprio ordenamento jurídico.

Assim se fez entender, por exemplo, nos seguintes excertos extraídos de sua obra *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* ora trazidos à colação:

“Ante la situación actual, que hemos pretendido describir, del desorden extremo de las normas escritas, sólo un esqueleto firme de principios puede permitir orientarse en el magma innumerable de dichas normas, en su mayor parte ocasionales e incompletas, sometidas a un proceso de cambio incesante y continuo. Esta situación nos entrega, insoslayablemente, aunque pueda parecer paradójico, a un pensamiento jurídico de valores o por principios generales.

(...) las propias leyes están apelando a los principios para su propia aplicación, con independencia del papel informador del ordenamiento jurídico que a los principios generales del Derecho otorga con carácter general el básico artículo 1 del Código Civil.

De multitudo legum, unum ius, podemos decir conforme a un viejo apotegma.

Ese viejo ius material es el que los juristas debemos a toda costa procurar mantener intacto y victorioso, sobrenadando, quizás penosamente, pero resueltamente, en el mar normativo incesante al que nuestro tiempo parece habernos totalmente condenado”⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, 1996, pp. 149/150 e também na obra *Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, *op. cit.*, 2007, pp. 207/209.

⁶⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999, pp. 105/106 e 108. Em sua obra sobre a luta contra as imunidades do poder (*La lucha contra las inmunidades del poder*, 1983, p. 50) o autor já havia destacado neste sentido que “el

Com base nesse entendimento mais que tudo principiológico, GARCÍA DE ENTERRÍA, ademais das assertivas já expostas acerca da indenizabilidade de leis de natureza e conteúdo expropriatórios, deixa transparecer em sua recente obra sobre o tema da Responsabilidade do Estado Legislador na Espanha, em seu já citado artigo intitulado *Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional*, os seguintes pensamentos complementares de sua concepção sobre o tema que aqui tratamos de condensar. Vejamos.

— “El único supuesto legítimo de una verdadera responsabilidad patrimonial por actos legislativos es cuando éstos desconocen o infrigen normas superiores de los ordenamientos comunitarios o internacionales dotados del principio de primacía normativa y, por tanto, con capacidad reactiva o neutralizadora de la norma inferior que puede hacer valer el mismo juez. Tal es la conclusión de esas mismas investigaciones recientes en varios ordenamientos y ése es el único supuesto en que el nuestro puede aceptarla”⁶⁷⁶;

— “No se indemnizan los daños, con la excepción que veremos, causados por las Leyes más que «cuando así se establezca» en dichas Leyes y en la cuantía y condiciones que éstas determinen (entendemos que no ha sido técnicamente correcto prever este supuesto, puesto que si una Ley acuerda que se efectúen determinados pagos a particulares no se tratará propiamente de una «responsabilidad», que es el epígrafe tanto del capítulo como del Título en los que el precepto se incluye dentro de la Ley de que se trata, sino de una «obligación derivada de la Ley», en los términos de los arts. 1089 y 1090 del Código Civil como distinta de la responsabilidad), siendo, por otra parte, ocioso que otra Ley, como la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, diga algo sobre los efectos, que son plenos, de la propia Ley que declara la obligación”⁶⁷⁷;

— “La excepción a la anterior regla, bastante obvia, es la que ha creado el problema interpretativo. Es claro, a mi juicio, sin embargo, que su sentido se refiere al supuesto específico de Leyes que tengan un contenido expropriatorio desde el punto de vista material; ese supuesto admite, a su vez, dos variantes: que teniendo **contenido expropriatorio** disponga, directa o indirectamente, como la Constitución impone (art. 33.3), que esa expropiación vaya acompañada de la «correspondiente indemnización»,

Derecho Administrativo es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces”.

⁶⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, 2007, pp. 233/234.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, p. 235.

previo el procedimiento oportuno; y segunda posibilidad: que teniendo dicho **contenido expropiatorio en su regulación material**, pretenda excluir cualquier indemnización negándola directa o indirectamente. Este último caso no puede nunca dar lugar a que un juez o Tribunal ordinario imponga una responsabilidad patrimonial al Estado; por el contrario, el supuesto sería el de una Ley inconstitucional, por violación del art. 33.3 de la Constitución, Ley respecto de la cual la única facultad con que cuenta el juez o Tribunal ordinario es la de plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 de la Constitución y art. 5, apartados 2 y 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Un juez o Tribunal ordinario carece de facultades para declarar como expropiatoria una Ley que excluya la indemnización de los perjuicios que puedan resultar **de su aplicación**. Para obtener tal conclusión es menester contrastar los apartados 2 y 3 del art. 33 de la Constitución, esto es, si el Estado actúa dentro de su poder de «delimitar el contenido del derecho de propiedad» por razón de su función social, o si ha operado una verdadera expropiación de dicho derecho sin las garantías⁶⁷⁸ que para ese supuesto impone el apartado 3 del artículo, *cuestión que sólo puede resolverse por un juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley, reservado al Tribunal Constitucional*⁶⁷⁹. Así operan todos, sin excepción, los Tribunales Constitucionales del mundo entero, sin excluir el Consejo Constitucional de Francia, país al que suele atribuirse la hipotética normalidad de una jurisdicción sobre las Leyes por parte de los Tribunales contencioso-administrativos.

⁶⁷⁸ Este é a propósito um dos pontos controversos das doutrinas emanadas por GARCÍA DE ENTERRÍA e GARRIDO FALLA conforme se observa no seguinte excerto extraído da nota de rodapé nº 70 do artigo de ENTERRÍA intitulado *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, à p. 204, assim redatado: “(...) Donde estimo que está el error (lo que yo entiendo error, naturalmente) de GARRIDO es en entender que hay expropiación legislativa siempre que se produzca una afección de «derechos o intereses patrimoniales legítimos», en los términos del artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzoza, cuando lo que hay que dilucidar según el texto del propio artículo 33 de la Constitución (y según ocurre en todos los Derechos que conocen el control de constitucionalidad de la Leyes, desde el Derecho norteamericano, que forjó hace más de cien años la distinción entre taking y regulation, siendo indemnizable sólo la primera de estas figuras) es si nos encontramos ante una «delimitación del contenido» de los derechos, según su función social, o ante una verdadera expropiación, «despojo» o «ablación», que sería la expropiación legislativa estricta, como ha precisado una jurisprudencia constitucional firme y repetida, que hace sólo indemnizable el último supuesto y en modo alguno el primero (...)”. Confirma-se, ademais, algumas considerações adicionais do autor a respeito desse binômio expropriação-regulamentação no seu artigo «El principio de «la responsabilidad de los poderes públicos» según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», em REDC, a. 23, nº. 67, Madrid, 2003 (Enero-Abril), pp. 45/46, em especial na nota de rodapé nº 62.

⁶⁷⁹ No mesmo sentido advoga Jesús GONZÁLES PÉREZ (2000, pp. 69/70): “La naturaleza expropiatoria o no de una ley no depende de la calificación que haga el legislador. Si así fuera, podría burlarse fácilmente la garantía constitucional. Como destaca S. MARTÍN-RETORTILLO, al referirse a las «expropiaciones legales», «su contenido es revisable por el TC. No cabe eludir control alguno por el hecho de que no se trate de una expropiación administrativa, en cuanto racionalmente constituye una privación singular en los términos que establece la LEP». El legislador queda, por tanto, bajo el control del TC”.

No hay, pues, el menor espacio para que un juez o Tribunal ordinario pueda declarar directamente por sí una responsabilidad patrimonial del Legislador con base al art. 139.3 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común⁶⁸⁰. Grifei e destaquei.

Quanto aos efeitos e alcance das sentenças declaratórias de inconstitucionalidade prolatadas pelo Tribunal Constitucional advoga o autor pela aplicação de efeitos *ex nunc* (não retroativos) em face do entendimento de que “(...) *la anulación de una norma en cuya aplicación se hayan dictados actos administrativos firmes no determina la nulidad de dichos actos (...)*”^{681 682}.

10.3.1.f) Alguns outros posicionamentos contemporâneos

Tomás QUINTANA LÓPEZ⁶⁸³ por sua vez entende que é possível identificar-se no âmbito forense 03 (três) vias ou situações das quais se originam a obrigação do Estado de ressarcir os danos causados pela *aplicação* de leis: 1) quando estas tenham um conteúdo expropriatório de direitos, não de expectativas; 2) quando tenha sido declarada a inconstitucionalidade da lei de que resulta o dano e; 3) quando mesmo na hipótese de leis não declaradas inconstitucionais e sem conteúdo expropriatório os resultados de sua aplicação mereçam algum gênero de compensação.

⁶⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, 2007, pp. 235/237.

⁶⁸¹ *Ibidem*, GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, pp. 256. O autor descreve a divergência argumentativa de idéias existentes entre os Tribunais Supremo e Constitucional quanto aos efeitos das sentenças declaratórias de inconstitucionalidade proferidas por este último como pressuposto na análise de pedidos indenizatórios consubstanciados na teoria da responsabilidade patrimonial do Estado Legislador. Após expor de forma minuciosa a jurisprudência prevalente na seara de ditos Tribunais constata o administrativista que enquanto o Tribunal Supremo — a seu ver, de modo inadmissível por razões, sobretudo, de hierarquia jurisdicional — adota a *teoria da nulidade plena de todos os atos administrativos* (segundo ele, tese da «super nulidade» acompanhada de efeitos decisórios *ex tunc* e *actio nata*) praticados após a entrada em vigor da lei posteriormente declarada inconstitucional como pressuposto caracterizador dos danos indenizáveis da responsabilidade patrimonial do Estado aplicada ao Estado Legislador, o Tribunal Constitucional, num outro viés, vem reiteradamente acolhendo a *tese da anulação e aplicação de efeitos pró-futuro (efeitos prospectivos)* aos atos administrativos praticados posteriormente a entrada em vigor da lei declarada inconstitucional, tese esta à qual se filia. Para o autor, ademais, não parecem razoáveis os argumentos do Tribunal Supremo quanto à exigência ao Estado de responsabilidades patrimoniais eternas ou imprescritíveis pela declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

⁶⁸² No mesmo sentido da doutrina dos efeitos prospectivos advoga Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *op. cit.*, p. 282: “(...) *Si el perjudicado ha podido evitar el perjuicio atacando en tiempo hábil los actos de que se trata y no ha hecho, luego no puede reparar esta omisión y procurarse un nuevo recurso por la vía de una demanda de responsabilidad*”.

⁶⁸³ QUINTANA LÓPEZ, T. «La Responsabilidad del Estado Legislador», em *RAP*, nº 135, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994 (Septiembre-Diciembre), pp. 103-147.

O autor é partidário do senso comum de que a lei de natureza expropriatória exige o respeito das garantias básicas do direito de propriedade sob pena de constatação de sua inconstitucionalidade. Ademais, afirma que toda lesão patrimonial derivada da aplicação de uma lei de natureza não expropriatória está situada no campo da responsabilidade patrimonial do Estado Legislador.

Suas reflexões, afora a influência dos preceitos extraídos da jurisprudência do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional, tem como base a análise do artigo 139.3 da LRJAP y PAC/1992 e, sobretudo, no amplo e poderoso decisionismo atribuído ao legislador.

Para ele o legislador deve estar consciente do conteúdo, efeitos e alcance que o ato legislativo terá sobre a esfera jurídica protegida de seus destinatários após a sua promulgação e início de vigência e, em especial, sobre a prevenção quanto a eventuais indenizações ou quaisquer outros mecanismos compensatórios.

O eminente professor da Universidade de León, a exemplo da maioria da doutrina, não concebe a possibilidade de ressarcimento de danos gerais derivados da aplicação de uma lei, mas somente aos especiais em que pese reconhecer explicitamente a natureza difusa — e porque não dizer “confusa” — que a interpretação judicial incidente sobre o limite entre especialidade e generalidade do dano pode acarretar na prática a supostos similares.

Para ele o fundamento-mor configurador da responsabilidade do Estado, ou melhor, da Administração Pública⁶⁸⁴ pela aplicação de leis não expropriatórias é a

⁶⁸⁴ QUINTANA LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 134/135: “(...) Se trata, pues, de una específica manifestación de la responsabilidad de la Administración más que de responsabilidad del Estado legislador o, en su caso, de responsabilidad de la Administración autonómica por el hecho de las Leyes aprobadas por los Parlamentos territoriales. (...) No obstante, entiendo que razonar como hizo el Tribunal Supremo en este aspecto, pone en duda la legitimidad democrática de los Parlamentos para legislar en el marco de las competencias que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas, pues las Leyes que aprueben deben ser aplicadas por quien corresponda, y si son determinadas Administraciones Públicas, ellas son las que deben hacer frente a la indemnización en el caso de que su aplicación produzca algún tipo de daño resarcible, porque, en definitiva, la lesión es causada por una actuación administrativa impuesta por una Ley aprobada por quien tiene título para ello y, siendo así, nos encontramos ante un supuesto más de responsabilidad patrimonial de la Administración, en este caso, por haber causado un daño derivado de la aplicación de un acto legislativo que no se tenía el deber jurídico de soportar.

En línea con lo anterior, se podría afirmar que la responsabilidad política de la aprobación de la Ley la tendría el Parlamento o, incluso, los Grupos Parlamentarios que apoyaran el Proyecto o Proposición de Ley. Por el contrario, la responsabilidad patrimonial por las lesiones que cause su aplicación correspondería y corresponde a las Administraciones que, obligadas a aplicarla, la apliquen y, con ello, causen alguna lesión. Esta es la posición que ha adoptado el legislador de 1992 [referência ao legislador

violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, princípio que conduz à apreciação judicial do dever jurídico que o administrado tem de suportar os danos e prejuízos impostos pelo ato legislativo de índole originariamente restritiva e limitativa (não expropriatória) conforme interpretação dos Arts. 139.3 c/c 141.1, ambos da LRJAP y PAC/1992.

A seu juízo, nas hipóteses de leis lícitas não expropriatórias tanto o silêncio do legislador como o estabelecimento de certos mecanismos compensatórios para ressarcir os danos ocasionados pela aplicação da lei ou, ainda, o rechaço legislativo expresso dos mesmos, a última palavra será sempre do Tribunal Constitucional dado que

“(…) se trata de un asunto de raíz constitucional, por lo que su máximo intérprete debe ser el garante último del equilibrio entre el poder legislativo y las garantías patrimoniales que asume nuestro Estado de Derecho frente a la actuación de los poderes públicos en general, pues tal como entendió el Tribunal Supremo en su conocida sentencia de 17 de noviembre de 1987 (Ar. Núm. 10206, de 1988), precedida de otras de 15 de julio y 25 de septiembre de 1987, y de las que se hizo eco el Tribunal Constitucional en su sentencia de 19 de abril de 1988, la responsabilidad de los poderes públicos lo es «sin excepción alguna»”⁶⁸⁵.

De outra banda a professora **Maria Consuelo ALONSO GARCÍA** entende que a única possibilidade de reclamar a responsabilidade patrimonial do Parlamento advém do reconhecimento da antijuridicidade do ato legislativo expresso na declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo Tribunal Constitucional, antijuridicidade esta também essencial no reconhecimento da responsabilidade descrita no artigo 139.3 da LRJAP y PAC/1992.

“Considero que ésta es la interpretación que debe hacerse del art. 139.3 LAP. Cuando el mismo emplea la expresión «que éstos (particulares) no tengan el deber jurídico de soportar» se está refiriendo, no a la lesión, sino a los actos legislativos. Y la única posibilidad que asiste a los ciudadanos de desatender este deber jurídico, de resistir los embates de los contenidos de los actos legislativos que les causan perjuicios es que los mismos sean considerados disconformes con el Texto constitucional. De acuerdo con este planteamiento, la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador quedaria configurada como una responsabilidad subjetiva que sólo se pondría en marcha frente a una violación constitucional de la ley causante del perjuicio.

da LRJAP y PAC de 1992], que me parece acertada, por ser respetuosa con el principio democrático que sustenta nuestro sistema constitucional, tal como he tratado de razonar”.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, QUINTANA LÓPEZ, p. 133.

Esta tesis estaría en concordancia con el contenido del art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en atención al cual la sentencia de inconstitucionalidad de una Ley arrastra la sanción de nulidad de los preceptos impugnados. Por tanto, los efectos de dicha declaración serán retroactivos o ex tunc, lo que permitiría la exigencia de reparación de los perjuicios derivados de los actos aplicativos que fueran consecuencia de las disposiciones anuladas”⁶⁸⁶.
Destiques no original.

Outrossim, defende que a responsabilização civil do Estado Legislador pelo fato das leis fundamenta-se ou pelo quebrantamento do princípio da igualdade na repartição das cargas públicas insito no artigo 14 da CE/78 ou pela privação singular imposta diretamente por lei (expropriação *ope legis*) que não preveja a indenização correspondente, caso em que dar-se-á a inconstitucionalidade por violação ao preceito do artigo 33.3 da CE/78.

“(…) Si, efectivamente, la disposición legal realiza una imposición singularizada a un sujeto en relación con el resto de la colectividad, situándole en una situación de desventaja patrimonial, la norma conculcará el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución, y devendría, por tanto, inconstitucional, arrastrando, en atención a lo descrito más arriba, la obligación de reparar el perjuicio, salvo que el Tribunal Constitucional haya incorporado a su fallo previsión expresa de efectos prospectivos.

Desde la vertiente contraria, la Ley que no incurre en vicio de inconstitucionalidad se impone a todos los ciudadanos por igual, no asistiendo, por tanto, a ninguno la facultad de alegar un daño en su norma de rango legal actúa, por conseguinte, como causa de justificación del perjuicio.

Por otra parte, si la Ley lo que impone a este sujeto individualizado es la privación de un bien o derecho sin prever la correspondiente contraprestación dineraria, la amplitud de la definición de expropiación forzosa derivada del art. 1 de su Ley reguladora y la garantía compensatoria suministrada por el art. 33.3 de la Constitución provocaría idéntica sanción a la norma, su inconstitucionalidad, y los mismos efectos en orden a la efectividad de la reparación, pero, ahora, desde el justo precio expropiatorio”⁶⁸⁷.

No que se refere às leis formais de cunho materialmente administrativo entende a autora que “(…) no se puede extraer como conclusión automática la ilegitimidad constitucional de la disposición de esta manera adoptada y, por ende, la obligación resarcitoria que incumbiría a su autor. La apreciación de esta última se hará depender, necesariamente, de los mismos presupuestos que los previstos para exigírsela a los

⁶⁸⁶ ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 88.

⁶⁸⁷ ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 104.

demás tipos de leyes que sí se adaptan a la definición del ideal de justicia, que constituye el contenido más característico de las mismas”⁶⁸⁸.

Em complemento asevera que

“Las leyes singulares no generan, per se, la transgresión del principio de igualdad ante las cargas públicas, no derivándose de las mismas, daños que pudieran ocasionar para sujetos concretos o situaciones determinadas. La aparición de la obligación resarcitoria que incumbe al Legislador sólo se manifestará ante su antijuridicidad, una vez realizado el juicio de su conformidad al bloque de constitucionalidad, y si del mismo resulta una violación del art. 14 de la Constitución y el Tribunal Constitucional no declara efectos prospectivos a su decisión. En el resto de los supuestos, los particulares singularmente afectados habrán de [leírse “de”] soportar los perjuicios irrogados por aquellas, sean o no singulares”⁶⁸⁹.

Quanto à responsabilidade do Estado Legislador por atos legislativos lícitos entende a doutrinadora:

“En definitiva, fuera de los supuestos expropiatorios, la posibilidad de reclamar del legislador un deber resarcitorio por la adopción de actos legislativos legítimos, si el mismo no ha hecho previsión expresa al respecto, no puede ampararse en nuestro Derecho en la abstracta cláusula del art. 9.3 CE. La misma solución cabrá deducir del supuesto en el que el autor de la norma sí haya considerado la indemnización, pero su cuantía o los términos de su pago no satisfagan al afectado. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, esta interpretación favorable a la consideración del silencio del Legislador en orden a la determinación de la compensación de los posibles perjuicios por él creados como regla excluyente de la reparación no podrá operar ante leyes inconstitucionales o antes las que, aun sin incorporar reproche alguno de disconformidad con la Norma fundamental, supongan un atentado a los principios de seguridad jurídica o de confianza legítima en el sentido anteriormente apuntado. Ante estos supuestos, bien el Tribunal Constitucional, al conocer y declarar la vulneración constitucional de la disposición, bien el juez ordinario que estime la conculcación de los mencionados principios, podrán, al margen de la voluntad legislativa, aplicar las reglas jurisprudencialmente elaboradas para dar satisfacción a esta pretensión en cumplimiento del mandato del art. 9.3 CE”⁶⁹⁰.

Em síntese: entende que a responsabilidade do Estado Legislador pode se dar quando a lei for antijurídica por contrariar a Constituição (lei declarada inconstitucional) ou quando apesar de constitucional e legítima viole os princípios da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima insito no artigo 9.3 da CE/78

⁶⁸⁸ *Ibidem*, ALONSO GARCÍA, pp. 97/98.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, ALONSO GARCÍA, p. 109.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, ALONSO GARCÍA, p. 125/126.

ou, ainda, quando o Estado espanhol for omissivo na transposição das normativas comunitárias ao ordenamento interno (leis viciadas de *anticomunitariedad*).

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ em seu manual sobre a responsabilidade patrimonial das Administrações Públicas, após a exposição seguida de um estudo detalhado da evolução jurisprudencial no âmbito do TS e do TC, centrando-se numa classificação bipartite entre atos legislativos de natureza expropriatória e atos legislativos que não são de natureza expropriatória, admite e enumera os seguintes supostos indenizáveis pelo Estado Legislador, a saber:

1. atos legislativos de natureza expropriatória: *a) que o ato legislativo estabeleça a improcedência da indenização:* neste caso, em face da natureza expropriatória, será o ato inconstitucional devendo o Tribunal contencioso-administrativo (no caso, o Tribunal Supremo) plantear incidentalmente questão de inconstitucionalidade nos autos do processo cujo objeto seja a impugnação de ato administrativo denegatório da indenização; *b) que o ato legislativo não contenha norma alguma sobre indenização:* para o autor, nesta hipótese, não há que se taxar de pronto o ato legislativo como inconstitucional em face da omissão do legislador quanto a falta de critérios de aferição da indenização, salvo se do conteúdo de seu texto restar configurado que essa falta (intencional ou não) de referência a critérios valorativos suponha a sua denegação deliberada. No mais, entende o administrativista que “(...) *la inexistencia de norma sobre valoración de la indemnización no supone otra cosa que considerar que no existe razón para establecer criterios específicos, por lo que aplicarán los criterios generales de la legislación de expropiación forzosa y las demás a que remite el artículo 141.2, LRJPA*”⁶⁹¹; *c) que o ato legislativo contenha normas sobre a indenização procedente:* acolhendo os fundamentos jurídicos ínsitos nas sentenças 166/1988, de 19 de dezembro, 227/1988, de 29 de novembro e 149/1991, de 4 de julho, todas da lavra do Tribunal Constitucional, GÓNZALEZ PÉREZ entende que as normas sobre indenização porventura existentes no corpo da lei expropriante devem resguardar ao particular sacrificado em sua esfera patrimonial um necessário e «proporcional equilíbrio» entre o valor do bem ou direito expropriado e a quantia da indenização, sob pena de inconstitucionalidade sobretudo quando a indenização proposta for manifestamente parca e insuficiente.

⁶⁹¹ GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 70/71.

2. atos legislativos que não são de natureza expropriatória: *a) que o ato legislativo estabeleça a improcedência de qualquer indenização:* para o autor, ainda que se considere a hipótese de que do ato legislativo irradiem danos avaliados economicamente e individualizados, se o Tribunal Constitucional estimar que a intervenção legislativa não gera a privação de direitos ou interesses legítimos porque não provido de natureza expropriatória, “(...) *no será posible en el ordenamiento jurídico español reaccionar frente al sacrificio patrimonial que el administrado se verá obligado a soportar porque la ley lo dice. Y esto, porque así lo dice la ley congruentemente con el artículo 139.3, LRJPA y, lo que es más importante, porque así lo ha venido diciendo la jurisprudencia del TC: no se infringe el artículo 33.3 de la Constitución porque no hay expropiación*”⁶⁹²; *b) que o ato legislativo não contenha norma alguma sobre indenização:* de igual forma aplica-se o entendimento alusivo aos atos legislativos de natureza expropriatória, ou seja, a inexistência de referência a critérios especiais de indenização não significa a sua negativa, mas sim que o dano ocasionado deverá ser indenizado sob a base de princípios gerais; *c) que o ato legislativo contenha normas sobre valoração:* esclarece o jurista que a regra do TC é que não tendo o ato legislativo natureza expropriatória não terá o administrado o menor direito à indenização. Logo, se eventualmente lhe é reconhecido pela própria lei não expropriatória algum gênero de compensação, ainda que ridícula, pode o administrado quedar-se agradecido à generosidade e benevolência do legislador.

