RESPONSABILIDADE DO ESTADO LEGISLADOR

SEGUNDO V. LIÑARES QUINTANA

Professor adjunto de Direito Constitucional da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de La Plata

SUMÁRIO: 1. Órbita da atividade estatal: Estado gendarme e Estado polícia. 2. Incremento da função legislativa. 3. Transcendência da função legislativa. 4. Responsabilidade do Estado legislador. 5. Evolução do princípio da responsabilidade do Estado. 6. Danos ocasionados por leis fundadas na moral, nos bons costumes, na saúde pública, etc. 7. Discriminação de situações. 8. Casos em que a lei expressamente reconhece o direito à indenização. 9. Casos em que a lei é omissa. 10 Ilegalidade e arbitrariedade. Pode o legislador incorrer em arbitrariedade? 11. Arbitrariedade legal e arbitrariedade moral, ou jurídica. Dano jurídico e dano material. 12. Argumentos em favor da irresponsabilidade do Estado legislador. 13. Teoria da soberania. 14. Teoria da culpa. 15. Princípio da igualdade dos encargos públicos. 16. Resolução do Conselho de Estado francês de 1938. 17. Comentários de Rolland *e de* Barthelemy. *18. Resolução dos Tribunais uruguaios de 1942. 19. Casos em que a lei expressamente exclui a responsabilidade do Estado.*

1. *Órbita da atividade estatal: Estado gendarme e Estado polícia.* A órbita dentro da qual o Estado desenvolve sua atividade foi-se estendendo pouco a pouco, assinalando a evolução, por êle sofrida, de *Estado gendarme em Estado polícia*. A concepção individualista, que circunscrevia a ação estatal ao cumprimento das funções essenciais, foi superada pela que procurava o bem-estar geral, mas sem desprezar a liberdade individual, cuja proteção e amparo, mediante um sistema de limitações e restrições ao poder público,

---

* N. da R. — Publicado in "La Ley", Suplemento Diário, Buenos Aires, de 10 de novembro de 1944. Traduzido por JOSÉ CÂMARA, advogado no Distrito Federal. Título original: "La Responsabilidad del Estado Legislador".

constitui a essência do moderno constitucionalismo.[1] Bem pôde profetizar JHERING, que "se é permitido traçar o futuro com a lição do passado, chegará a época em que o Estado terá absorvido todos os fins sociais".[2]

2. *Incremento da função legislativa*. Êsse incremento da atividade do Estado exteriorizou-se especialmente na esfera legislativa. Dois matizes fundamentais singularizam a função parlamentar no Estado moderno: o aumento em complexidade e tecnicismo dos assuntos que os corpos legislativos têm de elucidar, ao mesmo tempo que a extraordinária expansão de sua competência. Fêz-se notar que nas assembléias parlamentares "tem de tramitar atualmente um número de assuntos muito maior do que o dos que resolvia um parlamento do século passado. A complexidade dos problemas é também maior, e seu tecnicismo faz com que seja muito mais difícil que suscitem interêsse no país".[3]

3. *Transcendência da função legislativa*. Nunca será suficientemente encarecida a transcendência da missão de legislar, nem postas bastante em relêvo as severas condições morais, intelectuais e políticas que ela exige de quem a exerce. Já ROUSSEAU advertia que "para descobrir as melhores regras da sociedade que convém às nações seria preciso uma inteligência superior, que enxergasse tôdas as paixões dos homens, e não fôsse suscetível de as experimentar; que não tivesse relação com a natureza humana e que a conhecesse profundamente; que tivesse uma felicidade independente de nossa

---

1 O traço essencial do constitucionalismo moderno é a proteção da liberdade individual, mediante a limitação do poder público. Destarte, nem todo Estado é constitucional pela mera circunstância de possuir uma Constituição. Necessário será que esta, desde que estruture a organização e funcionamento de seus poderes públicos, cansagre um sistema de garantias da liberdade por meio de restrições ou limitações endereçadas àqueles.

2 R. VON JHERING, "El fin en el derecho", tradução de L. RODRIGUEZ, Madrid, pág 194.

3 V. HERRERO, "La reforma del procedimiento parlamentario en la Cámara de los Comunes", in "Rev. de Derecho Público", Madrid, 15 de março, 1936, n.º 51, pág. 81. Uma das características mais notáveis do Estado moderno é aquela constituída pelo extraordinário progresso do poder de legislar. "É este um fenômeno dos últimos "cem anos. Surgiu, com o estabelecimento do sistema representativo, a transferência do "Poder Legislativo a corpos eletivos. Foi uma conquista democrática, mas produziu-se "o exagêro da prática parlamentar. Deu lugar à crença — hàbilmente sustentada pelos "discípulos da escola de BENTHAM — de que tôdas as dificuldades humanas podem ser "solucionadas pela legislação, e que a voz da legislatura é a voz de Deus. Tal "convicção, que pode ser em parte exata e em parte errônea, nunca se pôs mais em "evidência do que na atualidade" (DAVID PRESCOTT BARROWS, "The Constitution as an element of stability in American life", in "The Annals of the American Academy of Political and Social Science", Filadélfia, maio de 1936, t. 185, págs. 1-10).

existência e que, no entanto, quisesse ocupar-se com a nossa; que, enfim, no progresso dos tempos, preparando uma glória longínqua, pudesse trabalhar num século e auferir os proveitos num outro. Seriam precisos deuses para dar leis aos homens".[4]

4. *Responsabilidade do Estado legislador*. O Estado, ao exercer, então, sua função legislativa, isto é, ao legislar, pode ocasionar danos aos particulares; neste caso, indaga-se se é juridicamente responsável, e, em conseqüência, se está obrigado a indenizar. Apresenta-se, assim, a questão da responsabilidade do Estado legislador, importante aspecto do problema mais geral, porém não menos debatido, da responsabilidade estatal.