Roberto Rafael GALÁN VIOQUE, investigador da Universidade de Sevilha e autor da obra⁶⁹³ mais extensa, abrangente e detalhista — e porque também não dizer a mais completa⁶⁹⁴ — acerca da Responsabilidade do Estado Legislador já publicada na Espanha, é um dos novéis doutrinadores adeptos e entusiastas da aceitação e aplicação dessa espécie de responsabilidade estatal fazendo questão de deixar consignado já no início de seu trabalho doutoral que 03 (três) são as causas que dão origem aos danos

⁶⁹² *Ibidem*, GONZÁLEZ PÉREZ, p. 73.

⁶⁹³ GALÁN VIOQUE, R. *La Responsabilidad del Estado Legislador*, Cedecs, Barcelona, 2001.

⁶⁹⁴ Consideramos a obra “mais completa” aqui publicada em razão da profundidade abordada em grande parte dos temas e facetas interdisciplinares que compõem a problemática da teoria da Responsabilidade do Estado Legislador, o que não significa, advirta-se, que somos fiéis correligionários e entusiastas disseminadores dos argumentos e das conclusões trazidas pelo autor no bojo de sua tese doutoral. O qualificativo não tem outro condão senão o de destacarmos o louvável e, por certo, exaustivo rigor investigativo observável no estudo publicado. A completude atribuída ao trabalho não é sinônimo de sua perfeição, utopia ínsita em todo e qualquer trabalho científico, especialmente no campo marcadamente dialético das ciências jurídicas.

ditos legislativos: a) a aplicação/execução administrativa das leis; b) a própria lei, diretamente, e; c) as relações jurídicas entre particulares⁶⁹⁵.

Trata o publicista de expor à minúcia o pensamento doutrinário e jurisprudencial que se consolidou a respeito da matéria até o início do presente século XXI tanto no âmbito nacional quanto internacional manifestando explicitamente a sua opinião pessoal a partir da diferenciação conceitual entre expropriação legislativa e responsabilidade pelo fato das leis.

GALÁN VIOQUE, em notada crítica ao pensamento de LEGUINA VILLA⁶⁹⁶, repele o argumento de que as garantias indenizatórias que os particulares têm frente à lei estão cingidas ao título indenizatório desencadeado pelo artigo 33.3 da CE/78 relativo ao instituto expropriatório.

Para ele não há justificativa para o monopólio que se pretende dar à expropriação forçosa neste campo indenizatório em face da existência de limites constitucionais que impedem uma extensão (sobretudo interpretativa) da garantia expropriatória frente a *todas* as lesões patrimoniais que tenham sua origem numa lei.

Advoga pela autonomia jurídico-dogmática entre expropriação legislativa e responsabilidade estatal por danos normativos/legislativos ou qualquer outro qualificativo que se pretenda dar à problemática dos danos oriundos do exercício da função legislativa.

⁶⁹⁵ “Por lo demás la responsabilidad del Estado Legislador tiene un ámbito de aplicación muy amplio ya que las lesiones patrimoniales que se pueden imputar a las leyes no tienen porque tener necesariamente su origen en una aplicación administrativa de la ley sino que pueden surgir directamente de ella o nacer en el seno de relaciones jurídicas entre particulares” (GALÁN VIOQUE, *op. cit.*, p. 34).

⁶⁹⁶ Em concreto, cita as afirmações feitas pelo citado doutrinador em sua obra *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 412/413, assim reproduzidas à página 131 de sua obra: “Sin duda ha sido LEGUINA VILLA el que de una manera más firme ha combatido la autonomía de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos en relación con las expropiaciones legislativas. Para este autor «los autores que sostienen esta postura son minoría y en franco declive es la doctrina favorable a esta figura en los países de nuestro entorno más cercano, una vez que se admite sin mayores problemas la posibilidad constitucional de las expropiaciones acordadas directamente por la ley. Los supuestos (silencio del legislador, sacrificio especial) que, tanto de Francia, como de Alemania e Italia se suelen invocar para justificar la pertinencia de esta modalidad de responsabilidad patrimonial del Estado pueden subsumirse hoy sin grandes dificultades teóricas dentro de la institución de la expropiación forzosa; o, dicho de otro modo, pueden incluirse dentro de un concepto material de despojo expropiatorio legislativo». Itálico no original.

É partidário ademais da cláusula do conteúdo essencial como o único critério válido para distinguir entre leis privativas de bens e direitos e leis delimitadoras nos termos do artigo 53.1 da CE/78.

Lastreando-se no pensamento de BARNES VÁZQUEZ, GALÁN VIOQUE admite que afora os supostos de transmissões coativas de bens e direitos dos particulares por uma determinada lei, há que classificar-se também como uma “expropriação legislativa” a hipótese em que uma lei desconheça no todo ou em parte os ingredientes essenciais da propriedade quando de sua regulamentação legal não podendo, pois, de forma alguma o ato legislativo que busca definir a gama de faculdades de exercício do direito de propriedade pelos seus titulares patrimoniais lesionar o seu conteúdo essencial⁶⁹⁷.

Em todo caso, essas *expropiaciones legislativas* tanto de cunho geral como singular só têm cabimento em casos realmente excepcionais⁶⁹⁸ ante a existência de uma qualificada utilidade pública ou interesse social cuja finalidade almejada não seja possível de ser realizada eficazmente pela via ordinária das expropriações administrativas. A seu juízo, só assim seriam elas constitucionalmente admissíveis.

⁶⁹⁷ São suas palavras: “En definitiva, el criterio válido para distinguir entre leyes privativas de bienes y derechos y leyes delimitadoras lo constituye la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad que establece el artículo 53.1 de nuestra Constitución. Nos encontraremos ante una expropiación legislativa aparte de los supuestos en los que la misma ley ha ordenado una transmisión coactiva de los bienes y derechos de los particulares cuando la ley, como apuntó tempranamente BARNES VÁSQUEZ, «desconozca en todo o en parte los ingredientes esenciales de la propiedad» esto es, en los casos en que una regulación legal al definir el haz de facultades que corresponde a los titulares de los derechos patrimoniales lesione su contenido esencial (GALÁN VIOQUE, *op. cit.*, p. 140). Em outra passagem de sua obra, especialmente no ponto em que critica a posição de Angel Fenor de la Maza y Cornide-Quiroga quanto ao critério de concreção do círculo de *beneficiarios* pela ablação patrimonial (pp. 181/182), o doutrinador deixa patente a sua posição de enquadramento das restrições legislativas violadoras do conteúdo essencial do direito de propriedade no conceito legal de expropriação forçosa *ope legis* ao sustentar que: “Por otra parte, distinguir entre expropiación y responsabilidad legislativa basándose solamente en el número más o menos determinado de los beneficiados por una ley *impediría integrar dentro del concepto de expropiación forzosa a las restricciones legislativas que violen el contenido esencial del derecho de propiedad*”. Os destaques são nossos.

⁶⁹⁸ Outrossim, trata de acrescentar que “Una ampliación desmesurada del ámbito de las expropiaciones legislativas en nuestro ordenamiento provocaría una injustificada alteración jurisdiccional si, como parece ser, nuestro Tribunal Constitucional se decanta finalmente por permitir que los Tribunales ordinarios puedan subsanar, concediendo indemnizaciones, las lagunas que presenten las leyes materialmente expropiatorias al omitir la fijación de un justiprecio. Correspondería a los órganos judiciales calibrar si la ley priva o no a los particulares de sus derechos patrimoniales quedando en sus manos, por lo tanto, la determinación de alcance del artículo 33.3 de la Constitución en relación con las actuaciones legislativas. Este dislocamiento jurisdiccional se acentúa porque al encontrarse el derecho de propiedad fuera de la Sección primera del Capítulo II del Título I de nuestra Constitución no cabría posteriormente una revisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo” (GALÁN VIOQUE, pp. 154/155).

Entende o autor, seguindo a corrente doutrinária majoritária, que nos casos de expropriações *ope legis* de cunho singular o controle do núcleo da decisão expropriatória está reservado de forma exclusiva ao Tribunal Constitucional em que pese destacar de forma complementária que

*“Aunque hasta el momento nuestro Tribunal Constitucional no ha afrontado de un modo directo esta espinosa cuestión parece inclinarse por el camino más flexible seguido por la jurisprudencia italiana que en estos casos fuerza una interpretación constitucionalizante de la ley de manera que los particulares expropiados puedan exigir ante los Tribunales ordinarios una indemnización conforme al régimen general sobre expropiación forzosa”*⁶⁹⁹.

No que tange ao tema da responsabilidade patrimonial pelo fato das leis propriamente dito GALÁN VIOQUE mostra-se alinhado, no caso dos danos provocados por leis declaradas inconstitucionais (“ilícitos legislativos”) — apesar de seu ceticismo e desconfiança quanto às contradições interpretativas levadas a cabo pelo Tribunal Constitucional na solução de casos similares —, à corrente doutrinária que advoga pela aplicação de efeitos prospectivos ou *pro futuro* aos atos legislativos declarados inconstitucionais, ou seja, é adepto ao segmento jurídico que considera como mais oportuno a aplicação de efeitos *ex nunc* (não retroativos) às decisões do guardião da Constituição segundo a interpretação colhida do Art. 161.1, alínea “a” c/c Art. 164.1, ambos da CE/1978.

Divergindo de LEGUINA VILLA quanto a possibilidade do Tribunal Constitucional constituir no próprio bojo de uma sentença declaratória de inconstitucionalidade de ato normativo título indenizatório através de um reconhecimento expresso do direito à indenização a determinados sujeitos, bem assim do grau de sua quantia e da modo de sua concreção, assevera o jurista que

“Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley son siempre juicios sobre la constitucionalidad en abstracto de las leyes. Prescinde de los perjuicios concretos que hayan sufrido los particulares como consecuencia de una ley inconstitucional por lo que sería imposible que en un fallo constitucional se estableciera de una manera expresa la forma de indemnizarlos.

Sin embargo, esto no significa que este tipo de daños no puedan ser nunca indemnizables sino que habrá que ver cuál de los títulos indemnizatorios previstos en la Constitución le resultan aplicables. En este punto la insuficiencia de la garantía expropiatoria establecida en el artículo 33.3 es todavía más

⁶⁹⁹ GALÁN VIOQUE, *ibidem*, p. 146.

patente ya que no es posible subsumir bajo el restrictivo concepto constitucional de privación de bienes y derechos la mayoría de los perjuicios que genera una ley inconstitucional. Esto nos obliga a acudir a la otra garantía constitucional de índole patrimonial, la responsabilidad de los poderes públicos que con carácter general consagra el artículo 9.3 de la Constitución. El único punto de contacto que existe entre la jurisdicción constitucional y la responsabilidad por leyes inconstitucionales será su declaración de inconstitucionalidad. Esta declaración juega como presupuesto de una responsabilidad por ilícito legislativo⁷⁰⁰, pero ni toda ley inconstitucional comporta necesariamente una obligación de indemnizar ni a la inversa la procedencia de una reparación por vía de responsabilidad legislativa queda supeditada a un previo fallo del Tribunal Constitucional que anule una ley cabiendo también la posibilidad de extender esta garantía patrimonial a las leyes válidas”⁷⁰¹.

Outrossim, GALÁN VIOQUE, discordando do movimento doutrinário dito majoritário que ao seu sentir pugna pela aplicação extensiva da clássica responsabilidade patrimonial de carácter público sobre os atos da Administração também aos danos e prejuízos derivados de uma atividade ou mesmo de uma passividade legislativa, propugna pelo reconhecimento de uma responsabilidade autônoma e independente do Estado Legislador quanto aos danos e os seus correspondentes efeitos sobre a esfera patrimonial dos particulares em razão de uma necessária transcendência interpretativa e aplicativa do Art. 9.3 da CE/1978⁷⁰² como ponto de partida para a determinação de seu conteúdo jurídico, nestes termos:

“No obstante, la responsabilidad legislativa no es el reverso de las leyes expropiatorias sino que opera como una garantía patrimonial independiente. Sirve para indemnizar aquellos daños y perjuicios individualizados que sean imputables a la actividad o pasividad legislativa y que puedan ser calificados de antijurídicos porque los particulares no tengan la obligación jurídica de soportarlos. Para dotar de contenido a este tipo de responsabilidad y determinar, por lo tanto, la noción clave de daño legislativo antijurídico debemos acudir al segundo dato que nos proporciona la Constitución: la consagración del

⁷⁰⁰ Para o autor o “ilícito legislativo” constitui-se na lesão ao conteúdo materialmente garantido pela Constituição que impede os particulares de disfrutarem de seus direitos reconhecidos. “*Cuando una ley lesiona el contenido materialmente garantizado por la Constitución, esto es cuando una ley inconstitucional impide a los particulares disfrutar de los derechos en los términos que estos se encuentren constitucionalizados nace la obligación de indemnizar en concepto de responsabilidad del Estado Legislador por ilícito legislativo*” (GALÁN VIOQUE, 2001, p. 550).

⁷⁰¹ GALÁN VIOQUE, *ibidem*, pp. 173/174.

⁷⁰² Há que se destacar que a responsabilidade autônoma apregoada pelo autor ademais dos atos legislativos também abarca as hipóteses de danos e prejuízos provocados por atos de natureza eminentemente política do Parlamento — “*Aunque compartimos la tesis de que la actividad legislativa y la actividad política deben someterse a un régimen común de responsabilidad no podemos aceptar que se deje en manos del ejecutivo, como tampoco lo hacemos con el Parlamento, la decisión de indemnizar los daños que derivan de su actividad política*” (GALÁN VIOQUE, *op. cit.*, p. 197) — e também, ao que parece, às hipóteses de danos provocados pela edição de atos regulamentares pelo Poder Executivo, em que pese não restar muito clara nesse sentido.

principio de responsabilidad de los poderes públicos que hace su artículo 9.3.

(...) Para que se pueda hablar de una genuina responsabilidad por actos legislativos resulta necesario que esta figura se haya constitucionalizado de manera que actúe como una garantía patrimonial más, al igual que sucede con la expropiación forzosa, frente a las actuaciones y omisiones legislativas. Si no fuera así, el Parlamento al no encontrarse con ningún límite superior al margen de los supuestos expropiatorios tendría la libertad para decidir por sí mismo el régimen de indemnización de los daños que le sean imputables. Se convertiría, como sucede en el ordenamiento francés, en el propio Juez de los daños que causa pudiendo incluso excluir de forma expresa o implícita cualquier género de indemnización; dando lugar a lo que MORANGE ha calificado de ‘pseudo-responsabilidad del Estado Legislador’”⁷⁰³.

No que diz respeito aos danos legislativos/normativos oriundos de uma lei de natureza *não* expropriatória assim posiciona-se o douto investigador, *ipsis literis*:

“En definitiva cuando nos encontramos ante una ley que genera perjuicios ciertos en sus destinatarios pero que no tiene una naturaleza expropiatoria la ausencia de una previsión indemnizatoria en la misma sobre la base del artículo 33.3 de la Constitución no determina su nulidad pero esta consecuencia tampoco implica que esos daños no deban ser objetos de una indemnización. Como señala meridianamente el párrafo transcrito la reparación de estas lesiones patrimoniales de origen legislativo se someterán al régimen general de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la Carta magna.

La responsabilidad legislativa, conforme a esta doctrina constitucional, obliga a indemnizar aquellos perjuicios imputables a las leyes que se produzcan en los bienes y derechos de los particulares por causa de interés general aunque la ley haya guardado silencio acerca de la indemnización. A sensu contrario será inconstitucional cualquier intento del Legislador dirigido a excluir expresamente la indemnización de este tipo de daños con lo que quepa prácticamente prejuzgada la inconstitucionalidad de un precepto como el que contiene el actual artículo 139.3 de la Ley 30/1992 que pretende imponer a los Tribunales ordinarios una interpretación como un rechazo a toda reparación”⁷⁰⁴.

Vicente GARRIDO MAYOL, professor da Universidade de Valência, em sua obra *La responsabilidad patrimonial del Estado: especial referencia a la responsabilidad del Estado Legislador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, vincula a hipótese da responsabilidade patrimonial do Estado Legislador aos casos de danos oriundos da *aplicação* ou *execução* das leis tomando-as como sinônimos⁷⁰⁵.

⁷⁰³ GALÁN VIOQUE, 2001, pp. 185/186.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, GALÁN VIOQUE, pp. 445/446.

⁷⁰⁵ No item III de seu trabalho (p. 123) de pronto trata o autor de assim intitular a temática: “LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR (o responsabilidad por la aplicación de leyes)”.

Com base em Jesús GONZÁLEZ PÉREZ sustenta que o sistema de responsabilidade do Estado Legislador desenvolveu-se na Espanha sob 03 (três) argumentos chaves: o princípio da igualdade das cargas públicas, a obrigação de reparar o dano injusto e a responsabilidade dos poderes públicos insculpida no artigo 9.3 da CE/78.

GARRIDO MAYOL centra basicamente seu estudo no comento dos principais argumentos favoráveis levantados pela doutrina como suporte à aceitação e à implantação da responsabilidade do Estado Legislador, bem como dedica-se minuciosamente a retratar a evolução jurisprudencial da matéria no âmbito do TS e do TC tanto antes quanto depois do advento da CE/78.

Destarte, posiciona-se contrariamente àqueles que advogam pelo enquadramento da atividade legislativa como um “serviço público da legislação”.

No que tange à responsabilidade do Estado por atos *omissivos* do legislador vislumbra a mesma como uma hipótese plausível, mas parece ver com certa descrença a sua implementação com um pouco mais de habitualidade prática. Cita que o TC através de algumas de suas sentenças, dentre elas as STCs 24/1982, de 13 de maio (recurso de inconstitucionalidade) e 31/1994, de 31 de janeiro (recurso de amparo), algo tratou (superficialmente) a respeito de tal problemática⁷⁰⁶.

10.4. “Reações” jurídicas do ordenamento

10.4.1. A benevolência do legislador

A 1ª (primeira) hipótese da responsabilidade por atos legislativos lícitos estaria amparada na interpretação advinda da parte final do artigo 139.3 da LRJAP y PAC/1992 que diz textualmente que a indenização só será devida de acordo com a quantia, forma, termos e condições que os próprios atos legislativos dispuserem⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ O autor cita expressamente outras sentenças do TC neste sentido: STCs 40/1998; 208/1999 e 235/1999.

⁷⁰⁷ O renomado civilista brasileiro Rui STOCO em articulado sobre a responsabilidade civil pela prática de atos lícitos («Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos», em *Revista dos Tribunais*, a. 85, vol. 731, São Paulo, 1996 (set.), p. 88) afirma genericamente que “(...) apenas quando a lei expressamente preveja a possibilidade da responsabilização objetiva, com fundamento na teoria do risco, é que se poderá admitir a indenização do dano decorrente de ato lícito”. Segundo ele “a só necessidade de equilíbrio entre interesses contrapostos igualmente tutelados pelo Direito, evitando o aumento de um patrimônio em detrimento ou por força do sacrifício de outro, não é suficiente para justificar a adoção

Não havendo qualquer disposição nada será devido a título de indenização, ou seja, não sendo de livre e espontânea vontade a compensação por parte do próprio legislador agente lesivo nada terá o particular o que reclamar. Deverá fiar-se única e exclusivamente na caridade e benevolência de seu algoz, o que é triste se não fosse lamentável.

Sendo improcedente ou silencioso o ato de caridade do legislador da lei de essência (lesiva) não expropriatória poderá ainda o particular, como último suspiro, aventurar-se num outro “*sendero muy poco luminoso*”, qual seja: o de quedar-se na angustiante espera de que o Tribunal Constitucional, apreciando a constitucionalidade de dita lei, e em ato de puro beneplácito, entenda que o conteúdo do ato legislativo configurou uma verdadeira “privação singular” passível de compensação nos moldes do artigo 33.3 da CE/78.

Com o subterfúgio de reduzir o dever de indenizar àquilo que diz comodamente a própria lei lesiva — numa falsa fórmula paritária (já denunciada) *responsabilidade objetiva = responsabilidade legislativamente posta* que incautamente, em tom neopositivista, reduz o Direito como ciência ao ponto de tristemente confundi-lo com o mero positivismo da moderna lei efêmera e temporal —, esquiva-se a doutrina a nosso ver de enfrentar a verdadeira problemática que encerra a responsabilibilidade estatal por atos legislativos “lícitos” ou constitucionais: a de se saber se efetivamente o dever de reparação estatal pelos prejuízos e danos causados caracteriza, dentro do estudo do Direito de Danos, a responsabilidade civil do Estado ou simplesmente uma obrigação oriunda do dever jurídico que ele tem de prover, por exemplo, o desequilíbrio econômico momentâneo provocado em razão de uma mudança abrupta e injustificada de entendimento, de conduta ou comportamento, ou mesmo da própria ordem jurídica através de um ato legislativo singular com efeitos expropriantes/ablatórios.

da teoria do risco, sem a previsão expressa da lei. Embora nossa [brasileira] legislação caminhe a passos largos para a adoção da responsabilidade sem culpa, (...) ainda estamos longe da chamada socialização dos encargos, como critério de tutela integral e meio de estabelecer o equilíbrio e a isonomia entre os direitos contrapostos” (Destaquei). O mesmo entendimento parece ser o da corrente doutrinária espanhola que advoga pela tese de que responsabilidade legislativa por ato lícito é igual a “responsabilidade” positivada na própria lei lesiva.

10.4.2. O beneplácito do juízo ou tribunal judicante

Não havendo vontade do legislador em indenizar o seu ato lesivo resta ao particular lesionado como única alternativa possível admitida pelo sistema em vigor pleitar na via judicial o enquadramento do ato estatal no conceito de privação singular emergido do artigo 33.3 da CE/78 c/c o artigo 1º da LEF/1954.

Prevalece aqui a possibilidade do particular ser indenizado se, somente se, o TC (em sede de juízo abstrato) ou o juízo ou tribunal ordinário correspondente (em sede de juízo concreto) entender que na amplitude que comporta o conceito de privação singular resta enquadrado o ato legislativo provocador do dano, o que não tem sido a praxe.

10.4.3. Um caminho admissível

Desvinculadamente a estas “súplicas por misericórdia” encontra-se uma trilha ainda não explorada devidamente pela doutrina e pela jurisprudência: a da responsabilidade civil por atos legislativos lícitos do Estado emergida da principiologia insculpida no artigo 9.3 da CE/78.

Conforme já o dissemos, faz-se necessário que haja uma readequação da idéia de sacrificio por imposição de restrições retirando-lhe do conceito de privação singular e enquadrando-lhe, de forma autônoma, como o fato típico gerador da responsabilidade estatal pela edição de um ato legislativo lícito e não mais como sinônimo de uma expropriação *ope legis*.

Com base nesta premissa, a nosso sentir, ao lado das 02 (duas) hipóteses consagradas de responsabilização civil por atos legislativos do Estado, a expropriação *ope legis* (Art. 33.3 CE/78) e a responsabilidade por ato de aplicação de leis de natureza não expropriatórias (Art. 139.3 LRJAP y PAC/92), resta posicionada uma espécie de responsabilidade legislativa por imposição de sacrificios restritivos de direitos e interesses patrimoniais fulcrada na conjugação dos artigos 9.3, 33.2 e 53.1 da CE/78 com justificação jurídica no *excesso ou abuso no exercício do poder de legislar*.

Todos os parâmetros e critérios adotados pelos tribunais superiores espanhóis no que se refere à problemática de diferenciar-se a intervenção legislativa expropriatória

da intervenção limitativa-restritiva de direitos e interesses patrimoniais convergem ao entendimento de que a responsabilidade do Estado só poder ser ativada se houver um *excesso* do legislador — “extralimitação” e “excesso” são os termos mais correntes⁷⁰⁸ — no momento de edição da lei danosa.

Se o legislador expropria mas denega expressamente a compensação econômica ao particular no corpo da lei, se silencia a respeito dessa contraprestação ou ainda veda a discussão sobre o seu justo preço estará incorrendo numa inconstitucionalidade caracterizada pela inobservância de uma conduta que lhe é compulsória e irrenunciável: respeitar a garantia expropriatória constitucionalmente estabelecida (art. 33.3) se quiser justificar a legitimidade da imposição do sacrifício individualizado em prol do bem comum⁷⁰⁹.

⁷⁰⁸ V.g. cf. STCs 66/1985 (FJ 1º); 178/1985 (FJ 3º); 196/1987 (FJ 6º); 04/1988 (FJ 5º); 120/1990 (FJ 8º); 172/1990 (FJ 4º); 66/1991 (FJ 2º); 142/1993 (FJ 9º); 158/1993 (FJs 3º e 5º); 48/1995 (FJs 3º e 4º); 52/1995 (FJ 5º); 55/1996 (FJ 7º); 61/1997 (FJs 7º, letra “a” e 34, letra “b”); 49/1999 (FJ 7º); 112/2006 (FJ 20). Nestas sentenças envolvendo a discussão no todo ou em parte de leis interventivas geradoras de possíveis sacrifícios individuais é possível encontrarmos uma variedade significativa de termos jurídicos empregados (quase sempre como sinônimos) pelo TC na tarefa de elucidar o âmago de suas respectivas causas. São exemplos aleatórios as expressões e locuções «sacrificios excesivos e innecesarios de derechos», «restricciones», «privaciones», «limitaciones que no sobrepasen el contenido esencial», «obstáculos legales innecesarios y excesivos carentes de razonabilidad y proporcionalidad», «obstrucción más allá de lo razonable», «obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada», «obstáculo real y efectivo sin una justificación discernible y legítima a la luz de los derechos o valores a los que sirve», «carga excesiva», «exceso manifiesto», «sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho», «abusos o extralimitaciones», «impacto materialmente expropiatorio», «obligaciones y cargas con efectos materialmente expropiatorios», «ablación», «menoscabo», etc.

⁷⁰⁹ Um interessante enfoque diferencial entre o que seja bem comum e interesse público nos brinda Luis DE LA MORENA Y DE LA MORENA («Los fines de interés público como «causa» y como «límite» de la competencia y como «medio» y «medida» de control jurídicos», em *RAP*, nº 85, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978 (Enero-Abril), pp. 151-221. Para ele (p. 158) *bem comum* é “la ordenación legal del comportamiento humano en cuanto suponga creación o empleo de poder o riqueza desde la fundamental preocupación ética de incrementar continuamente, al máximo nivel posible, la solidaridad y el bienestar moral y material entre los miembros de una comunidad, sacrificando a su logro, en la medida necesaria, los bienes o intereses individuales incompatibles de igual o inferior rango ético”. Bem comum e interesse estariam demarcados pelo binômio abstração-concreção.

O “bem comum” buscado pelas leis singulares também está marcado pelo binômio abstração-concreção segundo nos informa PIGNATELLI (1995, pp. 82 e 92): “(...) la generalidad de la ley...no falta en las llamadas leyes singulares. En estas normas no es binomio generalidad-singularidad el que se rompe, sino en binomio abstracción-concreción. (...) Las leyes singulares se caracterizan por la limitación que la propia ley hace sobre las realidades fácticas que regula. Pero estas realidades pueden no haberse producido todas en el momento en el que se aprueba la Ley de forma que la propia norma abra la posibilidad de su aplicación a otros supuestos idénticos al producido. La especialidad respecto de las leyes normativas estará en la limitación que la propia Ley haga de la aparición de esos otros supuestos de hecho. De esta forma, la Ley singular, a diferencia de las leyes materiales, no tendrá vocación de eternidad; sus mandatos no serán aplicados a un número indeterminado de supuestos repetibles indefinidamente en el tiempo. No obstante, dada la falta de certeza en la aparición de las realidades cuya producción se limita pero se prevé, la falta de potencialidad propia de estas normas se encuentra relativizada”.

Se o legislador limita direitos e interesses impondo voluntária ou acidentalmente danos e prejuízos ao destinatário passíveis de indenização — *enquadrando-se portanto a sua conduta no conceito de sacrificio por imposição de restrições legislativas que ora propomos* —, a imputação da carga indenizatória em desfavor do Estado só teria guarida com base num verificado *exceso intervencionista* caucado *e.g.* na desproporcionalidade ou mesmo irrazoabilidade do ato legislativo que acabe por desfigurá-los (\neq desnaturá-los).

Com esta configuração entendemos que nas hipóteses em que o Estado atua legitimamente, mas causa dano ao legislar, usar como fundamento jurídico da imputação a tradicional tese do *abuso do poder* ao ato de configuração legislativa em nada desvirtuaria a objetividade ínsita no tema da responsabilidade civil estatal resgatando o protagonismo da culpa sobre o risco.

Ao revés, o abuso do legislador na expropriação — pela denegação, pelo silêncio ou pela omissão — daria azo a declaração de inconstitucionalidade da lei em face de uma violação *objetiva, direta e frontal* à garantia do artigo 33.3 da CE/78. O excesso na conduta interventiva limitadora, geradora de um sacrificio em razão da *restrição legislativa* imposta, por sua vez, não deixaria de ser constatado com base nos critérios objetivos dos quais já se valem os tribunais para aferir os sobrepessos do legislador — o teste de proporcionalidade aplicado pelo TC, o princípio da confiança legítima, boa fé objetiva, igualdade, etc. usados pelo TS são exemplos notórios neste sentido.

A *conduta abusiva do legislador* seria aferida não no seu aspecto subjetivo culpabilístico ligado à idéia da antijuridicidade, mas sim com base em todas as circunstâncias observadas já no estado *nascendi* e também no *iter* procedimental que antecedeu a edição da lei (fatos legislativos, intencionalidade, finalidade, alcance, etc.) e que após a sua entrada em vigor (externalização) contribuiu para a configuração do abuso no exercício do poder ou da função legislativa⁷¹⁰.

⁷¹⁰ Pode o julgador inclusive fiar-se, neste aspecto valorativo do ato legislativo, das premissas contidas nos artigos 3.1 e 7.2 do CC/1889, respectivamente: “*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”; “*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará*

Tampouco a eventual responsabilidade seria apurada com base num controle causal da *voluntas legislatoris*⁷¹¹ ou de um controle essencialmente finalístico da conduta legisferante.

A base da imputação seria a análise do *controlado do resultado da norma*⁷¹² incidente concretamente sobre o direito fundamental de propriedade e a reprovação — não necessariamente uma inconstitucionalidade com causa numa desproporção — do ato legislativo em razão do desrespeito “*aquellas facultades o posibilidades de acción necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito*” sem submetê-lo a “*limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*” (STC 11/81/8, en sentido análogo, SSTC 37/87/2 y 196/87/5)”.

O constatado desvalor do resultado normativo (sacrifício patrimonial provocado pela lei) configuraria uma contravenção — de menor intensidade jurídica que a expropriação — ao objeto jurídico primário de proteção da norma constitucional estabelecida no artigo 33 da CE/78, a incolumidade da propriedade privada, gerando,

lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

⁷¹¹ Luis María Díez-Picazo Giménez (1993, p. 199 e ss.) entende que a construção de uma tese de desvio do poder legislativo com base num controle causal da motivação ou da *voluntas legislatoris* do legislador é inviável por partir da falsa premissa de que todos os fins que o legislador deve alcançar estão, ainda que de forma implícita, previstos na Constituição já que “*(...) toda construcción de esta índole conduce, inevitablemente, a sostener que los fines que debe perseguir el legislador se hallan ya, al menos de forma embrionaria, en la Constitución; lo cual no sólo supone negar la libertad de dirección política del Parlamento, sino también la idea misma de Constitución abierta al libre juego de las mayorías*”. Segundo o doutrinador (nota de rodapé nº 70 à p. 203) a única hipótese visualizável para um controle causal das leis seria, talvez, a chamada inconstitucionalidad por omissão desde que existisse um inequívoco dever constitucional de dotar de certo conteúdo uma determinada lei, como por exemplo a regulação das incompatibilidades dos parlamentos na lei eleitoral (art. 70.1 CE).

⁷¹² A nosso sentir a análise judicial do *controlado do resultado eventualmente lesivo do ato legislativo* (e não da *mens legis* ou *voluntas legislatoris*) é o único ato jurídico capaz de compaginar, com certa coerência, a causalidade fática provocada pelos efeitos legislativos negativamente incidentes sobre o patrimônio protegido do particular e o apreço (em grande medida discricionário) judicial da causa (adequada ou eficiente) e das conseqüências diretas e imediatas que mais provavelmente deram origem ao resultado danoso a ser reparado em virtude do excesso cometido pelo legislador, numa clara diferenciação de que o *juízo de adequação dos efeitos lesivos mais prováveis* (*juízo de probabilidade*) não se confunde com o *juízo incidente sobre a relação de necessidade entre o ato lesivo imputado e as suas conseqüências patrimonialmente danosas* (*juízo de necessidade*), corrente esta que também procura doutrinariamente vincular e explicar o dever jurídico de indenizar. Quanto a diferenciação entre causa fática e imputação objetiva ou causal cf. a ARCOS VIEIRA, M.L. *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 17 e ss.

por causa do excesso ou arbitrariedade do legislador, um dano injusto e antijurídico⁷¹³ passível de reparação.

A proposta tem como base inicial (*mutatis mutandi*) de sustentação alguns parâmetros conceituais emergidos da teoria do *excès de pouvoir* (excesso de poder) cunhada no contexto jurisprudencial francês e de sua variante a teoria do *excesso di potere* (excesso de poder) italiana sem, contudo, estar atrelada e direcionada a aferição de um vício de legitimidade do ato caracterizado no *détournement* ou *sviamento* (desvio na lingüística francesa e italiana, respectivamente) como elemento central da imputação da responsabilidade do legislador.

A imputação do dever de indenizar ao legislador permenece tendo como mola propulsora a prática de um excesso ou abuso configurador abstraído de um juízo exauriente fundado em critérios objetivos indissociáveis aos axiomas de justiça⁷¹⁴ (Art. 1.1 CE/78) e equidade comutativa e distributiva que na praxe, ao fim e a cabo, convergiam e encontrariam guarida no eterno jargão jurídico popular de que “*indenizar é dar ao rico a sua riqueza e ao pobre a sua pobreza*”.

⁷¹³ Fernando PEÑA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 273, estabelece que a concepção objetiva da antijuridicidade propõe um «juízo de antijuridicidade» em 2 (duas) fases distintas a serem observadas pelo julgador: 1^a fase da constatação do aspecto positivo: nela se elucida se mediante a ação danosa se infringiu um direito subjetivo ou um interesse legítimo juridicamente protegido; 2^a fase da constatação do aspecto negativo: nela se decide se a conduta *prima facie* antijurídica se encontra justificada pelo fato do ordenamento jurídico considerar como prevalente o interesse buscado pela ação do causador do dano sobre o interesse particularmente vulnerado. Transportando este método de aplicação ao juízo de antijuridicidade incidente sobre o ato legislativo lícito porém lesivo emanado pelo legislador, entendemos que a antijuridicidade da lei restaria configurada porque o desvalor patrimonial causado pelo resultado normativo estaria tipificado na fase de controle do seu aspecto positivo, ou seja, da constatação de que a ação efetivamente foi capaz de provocar um menoscabo patrimonial ao particular destinatário da lei.

⁷¹⁴ O critério de quebra da justeza da lei ligado à excessividade, extralimitação ou abuso por parte do legislador é por demais antigo e v.g. está presente já nos clássicos textos de São Tomás de Aquino. Em sua obra sobre o estudo das leis (*La ley*, versão castelhana e notas explicativas del Prof. Constantino Fernández-Alvar, Editorial Labor, Barcelona, 1936, pp. 107/108) destaca o Doutor Angélico que “*Las leyes humanas son o justas o injustas. (...) Son leyes justas aquellas que, por razón de su fin, se ordenan al bien común; por razón de su autor, no exceden la potestad del que las establece; y, finalmente, por razón de su forma, reparten las cargas con igualdad de proporcionalidad entre los sujetos para quienes de dictan, y en vistas al bien común.*

Son, por el contrario, injustas aquellas leyes que: 1. Son contrarias al bien humano, o por razón del fin, como cuando un soberano impone leyes onerosas a sus subordinados, enemigas del bien común y sólo favorecedoras de los intereses particulares y de la gloria del soberano; o por razón del autor, cuando éste, en el ejercicio de su poder legislativo, traspasa los límites de la potestad que se le ha investido; o, por último, por razón de la forma, como cuando reparte las cargas entre la multitud con notoria desigualdad, y ello aun cuando esas cargas sean beneficiosas al bien común. Las leyes que así son injustas, mejor deberían llamarse violencias que no leyes (...). 2. Son asimismo injustas las leyes contrarias al bien divino, tales son las leyes que dictan los tiranos prescribiendo la idolatría, u otras cosas opuestas a los mandatos de Dios”. Destaquei.

O raciocínio é um tanto simples. Se o legislador ultrapassa as divisas e as zonas livres permitidas ao exercício pleno de sua atividade legisferante agindo *contra constitutione*, este transborde dará causa à controlabilidade judicial do ato legislativo praticado de forma abusiva podendo tanto incorrer diretamente em inconstitucionalidade como também numa conduta lesiva marcada pelo excesso, pese a sua constitucionalidade⁷¹⁵.

Uma configuração mais flexível neste sentido permitiria quebrarmos a confusa concepção até aqui enraizada de que um ato legislativo lícito de natureza *não expropriatória* só merece ser indenizado se constituir uma privação singular (Art. 33.3 CE/78), se acaso assim entender o TC ou outro juízo ou tribunal, ou porque o próprio legislador reconheceu a lesividade de seu próprio ato entendendo cabível a compensação (Art. 139.3 LRJAP y PAC/92).

O encaixe da responsabilidade civil do Estado gerada pela imposição de um sacrifício causado por *restrições legislativas* com uma imputação objetiva baseada no abuso do poder de legislar, paralela e concomitantemente a estes supostos indenizáveis, teria o condão de corrigir a lacuna dogmática observada desvinculando a solução do problema à inconstitucionalidade gerada pela eventual expropriação *ope legis* quebrando-se o falso paradigma de que é a declarada inconstitucionalidade do ato legislativo um codinome de abuso de poder (antijuridicidade por violação da Constituição = abuso ou excesso de poder) e não, alternativamente, uma das possíveis causas jurídicas de justificação do dever de indenizar do legislador⁷¹⁶.

⁷¹⁵ O TS tem advertido que a eventual arbitrariedade legislativa deve ser aferida através de um teste de razoabilidade incidente sobre a norma conforme v.g. nos informa a STS de 08 de outubro de 1999 em seu FJ 7º: “*La fijación de fines de interés social se halla en el núcleo de la actividad discrecional del legislador, quien, atendiendo a las necesidades y sensibilidades sociales de cada momento, goza de un margen razonable para determinar qué fines, en una situación determinada, pueden revestir suficiente trascendencia para ser considerados como de interés social. Para ello es suficiente con que tenga competencias en la materia y con que el test de razonabilidad a que la actividad de los poderes públicos está sujeta no demuestre la existencia de elementos de arbitrariedad o desviación de poder en su decisión*”.

⁷¹⁶ Cabe aqui lembrarmos que nos vigentes sistemas objetivos de responsabilidade — dentre eles o que hodiernamente rege a responsabilidade civil dos poderes do Estado — a atual concepção de antijuridicidade não se restringe e não se confunde com o caráter ilícito e subjetivo da conduta do agente provocador do dano característicos da responsabilidade civil tradicional. É o que nos revela REGLERO CAMPOS, *op. cit.*, pp. 71/72: “*Por antijuridicidad se entiende una conducta contraria a una norma jurídica, sea en sentido propio (violación de una norma jurídica primaria destinada a proteger el derecho o bien jurídico lesionado), sea en sentido impropio (violación del genérico deber «alterum non laedere»).* Con carácter general puede afirmarse que la antijuridicidad no es en nuestro Ordenamiento [espanhol] un presupuesto autónomo de la responsabilidad por daños. Desde el momento en que la

Somos da opinião que afora a aplicação do princípio da responsabilidade, a imputação da responsabilidade civil por sacrifícios gerados pela imposição de *restrições legislativas* também deve sustentar-se com base na “infração” ao princípio da interdição de arbitrariedade dos poderes públicos igualmente assegurada pelo princípio insculpido no artigo 9.3 do vigente texto constitucional.

O abuso legislativo poderia ter um encaixe no conceito abstrato de interdição de arbitrariedade se este for relativizado e desvinculado da concepção de antijuridicidade e “violação” de direitos, interesses e liberdades aos quais (nacional e internacionalmente⁷¹⁷) costuma estar atrelado⁷¹⁸.

Se a arbitrariedade resultasse não necessariamente numa “violação” e sim numa possível “infração” ao ordenamento jurídico e, sobretudo, à Constituição, poderíamos incutir em dito conceito um caráter dúplice, a saber: 1º) se do ato legislativo taxado de arbitrário resultar uma “*violação*” *direta e frontal à Constituição* haverá causa justificada para a declaração de sua inconstitucionalidade e, eventualmente, na via ordinária adequada, para que se pleiteie a correspondente indenização e; 2º) se do ato legislativo resultar uma “*infração*”, *indireta e não frontal, à Constituição* haverá causa suficiente para que nas vias ordinárias busque o destinatário dito sacrificado ativar o mecanismo da responsabilidade civil do Estado em face da edição de ato legislativo lícito/constitucional, porém, a seu juízo, lesivo.

O 1º prisma constituiria um vício — de pureza, de austeridade, de incolumidade, chamemos assim⁷¹⁹ — *insanável* por vulnerar flagrantemente o texto

responsabilidad puede nacer como consecuencia del desarrollo de actividades lícitas, no cabe hablar de conducta antijurídica de quien las realiza”.

⁷¹⁷ No âmbito do TJCE a “violação” suficientemente caracterizada de uma regra de Direito que protege os particulares por um ato normativo comunitário caracteriza a antijuridicidade a ser imputada a título de responsabilização da Comunidade Européia desde a sentença de 21 de fevereiro de 1971 relativa ao caso *Zuckerfabrik Shöppenstedt*, conforme nos relembra Juan Francisco MESTRE DELGADO em seu artigo «La responsabilidad del Estado Legislador», em *Cuadernos de Derecho Judicial II (Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez)*, direção de José Díaz Delgado, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 170.

⁷¹⁸ Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1998, p. 89) revela-nos outro agravante neste sentido: o notável estreitamento da noção de arbitrariedade por parte do TC através da adição do termo «manifestamente» ligado à interpretação do princípio de arbitrariedade insculpido no artigo 9.3 da CE/78, advérbio este que não reluz no texto de dito dispositivo constitucional.

⁷¹⁹ Esse vício (de pureza, de austeridade, de incolumidade) a que fazemos referência está aqui sendo empregado com o objetivo primordial de diferenciá-lo, em sua natureza, do *vicio de legitimidade* (incompetência, inadequação de forma, ilegalidade e desvio, por citar os principais) que acabaram por posteriormente confundir a abstrata e genérica teoria do *exceso de poder* à qual ora nos valem com

constitucional. O 2º, ao contrário, apresentar-se-ia como plenamente *sanável* por não ferir diretamente a Constituição — ou porque a lei não foi judicialmente contestada ou porque o TC pronunciou-se por sua constitucionalidade —, mas sim indiretamente porque em razão de uma ingerência legislativa de *menor densidade e intensidade lesiva* restringiu o exercício de faculdades dominiais habitualmente úteis e economicamente necessárias inerentes ao bem e/ou direito do proprietário causando-lhe um sacrifício passível de indenização.

A “violação” acarretaria a nulidade da lei (ou dispositivo da lei) produzindo efeitos *ex tunc* e a “infração” apenas a anulabilidade dos efeitos lesivos do ato legislativo com a produção de efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroativos, mas sim prospectivos a partir do momento em que, passando efetivamente a incidir e a sacrificar a esfera patrimonial do destinatário, tratou o particular de reagir juridicamente, no plano prático, contra tal opressão legislativa.

Essa modulação do alcance dos (supostos) efeitos lesivos provocados pelo ato legislativo “lícito” com base na reação jurídica prática do particular impediria, dentre outras coisas, que uma simples alegação sua de que os efeitos negativos nele inseridos passaram a ser suportados a partir da sua entrada em vigor, causasse uma confusão entre os efeitos *ex tunc* típicos de uma lei declarada inconstitucional e os *ex nunc* que regem as leis constitucionais lesivas que também teriam, neste específico caso, o mesmo

uma de suas principais espécies, a teoria do *desvio de poder*, a nosso ver inaplicável à atividade legislativa.

Somos da opinião de que o desvio de poder só se torna sindicável se houver um suporte jurídico escrito (lei intermediária) que fixe com anterioridade as atribuições e os fins que vincularão a validade jurídica do ato de execução desta lei, ainda que pela via discricionária ou pela da omissão. No caso do legislador que cria a ordem jurídica e (em tese) não a executa, o único parâmetro é a Constituição que é uma norma aberta à configuração e à discricionariedade legislativa por não impor nenhum vínculo obrigacional direto ao exercício da função legisferante que, salvo os próprios limites extraíveis da interpretação conjunta do texto constitucional, é em princípio livre. Neste sentido, comungamos, dentre outros, com o pensamento de Carmen CHINCHILLA MARÍN (*La desviación de poder*, 2ª ed., 2ª reimpressão atualizada e ampliada, prólogo a 1ª ed. de Jesús Leguina Villa, Civitas, Madrid, 2004, pp. 79/88) e Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER («La desviación de poder en el Derecho español», em *RAP*, nº 22, Madrid, 1957, pp. 129-175, disponível em <http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=xg0hzy2urk0f0d55p24lfemt_910011&ART=1,21970,1957_022_129.pdf> (data da consulta: 20/08/2008). Ademais, conforme bem nos lembra CANOTILHO (2001, p. 174), “a liberdade de conformação do legislador não é o correlato, a nível legislativo, do poder discricionário, a nível administrativo”.

A tese do desvio de poder está umbilicalmente ligada a idéia de ilegalidade, de infração ao poder outorgado, de antijuridicidade, circunstância esta que não abarca a hipótese das atividades legislativas lícitas porém danosas cujos eventuais *vícios de legitimidade* poderão ser superados pela própria declaração de constitucionalidade da lei pelo TC, o que não significa, a nosso juízo, que a lei seja “santificada” muito menos que ainda que “lícita” esteja isenta de causar sacrifícios passíveis de indenização.

“termo lesivo inicial” das leis inconstitucionais: a data de início de sua vigência no ordenamento jurídico, o que é inadmissível, por irrazoável.

O interesse particular em denunciar a lesividade ínsita no ato legislativo aliada ao seu intento prático de obstar juridicamente o padecimento do sacrifício que em tese lhe foi imposto constituiria condição *sine qua non* de influência sobre o alcance da eventual condenação civil atribuída ao Estado, eis que os efeitos pecuniários indenizatórios ditados na sentença ou acórdão só passariam a existir a partir do momento do marco lesivo inicial fixado pelo próprio particular na 1ª (primeira) oportunidade em que atacou em juízo a medida legal impositora de sacrifícios.

A nosso ver, com estes matizes, a arbitrariedade do legislador não restaria fadada à constatação da antijuridicidade do ato (inconstitucionalidade por violação de um direito ou interesse) apresentando-se como um critério autônomo proporcional e razoavelmente aplicável em extensão à solução da problemática da responsabilidade com causa na constitucionalidade da lei gerada por um menoscabo provocador de sacrifício (restritivo) não suficiente para retirá-la do ordenamento jurídico⁷²⁰.

⁷²⁰ Essa tênue distinção é relativamente clara na obra de BERNAL PULIDO (2003, pp. 685/686) que a resume nestes termos: “(...) *no debe confundirse el concepto de intervención en un derecho fundamental con las nociones de restricción y de vulneración. Entre estos tres conceptos se presentan las siguientes diferencias:*

1. *Cuando se cataloga a una norma legal como una intervención en un derecho fundamental, es porque afecta negativamente a una de sus normas o posiciones prima facie. Antes del control de constitucionalidad, esta norma tiene una presunción de validez definitiva (la presunción de constitucionalidad). Luego, si es sometida al examen de proporcionalidad, durante el mismo ella tendrá una validez prima facie. Si al cabo de este examen se determina que la norma es proporcionada, adquirirá entonces una validez definitiva y se convertirá en una restricción del derecho. Si, por el contrario, en el control de constitucionalidad se verifica la desproporción de la norma legal, ella deberá ser considerada como una vulneración del derecho y, como consecuencia, deberá ser declarada inconstitucional.*

2. *La catalogación de una norma legal como una intervención tiene lugar antes de la aplicación del principio de proporcionalidad; es uno de sus presupuestos. Por el contrario, la certeza de que una norma legal es una restricción o una vulneración de un derecho, se produce sólo después de la aplicación del mencionado principio o por fuera de su estructura argumentativa. Fuera de la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad, puede considerarse que una norma legal es una restricción de un derecho fundamental, cuando el Legislador afecta negativamente a un derecho de una forma que no despierta ninguna sospecha de inconstitucionalidad (es un caso fácil sobre la constitucionalidad de la ley). En cambio, la restricción obtiene su identidad después de la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad, cuando se llega a la conclusión de que la norma legal cumple sus exigencias y de que, por tanto, debe valer de manera definitiva. Por su parte, el convencimiento acerca de la vulneración de un derecho fundamental surge, por fuera de la estructura de la proporcionalidad, cuando se presenta un caso claro de inconstitucionalidad de la norma legal; y, después de la aplicación de sus subprincipios, cuando mediante este iter argumentativo se establece que la norma iusfundamental afectada debe valer de manera definitiva y que la norma legal debe ser declarada inconstitucional.*

3. *La intervención implica entonces tanto la validez prima facie de la norma legal, como la validez prima facie de la norma iusfundamental afectada; la restricción implica, por su parte, la validez definitiva de la norma legal y la correlativa pérdida de validez prima facie de la norma iusfundamental afectada; en fin,*

Essa reação jurídica tendente a garantir a incolumidade patrimonial dos jurisdicionados fundada na *infração arbitral* resolver-se-ia através do pagamento de uma indenização devida a título de compensação dos danos e prejuízos ínsitos no sacrifício injustamente suportado pelo destinatário provocados pela lei constitucional e impura, porque lesiva.

O parâmetro conceitual para esta figura da “infração” arbitrária nos fornece a própria LRJAP y PAC/1992 em seu artigo 63.1 que diz:

Artículo 63.1. “Son anulables los actos de la Administración que incurran en **cualquier infracción del ordenamiento jurídico**, incluso la desviación de poder”. Grifei e destaquei.

Enquanto a “infração administrativa” estabelecida neste supracitado artigo nos revela o caráter de violação do princípio da legalidade estrita ao qual deve submeter-se à Administração Pública na prática de quaisquer de seus atos, a “infração legislativa” — na falta deste *suporte obrigacional* que é a lei intermediária definidora das atribuições, dos direitos, das obrigações e dos fins que guiarão a conduta do agente público (Arts. 103.1 e 106.1, ambos da CE/78) — apresentaria essa ambivalência de caráter à qual acabamos de fazer referência, a violação e a infração, como duas facetas da mesma moeda traduzida na conjugação do trinômio *arbitrariedade* — *exceso legislativo* — *dever de indenizar do legislador*.

Configurar-se-ia, assim, no nosso modesto modo de ver, o suporte jurídico capaz de contemplar ao mesmo tempo as duas vertentes indenizatórias decorrentes do imbróglio gerado pela responsabilidade civil por atos legislativos do Estado: a vertente da inconstitucionalidade com causa na **violação** e a vertente da constitucionalidade lesiva com causa na **infração** do princípio da interdição de arbitrariedade descrito no Art. 9.3 CE/78.

A relativização e modulação da arbitrariedade neste sentido permitiria-nos encaixar o ato legislativo lícito, porém danoso, na originalidade conceitual de dito princípio constitucional desmistificando a dúvida original de que sua aplicação seria

la vulneración implica la validez definitiva de la norma iusfundamental afectada y la correlativa declaración de inconstitucionalidad y pérdida de la validez de la norma legal”.

impossível nos casos de leis formais (e singulares) conforme um dia nos deixou consignado Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA⁷²¹.

Neste ponto também merecem ser revividas as profecias de Francisco SUÁREZ, o Doctor Eximius, que em 1612 já afirmava:

*“(...) si la ley se impone a unos y no a los otros a quienes toca por igual la materia de la ley, es injusta, a no ser que por una causa razonable se haga excepción, según se demostró antes. Asimismo, imponer a todos cargas iguales sin tener en cuenta las fuerzas y posibilidades de cada uno, es también contrario a la razón y a la justicia, como es evidente.
(...) Pero si sucede que la ley de suyo es útil pero alguna de sus excepciones injustas, no por eso la ley sería nula en absoluto ni dejaría de obligar a los otros, ya que a ellos propiamente no se les hace una injusticia —llamémolas así— positiva imponiéndoles tal carga: esto en sí mismo no era malo, y lo único que se hace es cometer cierta desproporción con relación a los otros y a toda la comunidad, desproporción que no parece suficiente para que la ley sea nula. Y si por la excepción de algunos se grava a los otros más de lo justo, la ley no obligará*

⁷²¹ Referimo-nos ao pioneirismo de Eduardo García de Enterría no tratamento da matéria em Espanha e do rascunho conceitual que empregou ao hoje constitucionalizado princípio da interdição de arbitrariedade (Art. 9.3 CE/78) com base nas idéias originárias de Leibholz. Em 1959 o conceituado publicista passou a configurar a arbitrariedade a partir desta concepção ainda hoje viva de sentido: *“Arbitrariedad es sinónimo, tanto en el lenguaje vulgar como en el jurídico, de injusticia ostensible, y no se comprende por qué ha de limitarse la injusticia a la desigualdad. «Acto o proceder contrario a la justicia, a la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho», dice con precisión y concisión el Diccionario de la Real Academia Española. Lo que la prohibición de la arbitrariedad condena es, justamente, la falta de un fundamento objetivo; la Constitución no admite que el poder público, en cualquiera de sus expresiones, se ejerza por la sola voluntad del agente o por su capricho, simplemente. Exige que en cualquier decisión del poder público se hagan presentes los valores superiores del ordenamiento jurídico que formula su artículo 1.º, como los menores, presentes cada uno en las distintas ramas del Derecho y en todas y cada una de sus instituciones. Si nuestro Estado es un Estado de Derecho, el Derecho y no el capricho del gobernante (el cual opera en cuanto tal como agente del Derecho) debe dominar la totalidad de sus decisiones”* [«¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota», em *RAP*, nº 124, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991 (Enero-Abril), p. 225].

No que se refere à impossibilidade de aplicação do princípio da arbitrariedade às leis formais assim se pronunciou Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *“Según nuestros principios constitucionales, pues, existe una expresa prohibición de la arbitrariedad en la creación normativa, principio que si carece de efectividad práctica en el caso de las leyes formales, dada su invulnerabilidad judicial, no así en el supuesto de los Reglamentos, respecto de los cuales los jueces tienen poderes incondicionados de fiscalización jurisdiccional. (...) La idea de la interdicción de la arbitrariedad es una evidente idea matriz del ordenamiento, remite inmediatamente, por ello mismo, al plano de valor de la justicia material, expresa con acierto que se trata de un auténtico control de fondo, que se contraponen sistemáticamente al control formal del respeto a la competencia, al procedimiento y al mero orden jerárquico de las normas, y tiene a la vez la misteriosa mezcla de precisión (que evita su disolución nebulosa) e indeterminación (que permite su dinamicidad y su superioridad de grado para dominar supuestos muy varios) que es peculiar de los auténticos principios de derecho”* [«La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», em *RAP*, nº 30, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1959 (Septiembre-Diciembre), pp. 160/161].

Admitida nos dias de hoje também o controle das leis ditas “formais” por parte do TC, temos que as premissas lançadas por García de Enterría, com o retoque de relativização ora proposto, ainda permanecem vivas podendo ser aproveitadas. Ambos os artigos citados podem ser encontrados no seguinte endereço eletrônico:

http://www.cepc.es/rap/Resultados.aspx?IDS=bb1dg0bojlyfbm55mgc0ou55_830260.

*en lo que tiene de excesivo, pero podrá obligar en lo demás en que es justa (...)*⁷²².

O juízo de proporcionalidade exercido pelos juízos e tribunais ordinários que se deparassem com uma pretensão indenizatória concreta fundada nos sacrifícios impostos por uma lei constitucionalmente legítima e aplicável, verificando a excessividade da intervenção e a sua possível *infração* ao princípio da interdição de arbitrariedade do art. 9.3 CE/78, estaria plenamente autorizado pelo ordenamento jurídico espanhol, ao menos na visão do TC que em mais de uma oportunidade já deixou registrado que “*el juicio de proporcionalidad no puede hacerse con base en la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 C.E., sino solamente cuando la eventual falta de proporción implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza*” (e.g. STCs 66/1985, FJ 1º e 142/1993, FJ 9º ⁷²³).

10.5. Reflexões apriorísticas sobre um Estado Legislador (ir)responsável

Conforme resta configurado não há como afirmarmos que haja no ordenamento espanhol a aceitação de uma responsabilidade por atos legislativos do Estado com base em leis constitucionalmente legítimas.

As alternativas indenizáveis apontadas pela doutrina não passam de mera “*petición de principio*”, de uma falácia, de uma vã proposição na medida em que não

⁷²² SUÁREZ, F. *Tratado de las leyes y de Dios Legislador: en Diez libros*, vol. I, libros I e II (La ley en general; Leyes eterna y natural y derecho de gentes), versão espanhola por José Ramón Eguillor Munoizguren com uma introdução geral por Luis Vela Sánchez, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, p. 52. Sobre uma análise da evolução histórica da lei cf. também a GARCÍA GALLO, A. *Manual de Historia del Derecho Español II (metodología historico-jurídica, antología de fuentes del Derecho Español)*, 3ª ed. revisada, A.G.E.S.A., Madrid, 1967.

⁷²³ É bem verdade que o TC faz referência em um deste julgados (STC 66/1985) ao juízo de proporcionalidade a cargo da própria Corte Constitucional, detalhe que a nosso ver não restringe a aplicação de um teste de proporcionalidade da lei constitucionalmente legítima, mas que chega a produzir um sacrifício desproporcional a um direito constitucionalmente garantido ao particular destinatário, pelos juízos e tribunais inferiores na hierarquia jurídica do Estado. O princípio de interdição de arbitrariedade pode conjugar-se ao teste de proporcionalidade de forma independente nas duas esferas porque na 1ª, a do TC, a alegada arbitrariedade serviria de eventual fundamento para a declaração de concordância ou não da lei com os preceitos da Constituição (juízo de constitucionalidade) enquanto que na 2ª, via da justiça ordinária, discutir-se-ia com base na violação deste princípio o dever estatal de indenizar através do instituto da responsabilidade civil (juízo civil condenatório).

Outrossim, é consabido que a análise da arbitrariedade perante o TC só pode realizar-se em caráter abstrato conforme já deixou consignado a Alta Corte: “*FJ 18. (...) Ese control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse, sin embargo, de forma que no imponga constricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas. El cuidado que este Tribunal ha de tener para mantenerse dentro de los límites de ese control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad, según han advertido ya algunas de sus Sentencias (STC 27/1981, de 20 de julio, y 66/1985, de 23 de mayo)*”.

aduzem qualquer garantia de incolumidade patrimonial ao destinatário da lei cuja sorte está lançada ao mero capricho do agente lesante, o legislador.

A Espanha, com relação ao tema da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos lícitos ou constitucionais parece não focalizar no ideal de Justiça (fim mor do Direito como ciência) o fundamento da responsabilização estatal, mas sim na lei (instrumento de realização do Direito e meio para a obtenção da Justiça) e sua relação de submissão e respeito objetivo à Constituição. Está, pois, hodiernamente o dever de indenizar umbilicalmente atrelado e à mercê da vontade do próprio legislador causante do dano.

Em termos principiológicos é inegável que o sentimento de justiça que aflora do princípio de responsabilização de todos os poderes públicos também se estende os atos lesivos praticados pelo legislador. Entretanto, em razão da inexistência de uma lei específica para tratar de delimitar o sistema de imputação da responsabilidade ao Estado-legislador e os limites do dano ressarcível constata-se que o ordenamento jurídico vigente caminha à deriva em razão desta importante e grave lacuna.

Como falarmos de imputação de responsabilidade sem que o ordenamento estabeleça com relação ao agente lesante o necessário *feedback* repressivo de sua conduta? Como defendermos uma responsabilização civil sem que se possa imputar ao legislador causante do dano o dever de indenizar? Não há como porque a hipótese do artigo 139.3 da LRJAP y PAC/1992 não chega a constituir uma “causa de imputação” de responsabilidade, mas sim um ato de mera liberalidade do legislador.

De outra banda, mesmo que esperanças pela linha mais otimista apontada pela doutrina — a do enquadramento do menoscabo como uma “privação singular” — vemos que pouco tem de sustentável tal alternativa.

Partindo *e.g.* da premissa de que o TC entende que uma lei causante de danos não deve ser declarada inconstitucional sob a simples alegação de que o particular não é capaz de defender-se contra os efeitos maléficos do ato legislativo emanado — violação do artigo 24.1 da CE/78 —, por entender que através de outras alegações de mérito (*v.g.* violação do princípio da igualdade do artigo 14 CE/78) essa defesa pode

operacionalizar-se, é possível enveredarmo-nos sobre uma virtual hipótese a seguir relatada.

Imaginemos que uma lei seja submetida ao crivo de constitucionalidade e seja declarada *conforme* à Constituição por não violar o princípio da igualdade insculpido no artigo 14 da CE/78.

Apesar de não haver qualquer óbice a que o particular busque nas vias ordinárias a reparação de seus alegados danos e prejuízos a sua chance será quase, ou melhor, totalmente nula se a sua pretensão tiver por fundamento exclusivo a violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, princípio que ainda hoje influi consideravelmente na configuração tanto da expropriação (sacrifício singular) quanto na responsabilidade (sacrifício especial).

A uma, porque o juízo ou tribunal ordinário certamente conservará o pressuposto analítico assumido previamente pelo TC evitando afrontá-lo. A duas, porque muito provavelmente suscitar-se-á no bojo do processo *sub judice*, de ofício ou a requerimento da parte interessada, questão incidental de inconstitucionalidade com vistas a obter do próprio TC, que possivelmente já tenha se pronunciado em sede de juízo abstrato, um pronunciamento definitivo (coisa julgada interpartes) acerca da violação do direito suscitado no caso concreto objeto do litígio. A três, porque se o juízo ou tribunal ordinário na análise do caso concreto, sem recorrer ao auxílio do TC, entender que houve sacrifício desigual ao patrimônio do destinatário legal um simples recurso por parte do Estado elevará a questão da imposição da suposta desigualdade ao crivo do TC que dificilmente contrariará a sua própria doutrina. O resultado seria mais ou menos semelhante ao que ocorrera no caso Rumasa antes relatado⁷²⁴.

⁷²⁴ Outro exemplo semelhante ao caso Rumasa encontrado na jurisprudência é a expropriação *ope legis ad hoc* promovida pela lei catalã 2/1989, de 16 de fevereiro, de criação de centros recreativos turísticos, editada com o propósito de satisfazer e ao mesmo tempo assegurar a concretização da pretensão inversora do grupo multinacional Anhauser Bush de instalar um parque temático (atual PortAventura) e outros serviços agregados (residenciais, hotéis, estabelecimentos deportivos, etc.) na província de Tarragona, em concreto no município de Salou, através de um acordo empresarial firmado com a empresa espanhola Tibidabo. Dita lei autonômica foi editada e promulgada com o objetivo de resolver um problema pontual e local surgido com antecipação à sua elaboração e aprovação: os conflitos de todo gênero entre as corporações municipais de Salou e Vilaseca — segregadas definitivamente ao final do imbróglio — e os proprietários munícipes que dificultavam a implementação da iniciativa empresarial.

No início das negociações “(...) *la primera que se interesó fue la Disney, que al final decidió realizar sus proyectos comerciales europeos en la ciudad de París. Posteriormente se mostró interesado el grupo norteamericano Anhauser Bush, que entró en negociaciones no sólo con el municipio de Salou sino con el Presidente de la Generalidad de Cataluña, Sr. Pujos, quien había fomentado personalmente desde sus comienzos el proyecto. Para septiembre de 1990 el presidente de este grupo norteamericano anunció al*

Assim, somos da opinião de que o (eventual) entendimento do TC de que o ato legislativo se configure como uma “privação singular” não resolve nem contribui para a solução da problemática, ainda uma incógnita. O argumento é otimista, mas a nosso juízo está mal colocado. O regime jurídico da indenização expropriatória (Art. 33.3 CE/78) não pode ser aplicado de forma supletória para suprir a lacuna hoje existente.

Por tais razões reiteramos que no modelo atual — especialmente com base na LRJAP y PAC/1992 — advogar-se no sentido de defender a responsabilização civil do Estado pela emanção de atos legislativos ditos “lícitos, porém danosos” constitui uma mera bravata carente de sustentação jurídica. O Estado espanhol é, hoje, no plano formal, lamentável e preocupantemente irresponsável e impune nesse sentido.

Há, porém, um resquício de alento diante deste triste panorama, o da impunidade, conforme nos relata a doutora portuguesa Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral PINTO CORREIA⁷²⁵.

Salienta a autora que tanto os ordenamentos jurídicos alemão quanto o italiano, o norte-americano, o espanhol e também o português⁷²⁶ aderiram ao mesmo *idem sentire* de que a lei pode impor sacrifícios graves e especiais aos entes privados na persecução do bem comum sem, contudo, admitirem que esta mesma lei “sacrificante” possa ser tida como um ato lícito danoso mesmo no caso em que não conceda ela própria a compensação que é devida.

Sr. Pujol el abandono del proyecto del parque. Fue entonces cuando el financiero Javier de la Rosa, decidió participar en el proyecto. Adolfo Maristany, vicepresidente de la empresa Tibidabo, relacionado con el empresario catalán De la Rosa y Lluís Lluvia, representante del grupo Anhauser Bush en España, viajaron a Estados Unidos al mismo tiempo que el Consejero de la Generalidad Macià Alavedra y llegaron al siguiente acuerdo económico: la empresa Tibidabo se quedaba con el 80 por ciento de la sociedad gestora del parque de Salou y Anhauser Bush con el resto. No obstante, la empresa Tibidabo, a partir de aquel acuerdo empresarial, comenzó a buscar la participación en el proyecto del parque de otras empresas españolas o extranjeras entre las que estaba la Time Warner” (op. cit., PIGNATELLI, p. 148). Cf. STS de 08/10/1999.

⁷²⁵ PINTO CORREIA, M.L.C.A.A. *Responsabilidade do Estado e dever de indenizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 517 e seguintes.

⁷²⁶ “A Constituição de 76 [Art. 22]...não admite a existência de uma responsabilidade civil do Estado por actos legislativos lícitos. O que ela admite, e consagra, é um dever de indemnizar do legislador que se constitui à margem de todos os mecanismos da responsabilidade civil e que nasce no momento mesmo em que se tomam decisões legislativas conducentes à imposição de sacrifícios graves e especiais ao património dos privados. Em Portugal, toda e qualquer lei que imponha tais sacrifícios e que não contenha uma cláusula conjunta de indemnização é lei contrária à Constituição. Como o é em Itália, em Espanha, na Alemanha e nos Estados Unidos” (op. cit., 1998, p. 518).

Segundo a autora lusitana a solução da problemática está adstrita a declarações de invalidade do ato impositor do sacrifício e não no julgamento de ações de indenização tendo o centro das discussões a sede na idéia de inconstitucionalidade e não no instituto da responsabilidade civil, tudo por causa do conceito constitucional de expropriação e de suas 02 (duas) filhas diletas, a noção de lei expropriatória e de cláusula indenizatória conjunta, que conduzem a questão da existência ou inexistência da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos lícitos pura e simplesmente num *false problema* ante ao enraizamento da (falsa) premissa de que toda lei que realiza um sacrifício patrimonial privado realiza uma expropriação e, portanto, exige uma indenização.

Entendemos, na mesma linha advogada pela autora⁷²⁷, independentemente de não restar legislativamente positivado um sistema dotado de mecanismos de responsabilização e limitação de danos legislativos a exemplo do que ocorre com a LOPJ/1985 e a LRJAP y PAC/1992, que aflora — ao menos momentaneamente, a título de consolo⁷²⁸ — do princípio da responsabilização de todos os poderes públicos (Art. 9.3 CE/78) um *dever de indenizar* que emerge desde a máxima jurídica geral do *neminem laedere*⁷²⁹ e que, por razões de justiça e equidade⁷³⁰, impõe ao Estado o dever

⁷²⁷ Salvo no que se refere à afirmação de que na Espanha a inexistência da cláusula indenizatória na lei lícita impositora de sacrifício conduz à declaração de sua inconstitucionalidade. Essa posição é válida tão somente para as hipóteses de expropriação *ope legis* e não para as leis com efeitos restritivos impositoras de sacrifícios de menor densidade (a nosso juízo) também passíveis de compensação.

⁷²⁸ Relembre-se que o TJCE construiu uma doutrina de responsabilidade dos Estados-Membros por descumprimento das normativas da Comunidade Européia (ilícito comunitário) com base fundamentalmente na interpretação do princípio genérico de unidade e integração dos países membros da União atribuindo ao cidadão europeu o direito público subjetivo de exigir do seu país de origem a efetivação de seus direitos e interesses outorgados para que os exercite plenamente na Europa unida. Resta, no plano interno, incorporar esta tendência.

⁷²⁹ Até mesmo a corrente puramente civilista não cogita em afirmar que o princípio do *alterum non laedere* é um princípio informativo de todo e qualquer Estado de Direito constituindo-se numa cláusula jurídica universal contra as anormalidades (ilicitudes) e os excessos ou abusos decorrentes das atividades normais (lícitas) praticadas pelos agentes danosos, concepção plenamente compatível com a sistemática aplicada à responsabilidade civil por atos (legislativos, no nosso caso) lícitos do Estado. Dentre os civilistas mais consagrados podemos citar a Luiz Díez-PICAZO e Antonio GULLÓN BALLESTEROS (*Sistema de Derecho Civil*, vol. II (El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual), 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 599) que tratam de predicar neste sentido o seguinte: “(...) *el principio alterum non laedere, que es un principio general del Derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que está integrado en él, [es] fuente de una serie de deberes que nos obligan a comportarnos respecto a terceros con la corrección y prudencia necesarias para que la convivencia sea posible. Por ello es perfectamente posible que incluso el ejercicio de nuestro propio derecho cause un daño resarcible si se ha ejercitado de modo anormal o excesivo (abuso del Derecho: art. 7.º C.c.)*”. Grifei.

⁷³⁰ Referimo-nos, com apoio na obra de María José FALCÓN Y TELLA (*Equidad, Derecho y Justicia*, Ramón Areces, Madrid, 2005, p. 133 e ss.), à equidade em sua função supletória/integradora aplicada *praeter* ou *extra legem* ante a existência de omissões, lacunas ou até mesmo na falta de positivação de uma norma jurídica. “*Cuando no hay norma jurídica aplicable, y ésta no puede extraerse del sistema jurídico positivo por la vía de la analogía o de sus principios informadores, a falta de otras fuentes*

e a obrigação jurídica de compensar os sacrifícios impostos aos particulares independente da existência ou não da previsão legal quanto a indenização nos mesmos moldes da falida hipótese descrita no artigo 139.3 da LRJAP y PAC/1992.

Com apoio em Karl LARENZ⁷³¹ estamos convencidos de que o princípio de proteção da incolumidade patrimonial contido no artigo 9.3 da CE/78 constitui-se num *princípio intelectual de Direito Justo do tipo material*⁷³² que encontra expressão e tem guarida no Direito vigente do Estado espanhol, apesar de até o presente momento não ter gerado uma regulação específica positivada para tratar da questão da responsabilidade do Estado-Legislador estabelecendo formalmente, no plano infraconstitucional, a conexão entre os supostos fáticos admissíveis para a imputação e as suas conseqüências jurídicas⁷³³.

Afinal, conforme nos relembra sabiamente ARAGÓN REYES⁷³⁴, na ausência de *regras*⁷³⁵ podem os *princípios*⁷³⁶ dar lugar, interpretativamente, a uma regra, ou seja, a converterem-se em fontes subsidiárias do ordenamento.

—coma la costumbre—, la equidad, llevando a cabo una adaptación de la justicia abstracta a las circunstancias del caso concreto, está llamada a jugar un papel supletorio e integrador del vacío o laguna jurídica.

La equidad 'praeter legem' opera cuando no existe una norma jurídica que regule directamente una determinada relación, ni cabe extraerla del ordenamiento positivo por otros cauces o vías indirectas, como la analogía o los principios informantes, en caso de que se admitan estos procedimientos. Es natural que, a falta de otras fuentes, la equidad pueda desempeñar un papel beneficioso. Por lo demás, esto no supone novedad de doctrina alguna, pues se trata de una solución conocida y practicada desde tiempos antiguos para integrar las lagunas de la ley. Con frecuencia el Derecho común señalaba a la equidad como medio de suplir el silencio del legislador: 'ubi ius déficit aequitas supplet'" (op. cit., p. 191, destaques no original).

⁷³¹ LARENZ, op. cit., p. 33 e ss.

⁷³² Cumpre aqui destacar que este princípio não anuncia direitos fundamentais defendíveis pela via especial de amparo (STC 319/1993, FJ 3º). V. nota de rodapé nº 740.

⁷³³ Larenz assevera que princípios de Direito Justo como os da responsabilidade por risco e de indenização por um sacrifício especial não possuem sua vigência vinculada em virtude da sua positivação legislativa pela autoridade de um legislador muito menos em razão de uma convicção jurídica generalizada, mas sim à causa de sua justeza (op. cit., pp. 34 e 191).

⁷³⁴ ARAGÓN REYES, M. «Tipología de las normas constitucionales», em *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Civitas, Madrid, 2003, p. 6.356.

⁷³⁵ "Las reglas son las normas que contienen una prescripción jurídica relativa a regular situaciones de la realidad, ordenando cómo deben ser actividades o estructuras, obligando, autorizando, garantizando o prohibiendo. Su formulación se articula mediante dos proposiciones, una relacionando un hecho (supuesto de hecho) y otra disponiendo la calificación jurídica de ese hecho (consecuencia jurídica). La formulación puede ser tanto positiva (ordenando) o negativa (prohibiendo)" (Ibidem, p. 6.354).

⁷³⁶ Ibidem, pp. 6.356/6.357: "Los principios son normas que contienen cláusulas de derecho condensado, es decir, vienen a formular conceptos jurídicos. Por ello, tienen, de un lado, significado jurídico externo, esto es, son normas jurídicas, están positivados. Son derecho, pues, porque están contenidos en una prescripción jurídica. Pero también tienen un significado jurídico interno, es decir, al margen de su positivación, son cláusulas de derecho, conceptos jurídicos que ha acuñado la cultura jurídica, y por ello, aunque no estuviesen positivados, podrían extraerse por vía interpretativa: principios generales del Derecho (y por lo mismo de la Constitución). Lo que ocurre es que cuando están positivados en el texto Constitucional, tienen el carácter de seguridad que la norma les presta y, además, son los principios

O princípio insculpido no artigo 9.3 da CE/78 é, outrossim, uma norma constitucional informativa que comporta uma exegese sistemática e material necessária para garantir sua (incolumidade patrimonial) plena eficácia dentro do texto fundamental. Um autêntico *mandado de otimização* do ordenamento⁷³⁷ estatuído pelo constituinte aos criadores, executores, intérpretes e aplicadores da Constituição e das leis. Um antídoto do constitucionalismo principialista contra o desregrado positivismo legalista.

Sua (art. 9.3 CE/78) articulação e aplicação prática não deve restar impedida em face de uma desídia (quiçá conveniente e proposital) legislativa neste sentido. Tampouco deve evitar-se pretoriamente empregá-lo pelo injustificado temor de que se estará praticando um ativismo judicial ante a falta de legislação e sob a falsa premissa de que cabe aos juízes e magistrados unicamente interpretar e aplicar as leis buscando-lhe desvendar o espírito.

Não se estará de nenhum modo criando o Direito de baixo para cima, dando-se nova roupagem a um Direito de Juízes, criando um movimento pós-ilustrado e resgatando a jurisprudência de interesses, instaurado um Estado ou Governo de Juízes.

Não, absolutamente não! A interpretação desta dita “lacuna” regulamentar acerca da responsabilidade civil por atos legislativos (lícitos) do Estado deve ser do tipo *transdogmática*⁷³⁸, único antídoto contra o câncer generalizado e em constante

fundamentales, por lo que no caben más principios generales en el ordenamiento que los congruentes con ellos”. Destques no original.

⁷³⁷ ALEXY, *op.cit.*, p. 79 e ss: “Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos [como as “regras”] sino sólo *prima facie*. (...) Los principios pueden ser razones para decisiones, es decir, para juicios concretos de deber ser”. Robert ALEXY defende que esta otimização se dê através da aplicação do critério da ponderação, exclusividade esta não aceita por boa parte da doutrina mais contemporânea dedicada ao estudo específico do princípio da proporcionalidade. Como exemplo desta discordância podemos trazer à lume as palavras de Carlos BERNAL PULIDO (2003, p. 580), *ipsis literis*: “(...) este autor [ALEXY] incurre de algún modo en un uso intercambiable y poco consistente de los conceptos de la ponderación y del principio de proporcionalidad. Si se quiere ser consecuente con la tesis de que el carácter de principio de algunas normas implica los tres subprincipios de la proporcionalidad, debe también aceptarse que la forma de aplicación de los principios no es sólo la ponderación, sino la práctica de los tres subprincipios de la proporcionalidad. Debe recordarse que mediante la ponderación se analizan sólo las posibilidades jurídicas en que el objeto normativo de los principios puede realizarse. Ahora bien, las normas con carácter de principio exigen también un análisis acerca de las posibilidades fácticas para su cumplimiento y este análisis sólo puede llevarse a cabo mediante la aplicación de los subprincipios de idoneidad y de necesidad”.

⁷³⁸ Neste ponto comungamos, com algum retoque, com o argumento exarado pelo jus-filósofo brasileiro Juarez FREITAS em sua obra denominada *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*, Vozes, Petrópolis, 1989, pp. 107/108. Segundo ele, “o intérprete transdogmático não é um servo da lei, pois não a obedece, pura e simplesmente, mas funde o seu horizonte com o da norma jurídica, sendo este o motivo

metástase que há muito está a afetar a vida daquelas comunidades guiadas e reguladas sob as bases do sistema jurídico do *civil law* e da *property* onde o Direito válido praticamente resume-se àquilo que está formalmente escrito e ordenado, a um mero positivismo fruto de um decisionismo político acrítico conforme nos revela Carl SCHMITT⁷³⁹.

Basta de início a mera invocação e aplicação dos princípios contidos na Constituição de 1978 — no caso, especialmente o seu artigo 9.3 — cujo espírito patente é o de igualdade, o de respeito às liberdades, aos direitos e interesses individuais, à propriedade e ao património, ao dever do Estado de indenizar por todo e qualquer dano que ocasionar, etc. e que dispensa atrofiadas ou recortadas interpretações tendentes a quitar-lhes o seu flagrante ideal de justiça e equidade, ideal este muito mais expressivo do que muitas letras (não raro lesivas e até mesmo mortas) de lei.

Mesmo na ausência de lei concretizadora pode, ou melhor, deve o *princípio*⁷⁴⁰ de responsabilidade e interdição de arbitrariedade dos poderes públicos insculpidos no

pelo qual deve, frontal e resolutamente, desapropriar-se de formalismos excessivos, oriundos, em boa medida, do exagero apego ao tronco romanístico-continental. Destarte, sem sucumbir aos arroubos sofisticados de uma insustentável, por arbitrária, hermenêutica do Direito Livre, deve compreender que a única forma de ser fiel a uma norma iníqua é não aplicá-la, pois esta é a sua correta aplicação. E mais: toda norma injusta, por contrariar os princípios de justiça, esculpido no topo do ordenamento jurídico, é, substancial e manifestamente, inconstitucional. A hermenêutica transdogmática pode e deve servir como garantidora da eficácia de tais princípios, para que a nossa Constituição [a brasileira de 1988], no que tem de melhor e mais favorável aos injustiçados, seja lembrada e, sobretudo, respeitada. Seu objetivo maior é, pois, fornecer ao intérprete e, de modo especial, ao aplicador, a argumentação lógica, técnica e jurídica, mas também necessidades de justiça prática, concreta e solidamente fundamentada pelos juízes mais sensíveis às carências de nosso povo”.

A nossa divergência reside apenas na afirmação categórica empregada pelo autor de que «toda norma injusta, por contrariar os princípios de justiça, esculpido no topo do ordenamento jurídico, é, substancial e manifestamente, inconstitucional».

⁷³⁹ SCHMITT, C. *Legalidad y legitimidad*, traducción de la 4ª edición, Duncker & Humblot, Berlin 1988, realizada por Cristina Monereo Atienza, edição e estudo preliminar «La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt» a cargo de José Luis Monereo Pérez e Cristina Monereo Atienza, Comares, Granada, 2006, p. 20.

⁷⁴⁰ Não há que confundir-se aqui a auto-aplicabilidade de «princípios» em relação a auto-aplicabilidade de «direitos» constitucionalmente garantidos e sua invocação nas vias judiciais mesmo na ausência de lei regulamentadora posto que neste sentido já deixou claro há muito o TC, dentre outras, na STC 66/1985, de 23 de maio que “(...) *la consagración constitucional de un derecho no es bastante para crear por sí misma recursos inexistentes, tampoco «el mayor valor» de los derechos fundamentales en su conjunto permite considerar implícitas en la Constitución instituciones de garantía que ésta explícitamente no ha creado*”, ou seja, mesmo apesar da prevalência e notoriedade que os direitos fundamentais têm no contexto da CE/78 os mesmos só podem ser objeto de defesa e de pleno exercício se estiverem configurados num plano legal infraconstitucional não derivando automaticamente a conclusão de que à sua simples enumeração no texto constitucional está adstrita uma *implícita* garantia (cautelar e inominada) para a sua defesa em sede instrumental-processual. A nosso sentir os princípios, por sua própria condição de Direito *presuposto* ao Direito positivado do Estado, não estão vinculados a esta *interpositio legislatoris* para que sejam invocados costumeiramente em juízo.

Neste aspecto comungamos com as linhas argumentativas propostas respectivamente por ZAGREBELSKY (2003, p. 110) — “*às regras [postas] se obedece, aos princípios [enraizados] se*

artigo 9.3 da CE/78 ser diretamente invocados pelo destinatário do ato legislativo lícito causante da restrição em face de sua auto-executoriedade.

Os princípios expressamente contidos na CE/78 são todos auto-aplicáveis (dentre eles aqueles tipificados no art. 9.3), com exceção dos princípios reitores da política social e econômica previstos no Capítulo III (terceiro) do Título I (primeiro) do texto constitucional por expressa determinação contida na parte final do seu artigo 53⁷⁴¹ que veda a qualquer interessado a sua invocação perante a jurisdição ordinária, salvo nas hipóteses dispostas em suas leis conformadoras.

Todavia, ainda assim, cremos que este somente seria o primeiro passo no enraizamento desta cultura “*responsabilista*” que não pode calcar-se simplesmente na interpretação que emerge deste ou daquele princípio. Isto porque muitos princípios não possuem uma densidade suficiente para afirmarmos com todas as letras, em alto e bom som, que eles, só por si, podem servir como elemento-mor no processo de imputação da responsabilidade estatal por atos legislativos tidos por lícitos. Isoladamente considerado, o princípio geral da responsabilidade dos poderes públicos é incapaz de predeterminar uma determinada forma de restabelecer o patrimônio do jurisdicionado.

Isso, porém, não significa que a partir dele não seja possível impulsionar sob bases pretorianas — a história jurídica tem fartos exemplos nesse sentido (Ex: a responsabilidade administrativa pelo Conselho de Estado Francês; a responsabilidade por descumprimento do Direito Comunitário pelo TJCE, etc.) — a construção de um Direito Justo não só baseado na “*principiologia*”, mas sim na defesa prática do “*proprietarismo*”.

presta adesão — e por Eros Roberto GRAU (*O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002, p. 71) — “os *princípios* que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios *deste* ordenamento jurídico, *deste* direito”, destaques do autor — na medida em que ambos coincidem na idéia de que do Estado constitucional contemporâneo, ao contrário do decimonônico (Direito por regras), irradia um Direito por princípios, princípios (gerais) de Direito historicamente conservados e adaptados às novas exigências, contornos e papel que cada direito especificamente positivado tem perante o vigente Direito do Estado, ou seja, um Estado marcado pela existência de princípios gerais *de* Direito que acabaram por ser recepcionados e revigorados em determinado momento histórico para servirem de premissa aos novos princípios gerais informadores *do* Estado de Direito implantado e inaugurado por uma nova carta política.

⁷⁴¹ “Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

11. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LEGISLATIVOS OMISSIVOS

11.1. Breves considerandos

É possível argüir-se uma responsabilidade civil do Estado por atos legislativos *omissivos*? Em outras palavras: deve o Estado espanhol indenizar na hipótese em que não legisla causando dano aos administrados?

A possibilidade de responsabilizar civilmente o Estado pelo fato de *não produzir* leis ainda é bastante nebulosa no ordenamento jurídico espanhol.

A parca doutrina inclina-se, com faro num senso jurídico comum guiado pela noção de justiça, a timidamente aceitá-la com uma hipótese de responsabilidade por ato ilícito, ou seja, como um caso de inconstitucionalidade, em que pese reiterar a consideração de que não há no texto constitucional de 1978 um comando que obrigue expressamente o legislador a produzir leis em tempo determinado sob pena de inconstitucionalidade a exemplo do que ocorre no vizinho Portugal (Art. 283 da Constituição de 1976⁷⁴²). A LOTC também não fornece qualquer mecanismo de controle neste sentido.

O argumento levantado centra-se mais que tudo na idéia de que a omissão voluntária ou intencional do legislador em sua tarefa de conformar, desenvolver, corrigir, atualizar e perfeccionar⁷⁴³ o ordenamento jurídico provoca danos aos jurisdicionados porque dita falta de regulamentação oportuna lhes impede de exercer plena e efetivamente os seus direitos e interesses garantidos pelo sistema, desídia esta suficientemente capaz de gerar uma justa causa (omissão lesiva) imputável juridicamente ao Estado obrigando-o a indenizá-los.

⁷⁴² A Constituição de 1976 comporta esta hipótese de inconstitucionalidade da ação legislativa embora o seu processamento judicial prático quase sempre tenha sido marcado pela inaplicabilidade e pelo desuso. Assim dispõe o seu artigo 283, nestes termos: “1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”.

⁷⁴³ María Jesús MONTORO CHINER («La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional «versus» fracaso legislativo», em *RAP*, nº 110, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986 (Mayo-Agosto), p. 299 e ss.) salienta que a obrigação do legislador de também perfeccionar o ordenamento jurídico corrigindo-o e atualizando-o às novas circunstâncias fáticas e sociais constitui um ato político-jurídico promotor de uma efetiva proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados por parte do Estado-Legislador.

Ante a falta de atuação do legislador restará ao prejudicado a *tortuosa*⁷⁴⁴ tarefa de demonstrar que tal desídia provocou-lhe um dano passível de reparação.

Outro óbice à sua firme defesa reside na interpretação conjunta (e um tanto forçada, diga-se) dos artigos 9.3 e 106.2, ambos da CE/78, dos quais não se pode inferir que o Estado deva responder civilmente por sua inércia já que de ditos artigos emerge o entendimento de que o dever de indenizar do Estado advém do “funcionamento” (ato comissivo insuficiente, falho ou tardio) de um serviço público — por óbvio — já legalmente instituído e posto em marcha, idéia que exclui por completo a possibilidade de que o texto constitucional albergue uma responsabilidade fundada na omissão, no silêncio, na desídia e inatividade do administrador ou de qualquer outro agente público.

No campo infraconstitucional também não é preciso muito para percebermos, em acréscimo a todas as impropriedades antes narradas, que o artigo 139.3 da LRJAP y PAC — supostamente “regulador” da responsabilidade por atos legislativos — não abarca o tema da omissão legislativa ao centrar-se no ato de *aplicação* da lei, ato este, por essência, naturalmente *comissivo*.

Não bastasse, outra controvérsia é trazida à lume: a responsabilidade estatal em face de uma omissão legislativa está realmente fundada na teoria *objetiva* adotada pelo texto constitucional de 1978? A culpa do legislador pode servir de fundamento responsabilizador nestes casos?

Parte-se do pensamento de que o risco que respalda a responsabilidade patrimonial do Estado somente se aplica aos atos *comissivos* que pressupõem, portanto, uma conduta *positiva* do agente público jamais podendo provir de inação, ao contrário da omissão, cuja culpa deverá ser objeto de apuração e análise pormenorizada como um elemento-mor de imputação da responsabilidade estatal confundindo-se, com os devidos matices, a culpa administrativa com a própria culpa civil, cedendo o Direito Público passo aos mecanismos de Direito Privado.

⁷⁴⁴ *Tortuosa* porque, com exceção ao recurso de amparo manejável pelo interessado para minorar os efeitos de seu prejuízo, inexistente qualquer outro remédio jurídico constitucional direto que obrigue o legislador espanhol a legislar em tempo e em forma oportunas determinadas pela CE/78, a exemplo do que ocorre no Brasil com a figura do mandado de injunção e a própria ação de inconstitucionalidade por omissão, o que exige como *prius* procedimental ao exercício de seu direito de ação indenizatória a declaração prévia de inconstitucionalidade pelo TC.

Aduz-se que o questionamento acerca da configuração da responsabilidade civil estatal por conduta *legislativa omissiva lesiva* — ante a ausência de previsão constitucional neste sentido — invoca muito mais conceitos privatistas ligados à clássica idéia subjetivista de culpa que o próprio conceito de culpa anônima objetivada ou subjetiva-objetivada⁷⁴⁵ da teoria objetiva de bases exclusivamente publicistas, alheias, portanto, ao regime privatista oitocentista tradicional.

Jurisprudencialmente não há muitos casos que enfrentam o âmbito suscitado neste tipo de questão gerada pela abstenção de legislar⁷⁴⁶.

Como exemplo podemos citar a STC 31/1994, de 31 de janeiro (Relator: Álvaro Rodríguez Bereijo), onde o TC⁷⁴⁷ foi chamado a resolver uma questão de (in)constitucionalidade suscitada em sede de recurso de amparo envolvendo a discussão da falta de regulamentação legal por parte da Lei 31/1987, de 18 de dezembro (Lei de Ordenação das Telecomunicações) para o exercício de atividades comerciais desenvolvidas por emissoras de TV à cabo locais que tinha como plano de fundo a possível lesão sofrida pela recorrente em seus direitos de liberdade de expressão e comunicação (Art. 20.1, alíneas “a” e “d”) com causa na omissão legislativa.

Antes de adentrar no *meritum causae* destacou o TC que “*la vía del recurso de amparo no es la adecuada para la impugnación directa de las Leyes. De la posible inconstitucionalidad de una Ley sólo podrá conocer este Tribunal, a través del recurso de amparo, cuando ello resulte imprescindible para corregir la lesión del derecho*

⁷⁴⁵ Na doutrina espanhola merece destaque neste sentido o pensamento de Maria MEDINA ALCÓZ (*La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 55) a respeito de uma responsabilidade do tipo *subjetiva-objetivada ou objetiva atenuada* que, a nosso ver, em que pese não ter sido proposta com o intuito de explicar a responsabilidade por omissão legislativa, se submetida a um retoque interpretativo, poderia ter algum encaixe na problemática. Defende ela que “(...) *la denominada responsabilidad subjetiva objetivada...se trata así de una responsabilidad civil que sigue siendo subjetiva, porque la culpa constituye el título de imputación, pero que se objetiva, en virtud de la presencia del riesgo desplegado, mediante la utilización de unos determinados paliativos que la aproximan a una responsabilidad objetiva. Sentado que en la responsabilidad objetiva, el título de atribución está constituido por el riesgo, en la responsabilidad subjetiva objetivada sigue siéndolo la culpa, pero modulada por esos mecanismos paliativos que fluyen en virtud de la consideración del riesgo, sin que éste se erija en factor de imputación*”.

Uma proposta inicial de *lege ferenda* para a discussão desse retoque interpretativo seria v.g. discutirmos se ante a falta de previsão constitucional expressa quanto a esta hipótese de responsabilização enquadraríamos a omissão ou o ato omissivo como uma automática *causa geradora do resultado danoso* ou uma *mera condição do evento danoso* cujo resultado poderia ter sido previsto ou mesmo evitado.

⁷⁴⁶ Cf. e.g. as STCs 24/1982, de 13 de maio, FJ 3º; 74/1987, de 25 de maio, FJ 4º; 216/1991, de 14 de novembro, FJs 5º e 6º.

⁷⁴⁷ No âmbito do TS consulte-se e.g. a STS de 22 de janeiro de 2008 que trata de apreciar a responsabilidade do Estado por obrigar legalmente (Lei 41/1995) as TVs locais analógicas a converterem e/ou adaptarem os seus sistemas de transmissão à tecnologia digital terrestre.

fundamental que sea achacable directamente a la aplicación del precepto legal que resulte contrario a la Constitución. Por ello, su conocimiento sobre la disconformidad con la Constitución de la Ley aplicada reviste necesariamente un carácter instrumental respecto a la vulneración concreta e individualizada del derecho fundamental” (FJ 4º).

Já no mérito da dificultosa questão assim pronunciou-se a Corte Maior, *ipsis literis*:

FJ. 7º. “(...) la ausencia de regulación legal comporta, de hecho, como ha ocurrido en los supuestos que han dado lugar a los presentes recursos de amparo, no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del art. 20.1 C.E., en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable. (...) Ciertamente es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que ha de verse desarrollado y completado por el legislador (SSTC 15/1982, fundamento jurídico 8.; 254/1993, fundamento jurídico 6.), pero de ahí no puede deducirse sin más que la libertad de comunicación ejercitada por las entidades demandantes de amparo no forma parte del contenido mínimo que consagra el art. 20.1 a) y d) C.E., de modo que deba ser protegido por todos los Poderes Públicos y, en última instancia, por este Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. El legislador ha demorado, hasta el presente, el desarrollo de la televisión local por cable con el consiguiente sacrificio del derecho fundamental. En efecto, dada la escasa complejidad técnica de la regulación de su régimen concesional en atención al soporte tecnológico empleado para la emisión y la ilegalidad sobrevenida que la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones supuso para una actividad que con anterioridad había recibido alguna cobertura jurídica por parte de la jurisprudencia (entre otras, Sentencias del T.S. de 17 de noviembre y 11 de diciembre de 1986; 21 de febrero, 6, 7, 10 y 13 de marzo, 21 de abril y 10 de julio de 1987), la prohibición absoluta que para las emisiones televisivas de carácter local y por cable implica la ausencia de regulación legal sin razones que lo justifiquen constituye un sacrificio del derecho fundamental desproporcionado respecto a los posibles derechos, bienes o intereses a tener en cuenta, que, en razón de la publicatio de la actividad de difusión televisiva, podrían dar cobertura suficiente a una limitación, pero en ningún caso a una supresión de la libertad de comunicación. Puesto que dichas emisiones, dado el soporte tecnológico empleado, no suponen el agotamiento de un medio escaso de comunicación, ya que difícilmente puede ser estimable la vía pública en este supuesto como un bien escaso, ni implican, por sí y ordinariamente, restricciones al derecho de expresión de los demás, toda vez que la existencia de una red local de distribución no impide el establecimiento de otras. Por ello, sin negar la conveniencia de una legislación ordenadora del medio, en tanto ésta no se produzca, no cabe, porque subsista la laguna legal, sujetar a concesión o autorización administrativa -de imposible consecución, por demás- el

ejercicio de la actividad de emisión de televisión local por cable, pues ello implica el desconocimiento total o supresión del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación que garantiza el art. 20.1 a) y d) C.E. En consecuencia, las Resoluciones administrativas impugnadas, que requirieron a las demandantes de amparo el cese en sus emisiones y el desmontaje de sus instalaciones por falta de una autorización administrativa han lesionado los derechos fundamentales de las recurrentes, y ello ha de llevar derechamente al otorgamiento del amparo solicitado”.

Analisando o conteúdo de dito excerto verifica-se que a linha argumentativa do TC quanto à fundamentação da responsabilidade por omissão legislativa contempla o caminho suscitado pela doutrina na configuração desta novel espécie de responsabilidade estatal.

O único pecado da Corte foi atrelar toda a teoria do descumprimento do dever legal do legislador de normatizar as atividades das TVs à cabo locais aos atos administrativos impugnados, em concreto a resolução do Governo Civil de Huesca de 28 de abril de 1989 que determinou o imediato cese das emissões de televisão à cabo por parte da recorrente, bem como a desmontagem de todas as suas instalações físicas.

O ato indevoto do tribunal, a nosso sentir, considerando-se única e exclusivamente a omissão legislativa, consistiu no fato de — apesar de reconhecer a violação constitucional do artigo 20.1.a) e d) da CE/78 — tratar a lei das telecomunicações não como *causa directa e inmediata* do sacrificio desproporcionado ao direito argumentado pela recorrente, mas sim como a sua *causa remota*.

Ao concentrar o fundamento jurídico da causa no excesso da ação pública perpetrada no exercício do poder regulamentar da Administração de Huesca, e não na omissão por parte do Poder Legislativo quando da edição da lei de telecomunicações estatal, acabou o TC por desvirtuar-se logicamente de toda a argumentação teórica levantada que no fim das contas,, ao invés de impor uma concepção dogmática no trato da matéria, sucumbiu à prova da materialidade do ato administrativo desautorizadamente inovativo e auto-executor.

Entendemos, portanto, que neste caso, apesar do avance na construção de um caminho de proteção aceitável, não há que se falar em responsabilidade por ato legislativo omissivo do Estado.

Diante de dificuldades como estas é possível afirmarmos que o único pressuposto até aqui admissível é que a responsabilidade estatal por ato legislativo omissivo é sempre decorrente de um ato “ilícito” do legislador porque havia previamente um dever jurídico de agir — um *encargo legislativo constitucionalmente expreso* nas palavras de MONTORO CHINER⁷⁴⁸ — imposto pela norma suprema ao Estado que, em decorrência da omissão (negativa) funcional legisferante, foi violado ou vulnerado.

Em palavras do próprio guardião da Constituição “(...) *la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace*” (STC 24/1982, de 13 de maio, FJ 3º).

11.2. O influxo interpretativo do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre o tema da inconstitucionalidade por omissão no contexto espanhol

O processo de “europeização” da vida política, social, econômica e jurídica dos Estados membros da União Européia, dentre eles a Espanha, exige cada vez mais que a sua peculiar realidade regulamentada pelo Direito interno sucumba em prol dos anseios do almejado “Estado Supranacional Europeu” e aos seus constantes dirigismos (Art. 93 CE/78).

No contexto legislativo o Parlamento Europeu através (principalmente) de suas diretivas superpõe-se à Corte Geral e às demais casas parlamentárias espanholas. Daquela Casa Legislativa Européia emergem diuturnamente novas fontes jurídicas constitutivas ou mesmo extintivas de direitos, interesses e obrigações que de alguma forma acabam por influir, direta ou indiretamente, na esfera jurídica protegida dos cidadãos da Europa “unida”, seja ampliando-a, limitando-a, restringindo-a ou mesmo extinguindo-a.

Das relações havidas neste plano interativo-normativo *sobreposto* entre o Estado Espanhol e o “Estado Supranacional Europeu” (União Européia) produzem-se

⁷⁴⁸ MONTORO CHINER, *op. cit.*, 1986, p. 360.

reflexos reais e efetivos em outra subesfera, a *interna* havida entre o Estado espanhol e seus jurisdicionados⁷⁴⁹.

Esse cenário impõe que as diretivas lançadas pelo Parlamento Europeu sejam internalizadas pelo Estado Espanhol — e também, por óvio, por sua Corte Geral e demais Casas Legislativas — em determinado período de tempo, sob pena de *descumprimento* da normativa internacional unificada, descumprimento este passível de sanções pecuniárias e também de responsabilização no âmbito civil-patrimonial dos seus signatários nas hipóteses de *não transposição*, *incorreta transposição* ou mesmo *tardia transposição*⁷⁵⁰ por violação do basilar princípio de união dos povos europeus.

Instado a se manifestar acerca destes atos *viciados de anticomunitariedad* (nas palavras de ALONSO GARCÍA⁷⁵¹) fixou solidamente o Tribunal de Luxemburgo, Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, desde o caso *Francovich y Bonifaci X Itália* julgado em 19 de novembro de 1991⁷⁵², o entendimento de que um Estado membro é *diretamente responsável, perante os seus cidadãos e demais jurisdicionados*, pelo não cumprimento, em quaisquer de suas modalidades, das diretrizes unificadoras exigidas pela União Européia através de seu órgão de representação máxima, o Parlamento Europeu.

Seguindo em sua doutrina — construída eminentemente sob bases jurisprudenciais a partir da sentença relativa ao caso *Jean Emile Humblet x Bélgica*, de 16 de dezembro de 1960 — tratou o TJCE de enraizar o entendimento supremo de que havendo descumprimento de *diretivas* cabe ao Estado-membro a responsabilização

⁷⁴⁹ Exemplo prático desta superposição do Direito Comunitário sobre o Direito Interno de quaisquer um dos Estados membros da União Européia podemos encontrar na sentença de 19 de junho de 1990 relativa ao caso *factortame*.

⁷⁵⁰ Hipóteses similares às preconizadas pela teoria francesa da responsabilidade estatal por *faute de service*.

⁷⁵¹ ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 165.

⁷⁵² Andrea Francovich e Danila Bonifaci demandaram junto ao TJCE a República Italiana sob o argumento de que esta deixara de transpor ao ordenamento interno, em tempo oportuno, as normas contidas na Diretiva 80/987/CEE, de 29 de outubro de 1980, que obrigava os Estados membros a harmonizarem suas legislações nacionais em matéria de proteção dos trabalhadores assalariados frente aos possíveis casos de falência e insolvência de entidades patronais. O Governo e o Parlamento italianos nada fizeram até outubro de 1983. As empresas em que Francovich e Bonifaci trabalhavam faliram deixando-lhes com os créditos trabalhistas sem que fosse possível cobrá-los em razão da insolvências das empresas. À Itália imputou-se a prática de um ilícito comunitário pela não transposição da citada diretiva. Entendeu o tribunal pela procedência dos pedidos (sentença de 19 de novembro de 1991) condenando o Estado italiano a ressarcir os prejuízos que a sua desídia lhes havia particularmente causado. A Itália editou, quase 10 (dez) anos depois de findo o prazo para a transposição, o Decreto-legislativo nº 80, de 27 de janeiro de 1992 criando excepcionalmente um processo específico destinado à execução do Acórdão Francovich.

pelos danos causados por infração a obrigação supranacional insculpida no artigo 189, parágrafo 3º, do Tratado de Roma de 1957 (constitutivo da Comunidade Económica Europeia) que ordena que as normas (no caso as diretivas) editadas em nível europeu obriguem-no quanto aos resultados a alcançar cabendo às instâncias nacionais (dentre eles, principalmente, os Parlamentos dos Estados) ditarem a competência quanto à forma e os meios para lograr os resultados pretendidos.

Em síntese, 03 (três) seriam as condições necessárias para justificar a reparação por parte do Estado-membro: 1º) que o resultado prescrito pela diretiva implique a atribuição de *direitos* em favor dos particulares; 2º) que o conteúdo destes direitos possa ser identificado com base nas disposições da diretiva e; 3º) que exista uma relação de causalidade entre a violação da obrigação do Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas interessadas.

Para o Tribunal de Luxemburgo, na hipótese em que o exercício do direito do jurisdicionado outorgado por uma diretiva europeia estiver condicionado a uma ação por parte do Estado europeu em que vive (*e.g.* Espanha), havendo desídia ou omissão na transposição, é indispensável que o particular afetado se utilize das vias jurisdicionais ordinárias nacionais para fazer valer os seus *direitos* (interesses legítimos, não) reconhecidos pelo Direito Comunitário, dentre eles, exigir que lhe reparem os danos e prejuízos sofridos.

Transportando esta “máxima” ao caso das omissões legislativas por parte das Assembléias Parlamentárias espanholas percebe-se que dia após dia fortalece-se a tese expansiva de que havendo desídia destas Casas Legislativas em transpor ao ordenamento interno direitos tutelados em âmbito europeu, e que diante da ausência normativa não podem ser exercitados plenamente, deve o Estado responder diretamente também no âmbito interno pelos eventuais danos e prejuízos que esta inabilitação provoque aos jurisdicionados espanhóis.

Defende-se uma nova hipótese de inconstitucionalidade com base na violação do princípio da confiança legítima do cidadão perante as autoridades constituídas e demais órgãos e instituições que compõem o Estado, princípio este corolário do ideal de segurança jurídica irradiado do artigo 9.3 da CE/78.

CONCLUSÕES

Ante todo o exposto, é possível sacarmos as seguintes conclusões:

I

A lei parlamentar admitida pela CE/78 é todo o ato emanado pelo Poder Legislativo com forma, título e força de lei podendo ser conceituada como um *ato público normativo-imperativo de cunho jurídico-formal, de natureza complexa, emanado sob as bases de um processo participativo-democrático de representação da vontade popular por um Parlamento legitimamente constituído a fim de buscar implementar, regulamentar e dar eficácia concreta aos direitos, interesses, deveres, garantias e liberdades constitucionalmente asseguradas a todos os entes jurisdicionados que compõem o Estado.*

II

O texto constitucional privilegia a forma e não o conteúdo do ato legislativo. Basta que a sua edição obedeça a um processo legislativo admitido pela Constituição e prévia e internamente regulamentado por uma das duas Casas Legislativas (Senado e Congresso de Deputados) que integram a Corte Geral do Estado para que adquira a alcunha jurídica de “lei”.

Esta estrutura e este critério formalístico abertamente adotado pelo constituinte de 78, apesar de perigosamente induzir-nos à falsa idéia de que norma jurídica e lei são termos sinônimos (o que não é verdade), acabaram por permitir e admitir que a cada dia surjam e se multipliquem novas espécies legislativas com o estabelecimento de um leque bastante extenso de variantes entre a sua aceção mais puritana (a lei genérica, abstrata, *erga omnes* e sem efeitos lesivos) e a sua forma mais obscena (as leis singulares de caso único), pluralismo tipológico este justificado teleologicamente pela adoção *ab initio* de um conceito unitário de lei.

III

As leis contemporâneas não mais possuem o sentido e o espírito de normatizar criando normas materialmente jurídicas providas de comandos e sanções destinadas a conformar a realidade social projetando *pro futuro* os anseios e os rumos a serem seguidos pela comunidade. São, antes de mais nada, um poderoso, eficaz e arrebatador

instrumento de imposição de vontades políticas e administrativas imediatistas inescrupulosamente concertadas, lesivas e, não raro, alheias aos interesses públicos. A *ratio legis* de hoje é, sem exageros, sinônimo de decisionismo e eleição de finalidades na busca de soluções concretas aos reclamos sociais.

IV

A lei “administrativa” neutral, livre de valores, sem conteúdo jurídico, formalista e funcional impositora de uma legalidade procedimental típica que marcou o Estado Administrativo Regulamentário descrito por SCHMITT durante a monarquia constitucional alemã parece (porque ainda não ficou suficientemente claro o argumento excludente do Tribunal Constitucional) não ter cabida no atual contexto espanhol.

Ao que se percebe, mesmo com a predominância da concepção formalística da lei que emerge do texto constitucional, o TC ao fundamentar grande parte de seus julgados com base numa interpretação material da lei — especialmente nos pronunciamentos relacionados à competência estatal sobre “legislação básica” emergida da análise do artigo 149.1 da CE/78 —, tomando-a como norma jurídica em sua acepção tradicional, acaba por (ao menos em aparência) rechaçar a originária influência da doutrina alemã das leis medidas na configuração das aqui chamadas leis singulares de intervenção, sobretudo no que se refere à correlação automática *lei formal = ato administrativo*.

Nessa linha, parece advogar o TC pela tese de que as leis singulares interventivas também devem estar dotadas de um mínimo de conteúdo material ordenante e inovativo capaz de constituir, desconstituir ou dar uma nova roupagem ao direito sobre o qual incide devendo apresentar uma natureza *constitutivo-normativa* e não uma natureza *formal-declarativa* típica das leis-medidas.

V

Na Espanha atual a lei, apesar de sua primazia no vigente sistema normativo de fontes, não deve mais ser taxada invariavelmente como soberana nem possuir poderes ilimitados. Tampouco pode ser sinônimo de impunidade. Não pode ser excessiva, produto de um desnecessário formalismo, injusta, injustificada, desproporcionada,

inconstitucional, irrazoável e sem finalidade definida, sob pena de constituir-se em ato jurídico efetivamente capaz de provocar danos e prejuízos a seus destinatários e de dar causa a obrigação estatal de indenizar.

VI

O ordenamento jurídico espanhol confunde a responsabilidade civil por atos de *aplicação* ou *execução* (das leis) imputável às Administrações Públicas (Estado-Administração) com a responsabilidade civil por atos de *feitura* ou *edição* de leis imputável ao Estado-Legislator.

O sistema de proteção à incolumidade patrimonial dos jurisdicionados através do mecanismo de imputação da responsabilidade civil privilegia o ato secundário (ato administrativo) e não o ato primário (a lei) quedando-se os danos e prejuízos provocados *diretamente* pelos atos legislativos imunes à qualquer indenização ante a irresponsabilidade do Estado.

VII

A sistemática protetiva há muito vigente gravita em torno ao atrofiado e criticável conceito de *lesão ressarcível* que considera indenizável tão somente os danos queridos e impostos deliberadamente aos destinatários do ato estatal que *não* foram expressos e qualificados previamente por uma lei como um dever jurídico de suportar gratuitamente os efeitos negativos oriundos de sua futura aplicação pelo administrador.

Este enfoque unidirecional ao *ato de aplicação* ou *execução da lei* como a causa-mor da responsabilidade civil do Estado por todos os possíveis supostos reparatórios gerados só admite que se imputem juridicamente a responsabilidade pelos danos e prejuízos particularmente causados se, somente se, o Poder Legislativo “autorizar” que se processem os pleitos indenizatórios contra a Administração Pública em face da sua própria (legislador) desídia, falta de cautela ou mesmo por meio de um voluntarismo justiceiro ao deixar, propositada ou inadvertidamente, de declarar no corpo da lei de regência dos futuros atos de execução o dever que os destinatários têm de suportar solidária e gratuitamente os sacrifícios ínsitos na prática de tais atos (administrativos).

Deste entendimento exsurge um vício sistêmico de origem fundado na vacilante idéia de que a antijuridicidade ínsita no ato de aplicação constitui um reflexo direto da antijuridicidade do ato legislativo-normativo que modelou prévia e estritamente o seu exercício como se a conjugação desses atos (ato legislativo e seguidamente o ato administrativo) de um ato único lesivo se tratara. A coadjuvância da lei aliada ao poder do legislador em decidir definitivamente o rumo da responsabilização *administrativa* impossibilita extrair qualquer solução à problemática que identifica o vício gerador do dano não no seu ato posterior de execução (ato administrativo), mas sim na própria lei que o rege (ato legislativo).

VIII

Majoritariamente tanto a doutrina quanto a jurisprudência esmeram-se em mal e atrofiadamente defender que os únicos supostos indenizatórios genuinamente imputáveis ao Estado-Legislator são aqueles derivados dos danos e prejuízos provocados por *atos administrativos de aplicação de leis declaradas inconstitucionais*.

Nesta perspectiva, 04 (quatro) seriam invariavelmente as hipóteses indenizáveis: 1ª) a lei declarada inconstitucional por violação de algum ou alguns dispositivos constitucionais concretos onde todos os danos e prejuízos eventualmente provocados por atos de aplicação deverão ser integralmente ressarcidos pela via da responsabilidade civil do Estado; 2ª) a lei produz danos expropriatórios em razão de sua própria *natureza expropriante* que deverão ser compensados com base na concepção de justo preço do artigo 33.3 da CE/78; 3ª) a lei de *natureza não expropriatória* causadora de danos reconhecer o dever da Administração de indenizar e estipular em seu próprio texto a quantia e os mecanismos de processamento da indenização conforme determinação do artigo 139.3 da LRJAP y PAC/92; 4ª) na hipótese de uma lei de *natureza não expropriatória* que não preveja nada a respeito (silêncio) de uma possível compensação aos seus destinatários a única possibilidade de compensação residiria num suposto beneplácito por parte do TC ou outro órgão ordinário judicante em caso de um eventual enquadramento interpretativo e equiparativo da ação legislativa interventiva no conceito de privação singular, hipótese em que aplicar-se-ia a garantia do artigo 33.3 da Constituição em face da caracterização de uma expropriação *ope legis*.

IX

Ao revés, para os que defendemos não ser a declaração prévia de inconstitucionalidade da lei um *prius* lógico, necessário e condicionante do dever estatal de indenizar, a responsabilização pelos danos legislativos configurar-se-ia nas seguintes hipóteses: 1º) a responsabilidade patrimonial poderá ser imputada ao Estado no caso da lei violar direta e frontalmente dispositivo constitucional e causar dano a seus destinatários (indenização com causa na inconstitucionalidade) através de atos administrativos de aplicação; 2º) o direito à compensação, bem como a sua quantia e mecanismos resultariam dispostos na própria lei danosa não expropriante segundo a regra do art. 139.3 da LRJAP y PAC/92; 3º) a lei produz danos expropriatórios em razão de sua própria *natureza expropriante* que deverão ser compensados com base na concepção de justo preço do artigo 33.3 da CE/78; 4º) a responsabilidade civil do Estado poderá ser imputada com base no princípio geral insculpido no artigo 9.3 c/c arts. 33.2 e 53.1 da CE/78 nos casos em que a lei declarada constitucional *não for de natureza expropriatória e tampouco enquadrar-se, por equiparação, no extenso conceito material de privação singular* do artigo 1º da LEF/1954 através de um beneplácito oriundo de uma possível interpretação do TC ou do órgão ordinário judicante.

X

O freqüente alargamento do conceito de privação singular aliado a sua (in)conseqüente aplicação indiscriminada, por equiparação, a todos os danos legislativos provocados por atos legislativos de natureza *não expropriatória* conduzem à falsa conclusão de que a garantia expropriatória do artigo 33.3 da CE/78 constitui-se numa cláusula indenizatória universal capaz de agasalhar todo e qualquer caso de indenização a cargo de quaisquer um dos três poderes do Estado, como se fosse a única via ressarcitória admissível pelo atual sistema.

Esse estrabismo jurídico se dá, fundamentalmente, pela adoção explícita e inflexível por parte do Tribunal Constitucional da teoria de proteção absoluta ao conteúdo essencial de direitos fundamentais garantido pelo artigo 53.1 da CE/78 cuja mínima violação produz, automaticamente, justa causa para a declaração de inconstitucionalidade da lei dando azo, portanto, à onipresença da garantia expropriatória do artigo 33.3 da Constituição na solução de todos os supostos indenizatórios gerados pelos atos interventivos lesivos do Estado.

Transportando esta premissa à problemática da responsabilidade do Estado-Legislator é possível afirmarmos que apesar de válida não é ela capaz de garantir com justiça e eficácia, de modo uniforme, a indenizabilidade dos sacrifícios individualmente gerados pelos atos legislativos intervencionistas do Estado, sobretudo os de cunho restritivos (restrições legislativas), na medida em que direciona e concentra a reparação equiparando todo e qualquer sacrifício imposto legislativamente à solução jurídica empregada aos danos provocados por expropriações *ope legis* induzindo que a quantificação indenizatória se dê obrigatoriamente sob as bases únicas e exclusivas da *aestimatio rei* e não sob as bases do *id quod interest*, critério este de melhor aplicação prática a muitos supostos legislativos lesivos que acabam diuturnamente por infringir a garantia da incolumidade patrimonial constitucionalmente assegurada aos particulares.

XI

A expropriação *ope singulis legis* inconstitucional é o exemplo mais extremo e notório de um ato legislativo provocador de sacrifícios particularizados. Contra a fúria do legislador erige-se a garantia expropriatória do artigo 33.3 da CE/78 ativada em 03 (três) oportunidades: 1ª) quando a lei expropriatória denegar expressamente em seu bojo qualquer espécie de compensação ao seu(s) destinatário(s); 2ª) quando o legislador expropriante silenciar-se, voluntária ou negligentemente, quanto à compensação pecuniária que dá legitimidade à prática de seu ato e; 3ª) quando a lei de natureza expropriante, apesar de arbitrar em seu bojo o valor da compensação e indicar os mecanismos e parâmetros para a sua concretização final, denegue ao particular o direito de pleitear nas vias ordinárias uma complementação indenizatória com base na discussão daquilo que subjetivamente entende por justo preço.

XII

O ordenamento espanhol não aceita uma responsabilidade por atos legislativos do Estado com base em leis constitucionalmente legítimas. Não se concebe que uma lei “lícita”, porque conforme à Constituição, cause sacrifícios passíveis de indenização pela via da responsabilização civil. A eventual compensação só se dá a título de mera benevolência do legislador ou, em último caso, se o ato legislativo for enquadrado judicialmente como um ato de privação singular (Art. 1º LEF/1954) compensável (Art. 33.3 CE/78), hipótese em que illogicamente a sua originária “licitude” transmuda-se em “ilicitude”.

XIII

O artigo 139.3 da LRJAP y PAC/1992 não constitui a norma de regência da responsabilidade legislativa pela imposição de sacrifícios gerados por leis constitucionalmente legítimas de natureza *não expropriatória* porque, ademais de apresentar-se como uma verdadeira falácia jurídica “protetiva”, está fadado fundamentalmente a reagir contra a prática de danos e prejuízos oriundos da *aplicação de leis* através de um regime jurídico indenizatório mutável segundo o livre arbítrio e a conveniência do legislador, o verdadeiro algoz dos particulares.

XIV

Na responsabilidade civil por atos legislativos do Estado o fundamento jurídico do dever de indenizar do legislador está no *excesso no exercício do seu poder constitucional de legislar* aferido após a aplicação do teste de proporcionalidade sobre a lei.

Se o legislador ultrapassa as divisas e as zonas livres permitidas ao exercício pleno de sua atividade legisferante agindo *contra constitutione*, este transborde dará causa à controlabilidade judicial do ato legislativo praticado de forma abusiva podendo tanto incorrer diretamente em inconstitucionalidade como também numa conduta lesiva marcada pelo excesso, pese a sua constitucionalidade.

Essa alternatividade nos leva à conclusão de que é falso o paradigma de que a declaração de inconstitucionalidade do ato legislativo constitui um codinome de abuso de poder (antijuridicidade por violação da Constituição = abuso ou excesso de poder) e não, uma das possíveis causas jurídicas de justificação do dever de indenizar do legislador.

XV

A configuração de uma responsabilidade civil do Estado pela edição de atos legislativos “lícitos”, porém danosos, é visualizável através da desvinculação do conceito de *restrição legislativa* do amplo conceito de *privação singular* estatuído pelo artigo 1.1 da LEF/1954, da relativização da idéia de “violação” de direitos, interesses e liberdades correlacionada à antijuridicidade e à inconstitucionalidade que a contrariedade ao princípio da interdição de arbitrariedade atualmente encerra, bem

como do remodelamento do conceito jurídico de *sacrifício* que, apartando-se de sua tradicional indistinção com relação à idéia extrema de expropriação ou privação, admitiria uma nova faceta menos traumática: a de classificar-se também como *um menoscabo patrimonial individualizado, imposto dolosa ou culposamente pelo Estado (no nosso caso, o Estado-Legislator), causado pelos efeitos restritivos incidentes temporal ou permanentemente, parcial ou integralmente, sobre o conteúdo útil e econômico não necessariamente essencial do direito e/ou interesse juridicamente protegido.*

Seu embasamento jurídico adviria da conjugação dos artigos 9.3, 33.2 e 53.1, todos da CE/78, com base numa eventual “*infração arbitral*” provocada por um ato intervencionista (em tese) de menor densidade (como *e.g.* a imposição de restrições legislativas) apurado após uma análise do *controle de resultado da normação* incidente concretamente sobre o conteúdo (não necessariamente aquele abstratamente taxado de essencial) dos direitos e interesses regulados.

XVI

A arbitrariedade do legislador não deve estar fadada a constatação da antijuridicidade do ato como causa da inconstitucionalidade por violação de um direito ou interesse apresentando-se como um critério autônomo aplicável em extensão à solução da problemática da responsabilidade com causa numa lei constitucional capaz de gerar uma infração provocadora de sacrifício (restritivo) não suficiente para retirá-la do ordenamento jurídico.

Do caráter dúplice da arbitrariedade resultariam 02 (duas) situações marcadas pelo excesso do legislador passíveis de indenização sob a égide dos axiomas de justiça (Art. 1.1 CE/78) e equidade comutativa-distributiva: 1º) se do ato legislativo arbitrário resultar uma “*violação*” *direta e frontal à Constituição* haverá causa justificada para a declaração de sua inconstitucionalidade e, eventualmente, na via ordinária adequada, para que se pleiteie a correspondente indenização e; 2º) se do ato legislativo resultar uma “*infração*” *indireta e não frontal à Constituição* haverá causa suficiente para que nas vias ordinárias busque o destinatário dito sacrificado ativar o mecanismo da responsabilidade civil do Estado em face da edição de ato legislativo lícito/constitucional, porém, a seu juízo, lesivo.

XVII

Ainda não há um fundamento jurídico plausível capaz de imputar-se ao Estado com vistas a obrigá-lo a indenizar os danos e prejuízos causados por suas omissões legislativas.

Até aqui o único pressuposto admissível é que a responsabilidade estatal por ato legislativo omissivo é sempre decorrente de um ato “ilícito” do legislador em face da sua abstenção legislativa contrastada às imposições prévia e expressamente dispostas pela norma suprema do Estado.

O argumento jurídico incipiente no sentido de justificá-la é fruto de um influxo interpretativo extraído das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Tribunal de Luxemburgo) nos casos envolvendo a análise judicial de atos estatais viciados de “*anticomunitariedad*” (*não transposição, incorreta transposição* ou mesmo *tardia transposição de diretivas*) cuja doutrina tenta-se internalizar através da configuração de uma espécie de inconstitucionalidade com base na violação do princípio da confiança legítima do cidadão perante as autoridades constituídas e demais órgãos e instituições que compõem o Estado espanhol, princípio este corolário do ideal de segurança jurídica irradiado do artigo 9.3 da CE/78.

XVIII

Diante de todas estas nuances é possível afirmarmos que o *quid iuris* inicialmente plantado — *É possível imputar-se a responsabilidade civil ao Estado-Legislador espanhol obrigando-o juridicamente a indenizar os danos e prejuízos impostos à esfera patrimonial protegida de seus jurisdicionados?* — não pôde ser totalmente confirmado. Salvo os casos de declarada inconstitucionalidade da lei, a temática ainda permanece uma incógnita.

A instabilidade gerada pela timidez argumental encontra hoje, lamentavelmente, refúgio tanto doutrinário quanto jurisprudencial na teoria que descarta a responsabilidade civil por atos legislativos do Estado por falta de um prévio «*desarrollo legislativo habilitante*» ante a (suposta) falta de auto-executoriedade e aplicabilidade prática do princípio de responsabilidade de todos os poderes públicos gravado na cláusula protetiva do artigo 9.3 da Constituição de 1978, servindo dita tese

de subterfúgio à defesa equivocada da correlação *responsabilidade objetiva do Estado-Legislator = responsabilidade legislativamente posta*, uma falsa fórmula paritária que impede que na Espanha, «hoy por hoy», investigue-se à fundo os casos, os fundamentos e o modo sob os quais se deve ativar o dever de indenizar do legislador a partir do risco social que a sua atividade ou inatividade diuturnamente produz.

BIBLIOGRAFIA

- ABA CATOIRA, A.** *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999;
- ABREU E SILVA, R.** *A falta contra a legalidade constitucional*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005;
- AFONSO VAZ, M.** *Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, tese doutoral, Porto, 1993;
- AHUMADA RAMOS, F.J.** *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004;
- ALBERTI ROVIRA, E.** «Leyes medida y distribución de competencias: un paso más en la interpretación extensiva de las «bases normativas» en la jurisprudencia constitucional (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 179/1985, de 19 de diciembre)», en *REDC*, a. 6, nº 18, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986 (Septiembre-Diciembre), pp. 141-160;
- ALEGRE ÁVILA, J.M.** «El derecho de reversión en las expropiaciones legislativas. El caso RUMASA en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RAP*, nº 132, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (Septiembre-Diciembre), pp. 229-263;
- ALESSI, R.** *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1951;
- ALEXY, R.** *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. esp. e estudo introdutório de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007;
- ALONSO GARCÍA, M.C.** *La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador*, Marcial Pons, Madrid, 1999;
- ALONSO PÉREZ, M.** *Meditaciones de fin de siglo sobre el derecho vigente en la España del 98 y sus fundamentos ideológicos (Lección inaugural del curso académico 1998/99 de la Universidad de Salamanca)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1998;
- ALTAMIRA GIGENA, J.I.** *Responsabilidad del Estado*, prólogo de Manuel María Díez, Depalma, Buenos Aires, 1973;
- ALVES DE FREITAS, M.H.D.** «Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos», en *Revista Jurídica*, São Paulo, a. XLVI, nº 247, 1998 (maio);
- ÁNGEL YÁGÜEZ, R.** *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993;

- ARAGÓN REYES, M.** «Tipología de las normas constitucionales», em *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Civitas, Madrid, 2003, pp. 6.351-6.359;
- ARCE JANÁRIZ, A.** *El parlamento en los tribunales: prontuario de jurisprudencia parlamentaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004;
- ARCOS VIEIRA, M.L.** *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005;
- ARIÑO ORTIZ, G.** «Leyes singulares, leyes de caso único», em *RAP*, nº 118, Madrid, 1989 (Enero-Abril), pp. 57-101;
- ARRIBAS BRIONES, P.** *Limitaciones singulares a la propiedad y su indemnización*, tese doutoral dirigida por Gaspar Ariño Ortiz, Universidad de Valladolid – Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Administrativo, 1988;
- AYALA MUÑOZ, J.M...[et al.]**. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000;
- BACIGALUPO SAGGESE, M. e VELASCO CABALLERO, F.** ««Limites inmanentes» de los derechos fundamentales y reserva de ley (Dos puntos de vista a propósito de la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1993)», em *REDA*, nº 85, Civitas, Madrid, 1995 (Enero-Marzo), pp. 115-131;
- BANDEIRA DE MELLO, C.A.** «Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos», em *Revista dos Tribunais*, vol. 552, São Paulo, 1981 (outubro);
- *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., 6ª tiragem, Malheiros, São Paulo, 1999;
- *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., revista e atualizada até as Emendas 41 (da Previdência) e 42, de 2003, Malheiros, São Paulo, 2004;
- BAÑO LÉON, J.M.** «La igualdad como derecho público subjetivo», em *RAP*, nº 114, Madrid, 1987 (Septiembre-Diciembre), pp. 179-195;
- BARNÉS, J.** «El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978», em *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, coordenação de Javier Barnés, Tecnos, Madrid, 1995, 25-66;
- «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», em *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, *El principio de proporcionalidad*, INAP, Madrid, 1998 (Septiembre-Diciembre), pp. 15-49;
- BENDA, E.** «El Estado Social de Derecho», em *Manual de Derecho Constitucional*, apresentação de Konrad Hesse, edição, prolegômeno e tradução de Antonio López Pina, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 487-559;

- BERNAL PULIDO, C.** *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador)*, prólogo de José Luis Cascajo Castro, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003;
- BETTI, E.** *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. e prólogo por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado: Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1975;
- BEZNOS, C.** *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*, Fórum, Belo Horizonte, 2006;
- BIAGI, C.P.** *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2005;
- BLANQUER, D.** «La soberanía del arbitrio judicial en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», em *Cuadernos de Derecho Judicial II (Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez)*, direção de José Díaz Delgado, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 16-55;
- BOBBIO, N.** *Teoría general del Derecho*, trad. esp. de Eduardo Roza Acuña, Debate, Madrid, 1993;
- BÜLOW, E.** «La legislación (Capítulo XIV)», em *Manual de Derecho Constitucional*, apresentação de Konrad Hesse; edição, prolegômeno e tradução de Antonio López Pina, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 727-765;
- BUSTO LAGO, J.M.** *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998;
— «La responsabilidad civil de las administraciones públicas», em *Tratado de responsabilidad civil*, coordenação de Luis Fernando Reglero Campos, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 1.709-1.848;
- BUSTOS PUECHE, J.E.** «Consideraciones sobre la llamada metodología jurídica», em *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 277-298;
- CABRAL DE MONCADA, L.S.** *Ensaio sobre a lei*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002;
- CALABRESI, G.** *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, prólogo de Joaquim Bisbal, Ariel, Barcelona, 1984;
- CAPPELLETTI, M.** «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y a legitimidad de la «justicia constitucional»», trad. de Pablo Luis Durán, em *REDC*, a. 6, nº 17, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986 (Mayo-Agosto), pp. 09-46;
- CARPIZO, J.** «El poder: su naturaleza y su tipología», em *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de*

- Manuel García-Pelayo*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, pp. 833-855;
- CARRERAS, F.** «La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española», em *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 15, Universidad Complutense, Madrid, 1989, pp. 287-318;
- CARRÉ DE MALBERG, R.** *Teoría general del Estado*, versão espanhola de José Lión Depetre, Fondo de Cultura Económica, Pánico (México), 1948;
— *La loi, expression de la volonté générale*, prefácio de Georges Burdeau, Economica, Paris, 1984;
- CARVALHO FILHO, J.S.** «A responsabilidade civil do Estado por atos legislativos», em *Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro*, a. 14, nº 24, Rio de Janeiro, 1993 (março), pp. 62-72;
- CASSAGNE, J.C.** *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994;
- CASTAÑO SANCHO, A.** «La contaminación de la jurisprudencia civil en materia de responsabilidad aquiliana por los criterios de la jurisdicción contencioso-administrativa», em *REDA*, nº 101, Civitas, Madrid, 1999 (Enero/Marzo), pp. 127-138;
- CAZORLA PRIETO, L.M.** *Las cortes generales: ¿Parlamento contemporáneo?*, Civitas, Madrid, 1985;
- CHINCHILLA MARÍN, C.** *La desviación de poder*, 2ª ed., 2ª reimpressão atualizada e ampliada, prólogo a 1ª ed. de Jesús Leguina Villa, Civitas, Madrid, 2004;
- CHIRONI, G.P.** *La culpa en el derecho civil moderno: culpa extra-contractual*, vol. 2, traduzida da 2ª ed. italiana por C. Bernardo de Quirós, Hijos de Reus, Madrid, 1906;
- CHUECA SANCHO, Á.G.** «La sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ruiz Mateos», em *RDL*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 1994, pp. 553-570, disponível em <<http://hdl.handle.net/10016/1505>> (data da consulta: 13/08/2008);
- COBREROS MENDAZONA, E.** *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1994;
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.** *Jurisprudencia de la Sala tercera (Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo en recursos de revisión*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, años 1990; 1991, 1992, 1993, 1994;
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2004;
- CORBAL FERNÁNDEZ, J...[et al.].** *Código Civil: comentarios y jurisprudencia*, 16ª ed., Colex, Madrid, 2007;
- CRETILLA JÚNIOR, J.** «Responsabilidade do Estado por ato legislativo», em *RDP*, vol. 71, RT, São Paulo, 1984 (jul./set), pp. 60-75;

- CONTRERAS, P.P.** «Unidad constitucional y codificación del Derecho Privado», em *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, directores: A. Menéndez Menéndez e A. Pau Pedrón, seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003 (ponencias, Manuel Atienza Rodríguez...[et al.]; comunicaciones, Bonificacio de la Cuadra...[et al.], prólogo de Rodolfo Martín Villa, 1ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 499-540;
- CROSSLAND, H.G.** «La codificación del Derecho Comunitario», em *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, directores: A. Menéndez Menéndez e A. Pau Pedrón, seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003 (ponencias, Manuel Atienza Rodríguez...[et al.]; comunicaciones, Bonificacio de la Cuadra...[et al.], prólogo de Rodolfo Martín Villa, 1ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 485-498;
- CRUZ VILLALÓN, P.** «Formación y evolución de los derechos fundamentales», em *REDC*, a. 9, nº 25, Madrid, 1989 (Enero-Abril), pp. 35-62;
 — «Derechos fundamentales y legislación», em *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pp. 407-423;
 — «Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley», em *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, a. 11, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 147-168;
 — «La Constitución y «el resto» del ordenamiento jurídico», em *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Civitas, Madrid, 2003, pp. 6.361-6.372;
- CUEVILLAS MATOZZI, I.** *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños (su perspectiva desde la doctrina el Tribunal Supremo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000;
- DE CASTRO Y BRAVO, F.** *Derecho Civil de España*, introdução de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1984;
- DE CUPIS, A.** *El daño: teoria general de la responsabilidad civil*, tradução espanhola da 2ª ed. italiana e estudo preliminar por Ángel Martínez Carrión, Bosch, Barcelona, 1975;
- DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L.** «Los fines de interés público como «causa» y como «límite» de la competencia y como «medio» y «medida» de control jurídicos», em *RAP*, nº 85, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978 (Enero-Abril), pp. 151-221;
- DE OTTO, I.** *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988;
- DI PIETRO, M.S.Z.** *Direito Administrativo*, 13ª ed., Atlas, São Paulo, 2001;
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.** «Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)», em *REDC*, a. 8, nº 24, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988 (Septiembre-Diciembre), pp. 47-93;
 — «Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)», em *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pp.167-207;

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. III (*Las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad, la posesión*), 4ª ed., Civitas, Madrid, 1995;

— e **GULLÓN BALLESTEROS, A.** *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (*El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*), 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995;

— *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999;

— «De nuevo sobre la codificación (del Código Civil a la Constitución)», em *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, vol. II, direção e coordenação de Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 1.157-1.168;

— «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», em *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Coordinadores: Ricardo de Ángel Yágüez e Mariano Yzquierdo Tolsada, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 101-120;

— «Propiedad y Constitución», em *Propiedad y Derecho Civil*, Coordinador: Vicente Guilarte Gutiérrez, Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2006, pp. 13-22;

DOMÉNECH PASCUAL, G. «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional», em *REDA*, nº 110, Civitas, Madrid, 2001 (Abril-Junio), pp. 275-299;

DUARTE, F.C. *Ação de indenização e desapropriação indireta*, Juruá Editora, Curitiba, 2003;

DUGUIT, L. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, tradução de Carlos G. Posada, Francisco Beltrán: Librería española y extranjería, Madrid, 1912;

— *Las transformaciones del Derecho Público*, tradução com estudo preliminar de Adolfo Posada e Ramón Jaén, Francisco Beltrán: Librería española y extranjería, Madrid, 1913;

DUNI, G. *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1968;

EIRANOVA ENCINAS, E. *Código civil alemán: comentado: BGB*, introdução de Hein Kötz e comentário da reforma do direito da infância de 1 julho de 1998 da professora Dra. Dagmar Coester-Waltjen, Marcial Pons, Madrid, 1998;

ESCUIN PALOP, V. *El acto administrativo implícito*, Civitas, Madrid, 1999;

ESTEVILL, L.P. *Derecho de daños*, tomo I (*principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual*), 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1995;

FALCÓN Y TELLA, M.J. «La ley y la naturaleza de la cosa: el «íter» jurídico», em *Revista de la Facultad de Derecho*, curso 1999-2000, 92 anuário, Universidad Complutense, Madrid, 1999, pp. 91-147;

— *Equidad, Derecho y Justicia*, Ramón Areces, Madrid, 2005;

FASSBENDER, B. «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», em *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, *El*

principio de proporcionalidad, com tradução de Diego Marín-Barnuevo Fabo, INAP, Madrid, 1998 (Septiembre-Diciembre), pp. 51-73;

FERNÁNDEZ DE AGUIRRE Y FERNÁNDEZ, J.C. «La responsabilidad patrimonial del Estado: evolución y examen de la doctrina general», em *Cuadernos de Derecho Judicial II (Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez)*, direção de José Díaz Delgado, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 372-398;

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. «Expropiación y responsabilidad: nuevos criterios jurisprudenciales», em *RAP*, nº 67, 1972, pp. 147-196, disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111375>> (data da consulta: 04/02/2008);

— *De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1998;

FERNÁNDEZ SEGADO, F. «El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución», em *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 75, curso 1989-1990, Universidad Complutense, Madrid, 1990, pp. 303-334;

FERRANDIS VILELLA, J. «El Código Civil y las leyes especiales. La «descodificación» del Derecho Civil», em *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, vol. II, direção e coordenação de Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 1.209-1.222;

FIGUEROA LARAUDOGOITIA, A. e OSÉS ABANDO, J. «La evaluación legislativa como control parlamentario», em *Parlamento y control del Gobierno: V jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, coordenação de F. Pau I Vall, Aranzadi, Navarra, 1998, pp. 213-239;

FIGUERUELO BURRIEZA, A. «La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo», em *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 81, 1993 (Julio-Septiembre), pp. 47-72, disponível em <http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=xg0hzy2urk0f0d55p24lfemt_910011&ART=3,16819,REPNE_081_048.pdf> (data da consulta: 06/09/2008);

FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2003;

FISCHER, H.A. *Los daños civiles y su reparación*, traduzido do alemão com concordâncias e um apêndice sobre o Direito espanhol por W. Roces, Madrid, 1928;

FREITAS, J. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*, Vozes, Petrópolis, 1989;

FROSINI, V. *La letra y el espíritu de la ley*, 1ª ed., prólogo de Carlos Alarcón Cabrera, Ariel, Barcelona, 1995;

FORSTHOFF, E. *Stato di diritto in trasformazione*, tradução de Carlo Amirante, Giuffrè, Milano, 1973;

- FUSTEL DE COULANGES, N.D.** *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, RT, São Paulo, 2003;
- GAGO GUERRERO, P.F.** «El exceso legislativo como atentado a las libertades. En torno a la libertad y la ley, de Bruno Leoni», em *Revista de la Facultad de Derecho*, curso 1994-1995, nº 85, Universidad Complutense, Madrid, 1996, pp. 69-116;
- GALÁN VIOQUE, R.** *La Responsabilidad del Estado Legislador*, Cedecs, Barcelona, 2001;
- GALETTA, D.U.** «El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario», em *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, INAP, Madrid, 1998 (Septiembre-Diciembre), pp. 75-118;
- GALLARDO CASTILLO, M.J.** «Seis años de Jurisprudencia sobre jubilaciones anticipadas: la consagración de la impunidad del legislador (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992)», em *RAP*, nº 133, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994 (Enero-Abril), pp. 343-371;
- GAMA SANTOS, P.R.** «Breve estudo sobre a responsabilidade civil do Estado pelo ilícito legislativo no direito português», em *Jus Navigandi*, a.11, nº 1387, de 19 abr., Teresina, 2007, disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9771>> (data da consulta: 08 fev. 2008);
- GANDINI, J.A.D. e SALOMÃO, D.P.S.** «A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva», em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 232, Rio de Janeiro, 2003 (abr./jun.), pp. 199-230;
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.** «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», em *RAP*, nº 30, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1959 (Septiembre-Diciembre), pp. 131-166;
- «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo», em *34 artículos seleccionados de la RAP con ocasión de su centenario*, INAP, Madrid, 1983, pp. 590-623;
 - *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1983;
 - *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la Administración*, Civitas, Madrid, 1984;
 - *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1984;
 - «¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota», em *RAP*, nº 124, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991 (Enero-Abril), pp. 211-228;
 - «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la ley de costas», em *RAP*, nº 141, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996 (Septiembre-Diciembre), pp. 131-152;
 - «El fin del caso *factortame*. La responsabilidad patrimonial final del Reino Unido», em *RAP*, nº 145, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998 (Enero-Abril), pp. 117-144;

- e **MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.** *El Derecho, la Ley y el Juez: dos estudios*, Civitas, Madrid, 1999;
- *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999;
- «El valor normativo de la Constitución española de 1978», em *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, pp. 67-91;
- «La Administración Pública y la Ley», em *REDA*, nº 108, Civitas, Madrid, 2000 (Octubre-Diciembre), pp. 565-574;
- *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001;
- «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», em *RAP*, nº 159, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002 (Septiembre-Diciembre), pp. 173-206;
- «La inexistencia de jurisdicción en los tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador», em *Derecho Privado y Constitución*, nº 17 (número monográfico sobre fontes de direito em homenagem ao professor Javier Salas Hernández), a.11, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 269-290;
- «El principio de «la responsabilidad de los poderes públicos» según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», em *REDC*, a. 23, nº 67, Madrid, 2003 (Enero-Abril), pp. 15-47;
- *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007;

GARCÍA DE HARO, R. «Para la recuperación de la noción teológica de ley», em *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 689-721;

GARCÍA GALLO, A. *Manual de Historia del Derecho Espanhol II (metodología historico-jurídica, antología de fuentes del Derecho Espanhol)*, 3ª ed. revisada, A.G.E.S.A., Madrid, 1967;

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. «La sistematización del derecho norteamericano: la «codificación desde abajo»», em *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, directores: A. Menéndez Menéndez e A. Pau Pedrón, seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003 (ponencias, Manuel Atienza Rodríguez...[et al.]; comunicaciones, Bonificacio de la Cuadra...[et al.], prólogo de Rodolfo Martín Villa, 1ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 473-484;

GARRIDO FALLA, F. «La teoría de la indemnización en Derecho Público», em *Estudios dedicados al profesor GASCÓN Y MARÍN en el cincuentenario de su docencia*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1952, pp. 411-416;

- «El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada», em *RAP*, nº 81, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976 (Septiembre-Diciembre), pp. 07-33;
- «Sobre la responsabilidad del Estado Legislador», em *RAP*, nº 118, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (Enero-Abril), pp. 35-56;

- «La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado», em *RAP*, nº 119, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (Mayo-Agosto), pp. 07-48;
- «La Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992», em *REDA*, nº 77, Civitas, Madrid, 1993 (Enero-Marzo), pp.125-132;
- «A vueltas con la responsabilidad del Estado Legislador: las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 y de 5 de marzo de 1993», em *REDA*, nº 81, Civitas, Madrid, 1994 (Enero-Marzo), pp. 111-120;
- e **FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M.** *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las leyes 30/1992 y 4/1999)*, 3ª ed. totalmente revisada, Civitas, Madrid, 2000;

GARRIDO MAYOL, V. *La responsabilidad patrimonial del Estado: especial referencia a la responsabilidad del Estado Legislador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004;

GARRONE, F.C.R. «El derecho a un juicio equitativo (comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993, en el asunto «Ruiz Mateos c. España»)», em *Revista de Instituciones Europeas*, nº 21, 1994 (Enero-Abril),
http://www.cepc.es/rap/Resultados.aspx?IDS=10rsyb55kah1pgyah10h5bzu_961329
 (data da consulta: 13/08/2008);

GOMES CANOTILHO, J.J. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Almedina, Coimbra, 1974;

- *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001;
- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2002;

GONZÁLES BEILFUSS, M. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000;

- *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003;

GONZÁLES PÉREZ, J. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2000;

GONZÁLEZ SALINAS, P. «La responsabilidad del Estado por anticipar la edad de jubilación», em *RAP*, nº 114, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987 (Septiembre-Diciembre), pp. 245-252;

GRAU, E.R. *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002;

HAURIOU, M. *Principios de Derecho Público y Constitucional*, com um prólogo para a edição espanhola, tradução, estudo preliminar, notas e adições por Carlos Ruiz del Castillo, Reus, Madrid, 1927;

HAYEK, F.A. *Camino de servidumbre*, tradução de José Vergara Doncel, Alianza, Madrid, 1977;

- HESSE, K.** *A força normativa da Constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991;
- «Significado de los derechos fundamentales», em *Manual de Derecho Constitucional*, tradução de Antonio López Pina, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 83-115;
- IBAÑEZ, S.G.V.** «Responsabilidad del Estado Legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la ley 30/1992», em *REDA*, nº 104, Civitas, Madrid, 1999 (Octubre/Diciembre), pp. 633-641;
- IGLESIAS, J.** *Las fuentes del Derecho Romano*, Civitas, Madrid, 1989;
- IHERING, R.V.** *La lucha por el derecho*, versão espanhola de Adolfo Posada com um prólogo de Leopoldo Alas, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1921;
- IRTI, N.** *La edad de la descodificación*, tradução e introdução de Luis Rojo Ajuria, apresentação de Agustín Luna Serrano, Bosch, Barcelona, 1992;
- JEREZ DELGADO, C.** «Indexación: una técnica al servicio de la seguridad jurídica», em *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, diretores: A. Menéndez Menéndez e A. Pau Pedrón, seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003 (ponencias, Manuel Atienza Rodríguez...[et al.]; comunicaciones, Bonificacio de la Cuadra...[et al.], prólogo de Rodolfo Martín Villa, 1ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 575-586;
- JESCH, D.** *Ley y Administración: estudio de la evolución del principio de legalidad*, 1ª ed., tradução de Manuel Heredero, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978;
- JÈZE, G.** *Principios generales del Derecho Administrativo*, vol. I (*La técnica jurídica del Derecho Público francés*), tradução de Julio N. San Millán Almagro, Depalma, Buenos Aires, 1948;
- JIMÉNEZ CAMPO, J.** «El legislador de los derechos fundamentales», em *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pp. 473-510;
- JORDANO FRAGA, J.** «La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas», em *RAP*, nº 149, 1999, pp. 321-336, disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17442>> (data da consulta: 10/05/2008);
- JOSSERAND, L.** *Derecho Civil*, revisado e completado por André Brun, tomo I, vol. III (*La propiedad y los otros derechos reales y principales*), tradução de Santiago Cunchillos y Manterota, Bosch, Buenos Aires, 1950;
- KELSEN, H.** *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. de Luís Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 2000;

- KIMMINICH, O.** «La propiedad en la Constitución Alemana», em *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, coordenação de Javier BARNÉS, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 151-173;
- LABAND, P.** *Derecho presupuestario*, estudo preliminar por Álvares Rodríguez Berejio, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979;
- LACRUZ BERDEJO, J.L...[et al.]**. *Elementos de Derecho Civil*, tomo 3 (*Derechos reales*), vol. 1 (*Posesión y propiedad*), parte 2, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1988;
- LAISSEZ-FAIRE.** WIKIPÉDIA. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation, disponível em <<http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Laissez-faire&oldid=9298828>> (acesso em: 18 Fev 2008);
- LAPORTA, F.J.** «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general», em *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, diretores: A. Menéndez Menéndez e A. Pau Pedrón, seminário organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003 (ponencias, Manuel Atienza Rodríguez...[et al.]; comunicaciones, Bonificacio de la Cuadra...[et al.], prólogo de Rodolfo Martín Villa, 1ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 29-88;
— *El imperio de la ley: una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007;
- LARENZ, K.** *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, tradução e apresentação de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 2001;
- LASALLE RUIZ, J.M.** *John Locke y los fundamentos modernos da propiedad*, Dykinson, Madrid, 2001;
- LASSALLE, F.** *¿Qué es una Constitución?*, estudo preliminar de Eliseo Aja, Ariel, Barcelona, 1989;
- LEGUINA VILLA, J.** *La responsabilidad civil de la Administración Pública: su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, 2ª ed., prólogo de Eduardo García de Enterría, Tecnos, Madrid, 1983;
- LEÓN GONZÁLEZ, J.M.** «Significado y función de la culpa en actual Derecho de Daños. (Especial consideración de la culpa de la víctima)», em *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno (IV congreso iberoamericano de derecho romano)*, coordenação de A. MURILLO VILLAR, Universidad de Burgos, Burgos, 2001, pp. 23-39;
- LIPARI, N.** *Derecho privado: un ensayo para la enseñanza*, prólogo de Evelio Verderra y Tuelis, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980;
- LLAMAS POMBO, E.** *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor (entre la aestimatio rei y el id quod interest)*, Trivium, Madrid, 1999;
— **(Coordinador)**. *Código [de] leyes civiles generales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2002;

- «La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del Derecho de Daños)», em *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II (*Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*), Civitas, Madrid, 2003, pp. 2.203-2.225;
- LOCKE, J.** *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, tradução, prólogo e notas de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 1990;
- LOEWENSTEIN, K.** *Teoría de la Constitución*, tradução e estudio sobre a obra por Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1970;
- LOPES, A.M.D.** *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001;
- MAESTRO BUELGA, G.** «Negociación y participación en el proceso legislativo», em *Revista de Derecho Político*, nº 32, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1991, pp. 55-118;
- MALUF, C.A.D.** *Limitações ao direito de propriedade*, 2ª ed., revista, atualizada e ampliada, prefácio do Professor Miguel Reale, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005;
- MARIENHOFF, M.S.** «Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa», em *Revista de Direito Público*, nº 68, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983 (outubro-dezembro), pp. 05-15;
- «Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos», em *Actualidad y perspectivas del derecho publico a fines del siglo XX, homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. II, Editorial Complutense, Madrid, 1992, pp. 1.247-1.261;
- MARTÍN-GRANIZO, M.F.** *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español*, Aranzadi, Pamplona, 1972;
- MARTÍN MORALES, R.** «La *interpositio legislatoris* en los supuestos de limitación de derechos fundamentales a través de remisión constitucional expresa al juzgador», em *Estudios de Derecho Público, Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I (*Derecho Público I*), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 401-412;
- MARTÍN REBOLLO, L.** «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», em *RAP*, nº 150, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999 (Septiembre-Diciembre), pp. 317-371;
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.** «La desviación de poder en el Derecho español», em *RAP*, nº 22, Madrid, 1957, pp. 129-175, disponível em http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=xg0hzy2urk0f0d55p24lfemt_910011&ART=1,21970,1957_022_129.pdf (data da consulta: 20/08/2008);
- «Administración y Constitución: en torno a la «Teoría de la Constitución» de Karl Loewenstein», em *34 artículos seleccionados de la RAP con ocasión de su centenario*, INAP, Madrid, 1983, pp. 625-650;
- MARTÍNEZ ROLDÁN, L; FERNÁNDEZ SUÁREZ, J.A. e SUÁREZ LLANOS, L.** *La ley desmedida (Estudios de legislación, seguridad y jurisdicción)*, Dykinson, Madrid, 2007;

- MAQUIAVEL, N.** *O príncipe*, 6ª ed., Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2001;
- MAYER, O.** *Derecho Administrativo alemán*, vol. IV, parte especial, Ediciones Acayú, Buenos Aires, 1954;
- MEDINA ALCOZ, M.** *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003;
- MEDINA GUERRERO, M.** *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996;
- «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, *El principio de proporcionalidad*, INAP, Madrid, 1998 (Septiembre-Diciembre), pp. 119-141;
- MENÉNDEZ REXACH, Á.** «La codificación del Derecho Público», en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, directores: A. Menéndez Menéndez e A. Pau Pedrón, seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003 (ponencias, Manuel Atienza Rodríguez...[et al.]; comunicaciones, Bonificacio de la Cuadra...[et al.], prólogo de Rodolfo Martín Villa, 1ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 541-557;
- MENEZES, O.** «Limites da Responsabilidade do Estado por danos decorrentes de regulação da atividade econômica», em *Boletim dos Procuradores da República*, nº 51, a. V, Brasília, 2002 (julho), pp. 18-21;
- MESTRE DELGADO, J.F.** «La responsabilidad del Estado Legislador», em *Cuadernos de Derecho Judicial II (Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez)*, direção de José Díaz Delgado, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 97-179;
- MINISTERIO DE HACIENDA.** *La ley de expropiación forzosa. Análisis y perspectivas de reforma*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2003;
- MIÑARRO MONTOYA, R.** «La propiedad desde el punto de vista del Derecho Civil: limitaciones del derecho de propiedad», em *Propiedad y Derecho Civil*, Coordinador: Vicente Guilarte Gutiérrez, Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2006, pp. 231-261;
- MODERNE, F.** «La Responsabilidad por actos del legislador y por los tratados internacionales en Francia», em *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, coordenação de Javier Barnés, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 955-968;
- MONTESQUIEU.** *O espírito das leis*, 2ª ed., apresentação de Renat Janine Ribeiro, trad. de Cristina Murachco, Martins Fontes, São Paulo, 1996;
- MONTILLA MARTOS, J.A.** «Defensa judicial «versus» ley singular de intervención (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993 sobre el caso Rumasa)», em *REDC*, a.14, nº 40, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994 (Enero-Abril), pp. 291-321;

- *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994;
- «El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad», en *Estudios de Derecho Público, homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I (*Derecho Público I*), Tecnos, Madrid, 1997;
- *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación*, Tecnos, Madrid, 1998;

MONTORO CHINER, M.J. «La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional «versus» fracaso legislativo», en *RAP*, nº 110, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986 (Mayo-Agosto), pp. 263-365;

— «La calidad de las normas ¿Desafío al Estado de Derecho? El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la calidad de las leyes», en *REDA*, nº 48, Civitas, Madrid, 1995 (Octubre-Diciembre), pp. 507-524;

MONTORO PUERTO, M. «Control por la jurisdicción constitucional de los actos no legislativos de las cámaras parlamentarias», en *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX, homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. II, Editorial Complutense, Madrid, 1992;

MORAIS, A. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, 3ª ed., Atlas, São Paulo, 2000;

MORANT, R.G.F. «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», en *RAP*, nº 113, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987 (Mayo-Agosto), pp. 07-38;

MOREIRA DA COSTA, C.C.P. *A constitucionalização do direito de propriedade privada*, América Jurídica, São Paulo, 2003;

MORTATI, C. *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano, 1968;

MOTA, M.J. *Responsabilidade do Estado Legislador*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999;

MUÑOZ ARNAU, J.A. *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho español*, Aranzadi, Pamplona, 1998;

NAVEIRA ZARRA, M.M. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, prólogo de José María Pena López, Reunidas, Madrid, 2006;

NIETO, A. «Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa», en *RAP*, nº 38, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1962, pp. 67-124;

— e **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.** *El Derecho y el revés: diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, 4ª ed., Ariel, Barcelona, 2006;

NOBRE JÚNIOR, E.P. «Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos (Revivescimento de uma antiga questão)», en *Revista de Direito Administrativo*, vol. 231, Rio de Janeiro, 2003 (jan./mar), pp. 331-350;

- OCHOA GÓMEZ, M.P.** *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y el fenómeno urbano*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005;
- OLIVA SANTOS, A.** «El Estado de Derecho, en crisis», em *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 6-7, 1º e 2º quadrimestre, Granada, 1985, pp. 09-21;
- OLIVEIRA, J.F.** *A Responsabilidade do Estado por ato lícito*, Habeas, São Paulo, 1998;
- OMMATI, F.** «Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado», em *Revista de informação legislativa*, a.14, nº 55, Brasília, 1977 (jul./set.);
- OSSENBÜHL, F.** «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania», trad. de Javier Barnés com colaboração de Roberto Galán Vioque, em *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, coordenação de Javier Barnés, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 931-954;
- PANTALEÓN PRIETO, F.** «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», em *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas.*, Documentación Administrativa – DA, nº 237/238, INAP, Madrid, 1994 (Enero-Junio), pp. 239-253;
— «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas), em *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, coordinadores: Ricardo de Ángel Yáguez e Mariano Yzquierdo Tolsada, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 187-216;
- PARADA VÁSQUEZ, J. R.** «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas (El caso RUMASA)», em *RAP*, nº 100-102, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983 (Enero-Diciembre), pp. 1.139-1.168;
- PARDO FALCÓN, J.** «Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional», em *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 72, 1991 (Abril-Junio), pp. 243-258, disponível em <http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=lkh1ab55hldcm045qixmwzut_770749&ART=3,16654,REPNE_072_244.pdf> (data da consulta: 07/09/2008);
— e **PAU I VALL, F. (Coordenadores).** *La evaluación de las leyes: XII jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2006;
- PAU PEDRÓN, A.** «La recodificación como remedio», em *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, directores: A. Menéndez Menéndez e A. Pau Pedrón, seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003 (ponencias, Manuel Atienza Rodríguez...[et al.]; comunicaciones, Bonificacio de la Cuadra...[et al.], prólogo de Rodolfo Martín Villa, 1ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 457-471;
- PEDRA, A.S.** *O Controle da proporcionalidade dos atos legislativos*, Del Rey, Belo Horizonte, 2006;

- PEÑA LÓPEZ, F.** *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, prólogo de José María Pena López, Comares, Granada, 2002;
- PÉREZ CRESPO, A.** *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y del Estado Legislador: especial referencia al trasvase Tajo-Segura*, Discurso leído el día 25 de octubre de 1996, en el acto de recepción como Académico de Número, por el Excmo. Sr. D. Antonio Pérez Crespo y contestación del Excmo. Sr. D. Emilio Pérez Pérez, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Murcia, 1996;
- PÉREZ SERRANO, N.** *La gran obra del juez Marshall*, discurso leído en la Junta Pública del martes 25 de octubre de 1955 para inaugurar el curso académico 1955-56, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1955;
- PIGNATELLI, C.M.C.** *Naturaleza jurídica de las leyes «ad hoc»*, Civitas, Madrid, 1995;
- PINTO CORREIA, M.L.C.A.A.** *Responsabilidade do Estado e dever de indenizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998;
- PLATÃO.** *As Leis, ou da legislação e epinomis*, 1ª ed., trad. de Edson Bini, Edipro, Baúru (São Paulo), 1999;
- PORRAS NADALES, A.J.** «La ley singular y el problema del control de su soporte causal (A propósito de la STC 163/1986 de 17 de diciembre)», em *Revista de Derecho Político*, nº 30, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989, pp. 09-21;
- POYAL COSTA, A.** *La interacción entre norma constitucional y realidad política en la dinámica de los sistemas políticos*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1991;
- PRIETO SANCHÍS, L.** *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998;
- QUINTANA LÓPEZ, T.** «La responsabilidad del Estado Legislador», em *RAP*, nº 135, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994 (Septiembre-Diciembre), pp. 103-147;
- RASCÓN, C.** *Síntesis de historia e instituciones de Derecho Romano*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2007;
- REDENTI, E.** *Legittimità delle leggi e Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1957;
- REGLERO CAMPOS, L.F.** «Conceptos generales y elementos de delimitación» e «Los sistemas de responsabilidad civil», ambos artigos em *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., coordenação de L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 63-248;
- REVOLUCIÓN DE NOVIEMBRE.** (2008, 6) de abril. *Wikipedia, La enciclopedia libre*. Fecha de consulta: 09:01, abril 21, 2008 from http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Revoluci%C3%B3n_de_Noviembre&oldid=16412481;

- RIPERT, G.** *Le déclin du droit: études sur la législation contemporaine*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1949;
- *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, tradução do Professor José Quero Morales e estudo preliminar do Professor José Luis Monereo Pérez (La organización jurídico-económica del capitalismo: el Derecho de la Economía), Comares, Granada, 2001;
- RODOTÀ, S.** *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*, prólogo e tradução de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1987;
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, R.** *Las obligaciones indemnizatorias en Derecho Público Romano*, Universidad, Almería, 1996;
- RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, J.** «Desviación de poder y discrecionalidad del legislador», em *RAP*, nº 100-102, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983 (Enero-Diciembre), pp. 1.527-1.554;
- ROUSSEAU, J. J.** *Do Contrato Social ou princípios do direito político*, texto integral, Martin Claret, São Paulo, 2003;
- RUBIO LLORENTE, F.** «El principio de legalidad», em *REDC*, a. 13, nº 19, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (Septiembre-Diciembre), pp. 09-42;
- SAINZ MORENO, F.** «El Tribunal Constitucional alemán declara la nulidad de la ley de responsabilidad patrimonial del Estado, de 26 de junio de 1981», em *RAP*, nº 98, 1982, pp. 381-396, disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulocodigo=1049653>> (data da consulta: 10/05/2008);
- SALGUERO, M.** «Producción normativa de la jurisprudencia y límites del decisionismo en la aplicación analógica», em *Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 6, Granada, 2003, pp.155-181;
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.** «La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador», em *34 artículos seleccionados de la RAP con ocasión de su centenario*, INAP, Madrid, 1983, pp. 733-812;
- *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ramón Areces, Madrid, 1988;
- SANTAOLALLA LOPEZ, F.** «Exposición de motivos de las leyes: motivos para su eliminación», em *REDC*, a.11, nº 33, Madrid, 1991 (Septiembre-Diciembre), pp. 47-64;
- SANTI ROMANO.** *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, 2ª ed. revisada e ampliada, Società Editrice Libreria, Milano, 1909;
- SANTOLIM, C.V.M.** «A responsabilidade civil do Estado por ato legislativo», em *Estudos jurídicos*, vol. 22, nº 55, São Paulo, 1989 (mai./ago), pp. 45-54;
- SANTOS ESTEVES, J.C.** *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003;
- SAURA, Á.G.** *La legislación en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003;

- SCAFF, F.F.** *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*, Renovar, São Paulo, 2001;
- SCHMITT, C.** *La defensa de la Constitución*, tradução direta do alemão por Manuel Sánchez Sarto, prólogo por Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1983;
 — *Legalidad y legitimidad*, tradução da 4ª edição, Duncker & Humblot, Berlin 1988, realizada por Cristina Monereo Atienza, edição e estudo preliminar «La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt» a cargo de José Luis Monereo Pérez e Cristina Monereo Atienza, Comares, Granada, 2006;
- SEMPÉ, F.** «La responsabilidad extracontractual de la Administración en Francia», trad. espanhola de Eulalia Wladimir Petit de Gabriel, em *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, coordenação de Javier BARNÉS, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 969-988;
- SERRANO ALBERCA, J.M.** *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*, Aranzadi, Pamplona, 1995;
- SOSA WAGNER, F.** «La formación jurídico-privada de los grandes iuspublicistas alemanes», em *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Civitas, Madrid, 2003, pp. 6.657-6.679;
- SOTO KLOSS, E.** «La Responsabilidad del Estado. Un retorno a la idea clásica de restitución», em *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX, homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. II, Editorial Complutense, Madrid, 1992, pp. 1263-1288;
- SPENCER, H.** *Exceso de legislación*, tradução de Miguel de Unamuno, España Moderna, Madrid, 1895;
- STARCK, C.** *El concepto de ley en la Constitución alemana*, prólogo e tradução de Luis Legaz Lacambra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979;
- STOCO, R.** «Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos», em *Revista dos Tribunais*, a. 85, vol. 731, São Paulo, 1996 (set.), pp. 86-88;
- SUÁREZ, F.** *Tratado de las leyes y de Dios Legislador: en diez libros*, vol. I, libros I e II (La ley en general; Leyes eterna y natural y derecho de gentes) e vol. II, libros III y IV (La ley positiva humana; La ley positiva canónica), versão espanhola por José Ramón Eguillor Munoizguren com uma introdução geral por Luis Vela Sánchez, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967;
- SUNDFELD, C.A.** «Condicionamentos e sacrifícios de direitos — distinções», em *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 4, Malheiros, São Paulo, 1993;
 — *Direito Administrativo Ordenador*, 1ª ed., Malheiros, São Paulo, 2003;
- TÁCITO, C.** «O Desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais», em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 228, Rio de Janeiro, 2002 (abr./jun), pp. 01-12;

- TARDÍO PATO, J.A.** «El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales», em *RAP*, nº 162, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003 (Septiembre-Diciembre), pp. 189-225;
- TEMER, M.** *Elementos de Direito Constitucional*, 16º ed. revista e ampliada, Malheiros, São Paulo, 2000;
- TORREGROSSA, G.** *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Giuffrè, Milano, 1964;
- TOCQUEVILLE, A.** *Inéditos sobre la revolución*, introdução de Dalmacio Negro, Seminarios y Ediciones, Madrid, 1973;
- TOLEDO BARROS, S.** *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 3ª ed., Brasília Jurídica, Brasília, 2003;
- TOMÁS DE AQUINO, S.** *La ley*, versão castelhana e notas explicativas do Prof. Constantino Fernández-Alvar, Editorial Labor, Barcelona, 1936;
- TRUJILLO, E.** *Responsabilidade do Estado por ato lícito*, Led Editora de Direito, São Paulo, 1996;
- VEDEL, G.** *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1958;
- VIEIRA, P.R.S.** *A responsabilidade civil objetiva no Direito de Danos*, Forense, Rio de Janeiro, 2005;
- VILLACORTA MANCEBO, L.** «Aspectos de la reserva de ley en el sistema constitucional español», em *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, tomo I (*Derecho Público*), Facultad de Derecho, Cantabria, 1993, pp. 519-576;
- VILLAPALOS SALAS, G.** *Los recursos contra los actos de gobierno en la baja edad media*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976;
- VILLAR PALASÍ, J.L.** *Derecho Administrativo: introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, Madrid, 1968;
- YZQUIERDO TOLSADA, M.** *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001;
— «La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate», em *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, coordenadores: Ricardo de Ángel Yáguez e Mariano Yzquierdo Tolsada, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 229-253;
- ZAGREBELSKY, G.** *El Derecho dúctil*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2003;
- ZANOBINI, G.** *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. 1º (*principi generali*), reimpressão da sexta edição, Giuffrè, Milano, 1952.

ANEXO DE JURISPRUDÊNCIAS CITADAS

ALEMANHA

- Sentença de 10 de junho de 1952 (Tribunal Civil Federal)
- Sentença de 30 de novembro de 1988 (Tribunal Constitucional Federal)

ESPANHA

A) Tribunal Constitucional

- STC 17/1981, de 01 de junho
- STC 27/1981, de 20 de julho
- STC 37/1981, de 16 de novembro
- STC 18/1982, de 4 de maio
- STC 24/1982, de 13 de maio
- STC 62/1982, de 15 de outubro
- STC 64/1982, de 4 de novembro
- STC 80/1982, de 20 de dezembro
- STC 3/1983, de 25 de janeiro
- STC 11/1983, de 08 de abril
- STC 90/1983, de 07 de novembro
- STC 111/1983, de 2 de dezembro
- STC 22/1984, de 17 de fevereiro
- STC 35/1985, de 07 de março
- STC 66/1985, de 23 de maio
- STC 178/1985, de 19 de dezembro
- STC 65/1986, de 22 de maio
- STC 108/1986, de 29 de julho
- STC 140/1986, de 11 de novembro
- STC 166/1986, de 19 de dezembro
- STC 37/1987, de 26 de março
- STC 74/1987, de 25 de maio
- STC 99/1987, de 11 de julho
- STC 127/1987, de 16 de julho
- STC 160/1987, de 27 de outubro
- STC 196/1987, de 11 de dezembro
- STC 199/1987, de 16 de dezembro
- STC 4/1988, de 21 de janeiro
- STC 6/1988, de 21 de janeiro
- STC 19/1988, de 16 de fevereiro
- STC 67/1988, de 18 de abril
- STC 70/1988, de 19 de abril
- STC 209/1988, de 10 de novembro
- STC 227/1988, de 29 de novembro
- STC 37/1989, de 15 de fevereiro
- STC 45/1989, de 20 de fevereiro
- STC 113/1989, de 22 de junho
- STC 138/1989, de 20 de julho
- STC 170/1989, de 19 de outubro
- STC 178/1989, de 02 de novembro

- STC 17/1990, de 07 de fevereiro
- STC 120/1990, de 27 de junho
- STC 154/1990, de 15 de outubro
- STC 172/1990, de 12 de novembro
- STC 6/1991, de 15 de janeiro
- STC 66/1991, de 22 de março
- STC 149/1991, de 04 de julho
- STC 216/1991, de 14 de novembro
- STC 85/1992, de 08 de junho
- STC 219/1992, de 03 de dezembro
- STC 142/1993, de 22 de abril
- STC 158/1993, de 06 de maio
- STC 301/1993, de 21 de outubro
- STC 319/1993, de 27 de outubro
- STC 385/1993, de 23 de dezembro
- STC 31/1994, de 31 de janeiro
- STC 57/1994, de 28 de fevereiro
- STC 89/1994, de 17 de março
- STC 48/1995, de 14 de fevereiro
- STC 50/1995, de 23 de fevereiro
- STC 52/1995, de 23 de fevereiro
- STC 55/1996, de 28 de março
- STC 173/1996, de 31 de outubro
- STC 28/1997, de 13 de fevereiro
- STC 61/1997, de 20 de março
- STC 108/1997, de 02 de junho
- STC 40/1998, de 19 de fevereiro
- STC 49/1999, de 05 de abril
- STC 208/1999, de 11 de novembro
- STC 235/1999, de 16 de dezembro
- STC 234/2000, de 03 de outubro
- STC 164/2001, de 11 de julho
- STC 48/2005, de 03 de março
- STC 112/2006, de 05 de abril
- STC 14/2007, de 18 de janeiro

B) Tribunal Supremo

- STS de 10 de julho de 1943
- STS de 15 de julho de 1987
- STS de 25 de setembro de 1987
- STS de 29 de setembro de 1987
- STS de 30 de setembro de 1987
- STS de 13 de março de 1989
- STS de 14 de maio de 1990
- STS de 3 de dezembro de 1990
- STS de 14 de março de 1991
- STS de 17 de junho de 1991
- STS de 11 de outubro de 1991
- STS de 30 de novembro de 1992
- STS de 13 de fevereiro de 1993
- STS de 23 de fevereiro de 1993

- STS de 23 de setembro de 1993
- STS de 23 de dezembro de 1993
- STS de 03 de janeiro de 1995
- STS de 08 de fevereiro de 1996
- STS de 09 de fevereiro de 1996
- STS de 10 de dezembro de 1997
- STS de 19 de dezembro de 1997
- STS de 29 de dezembro de 1997
- STS de 17 de fevereiro de 1998
- STS de 29 de dezembro de 1998
- STS de 08 de outubro de 1999
- STS de 29 de fevereiro de 2000
- STS de 22 de dezembro de 2000
- STS de 13 de dezembro de 2001
- STS de 23 de dezembro de 2002
- STS de 21 de novembro de 2003
- STS de 16 de abril de 2004
- STS de 03 de novembro de 2004
- STS de 15 de dezembro de 2005
- STS de 14 de novembro de 2006
- STS de 21 de dezembro de 2006
- STS de 20 de abril de 2007
- STS de 31 de dezembro de 2007
- STS de 18 de janeiro de 2008
- STS de 22 de janeiro de 2008
- STS de 23 de janeiro de 2008
- STS de 07 de fevereiro de 2008
- STS de 19 de fevereiro de 2008
- STS de 26 de fevereiro de 2008
- STS de 09 de maio de 2008
- STS de 17 de setembro de 2008

C) Outros órgãos judicantes

- Sentença de 02 de janeiro de 1978 da Magistratura do Trabalho nº 11 de Madrid;
- Sentença de 09 de maio de 1987 da Audiência Territorial de Valência;

FRANÇA

- Sentença de 11 de janeiro de 1838 (*arrêt Duchatellier* – Conselho de Estado);
- Sentença de 08 de fevereiro de 1843 (*arrêt Blanco* - Tribunal de conflitos);
- Sentença de 13 de julho de 1873 (*arrêt Pelletier* - Tribunal de conflitos);
- Sentença de 10 de fevereiro de 1905 (*arrêt Tomaso Grecco* – Conselho de Estado);
- Sentença de 29 de fevereiro de 1908 (*arrêt Feutry* –Tribunal de Conflitos);
- Sentença de 29 de abril de 1921 (*arrêt Société Premier et Henry* – Conselho de Estado);
- Sentença de 14 de janeiro de 1938 (*arrêt La Fleurette* – Conselho de Estado);
- Sentença de 21 de janeiro de 1944 (*arrêt Caucheteux et Desmont* – Conselho de Estado);

- Sentença de 28 de outubro de 1949 (*arrêt Société des Ateliers du Cap Janet* – Conselho de Estado);
- Sentença de 1º de dezembro de 1961 (*arrêts Lacombe* – Conselho de Estado);
- Sentença de 25 de janeiro de 1963 (*arrêt Bovero* – Conselho de Estado);
- Sentença de 22 de fevereiro de 1963 (*arrêt Commune de Gavarnie* – Conselho de Estado);
- Sentença de 30 de março de 1966 (*arrêt Compagnie général d'énergie radioélectrique* – Conselho de Estado);
- Sentença de 18 de dezembro de 1981 [*arrêt Compagnie d'aménagement et de promotion immobilière (CAPRI)* – Conselho de Estado];
- Sentença de 25 de março de 1991 (*arrêt S.C.I. La Cardinale* – Conselho de Estado);
- Sentença de 02 de novembro de 2005 (*arrêt Cooperative Agricole Ax'ion* – Conselho de Estado).

ITÁLIA

- Sentença 55/1968, de 09 de maio (Tribunal Constitucional)
- Sentença 56/1968, de 09 de maio (Tribunal Constitucional)

UNIÃO EUROPEIA

A) Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Tribunal de Luxemburgo)

- Sentença de 16 de dezembro de 1960 (caso *Jean Emile Humblet x Bélgica*);
- Sentença de 21 de fevereiro de 1971 (caso *Zuckerfabrik Shöppenstedt x Conselho das Comunidades Europeias*);
- Sentença de 19 de junho de 1990 (caso *Factortame x Reino Unido*);
- Sentença de 19 de novembro de 1991 (caso *Francovich e Bonifaci x Itália*);

B) Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Tribunal de Estrasburgo)

- Sentença de 23 de junho de 1993 (caso *Ruiz Mateos x Espanha*)