5. *Evolução do princípio da responsabilidade do Estado*. Cabe assinalar, antes de penetrar nas considerações do ponto concreto, que, em matéria de responsabilidade do Estado como poder público, os princípios jurídicos experimentaram notável evolução, partindo da irresponsabilidade absoluta para a responsabilidade que cada dia tende a fazer-se mais ampla. Na antigüidade, vigorava o princípio da absoluta ausência de responsabilidade do Estado. Em Roma, por exemplo, conquanto seja certo que sob a república se chegou a admitir, em certos casos, a responsabilidade — *v. g.*: a propriedade quiritária não podia ser desapropriada senão mediante indenização — o cidadão romano necessitava de meios eficazes para fazer valer tais direitos teòricamente reconhecidos. Sob o império, os serviços e trabalhos pagos pelo fisco — vale dizer com os fundos particulares do imperador — podiam gerar ações de indenização con-

4 J. J. ROUSSEAU, "El Contrato social", trad. de F. DE LOS RIOS, Madrid, 1929, págs. 5-59. Cf.: SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, "Legislación y assistência técnica", Buenos Aires, 1935, pág. 1; idem, "La función legislativa en el Estado moderno" in "Boletin de la Biblioteca del Congreso Nacional", Buenos Aires, janeiro-abril de 1937, ns. 15-16 pág. 20. Todos os autores que se ocuparam do assunto estão de acôrdo quanto à complexidade que oferece atualmente o cumprimento da função de legislar, assim como à necessidade da assistência técnica. Cf. JOSEPH CHAMBERLAIN, "Legislative processes, national and state", Nova York, 1936, pág. 7; HARVEY WALKER, "Law-making in the United States", Nova York, 1934, pág. 25; J. B. PHILLIPS, "Scientific assistance in law-making", *in* "The University of Colorado Studies", t. 5.º, n.º 1, pág. 5. Observa entre nós BIELSA, com sua indiscutível autoridade, que "não se discute a conveniência de que as câmaras legislativas tenham comissões assessoras. O legislador tem uma função essencialmente política; ademais, êle é político e geralmente membro de um partido político. O legislador, ao estabelecer a norma, propõe-se a um fim, seja econômico, social ou político. Contudo, não é sempre do domínio do político o elemento técnico-jurídico da lei, sua estrutura formal, sua redação própria. Conceber o fim da lei, em cada caso, é bem diferente de determinar os meios idôneos (técnica) para lograr tal fim" (RAFAEL BIELSA, "La protección constitucional y el recurso extraordinário", Buenos Aires, 1936, pág. 382, nota).

tra o soberano que, em tais casos, era responsável do mesmo modo que qualquer cidadão. Tampouco admitiram os antigos a responsabilidade pelos erros da administração da justiça, os quais sòmente tornavam responsável o cidadão acusador, dentro da concepção de que o Estado era exclusivamente encarregado de assegurar o equilíbrio entre os interêsses da acusação e da defesa. O sistema medieval não foi mais propício para que surgisse a responsabilidade do Estado, desde que, naquela época, o poder soberano se elevou acima de todo e qualquer outro dentro do Estado, chegando a ser considerado como uma qualidade pessoal do monarca — sujeito a soberania — que o exercia como verdadeiro dono. Dentro de tal concepção, ilógica teria resultado a responsabilidade estatal. E o regime da monarquia absoluta e de direito divino não estimulou, tampouco, a formação de um conceito que, nascido nos últimos tempos, pôde ganhar terreno e impor-se no campo do direito público. Sem embargo, o aforismo de que o soberano não pode enganar-se: *the King can do not wrong*, transcendeu ao moderno direito público anglo-saxão, no qual a teoria individualista chega a tal extremo que desintegra totalmente do Estado a individualidade do agente, sôbre o qual recai exclusivamente tôda a responsabilidade pelo ato praticado.

É, finalmente, a doutrina moderna que desenvolveu a teoria da responsabilidade do Estado como poder público, aquela que, com algumas reservas, transcendeu não tanto à legislação ainda que infiltrada do princípio tradicional, como à jurisprudência. [5-6] Nosso estudo terá de limitar-se a considerar um dos aspectos de tão importante questão: o problema da responsabilidade do Estado legislador.

6. *Danos ocasionados por leis fundadas na moral, nos bons costumes, na saúde pública, etc.* É responsável o Estado legislador pelos prejuízos que ocasione a sanção de uma lei a proibir o exercício de determinada atividade ou indústria por julgá-la contrária

5-6 RAFAEL BIELSA, "Derecho administrativo", Buenos Aires, 3.ª ed., t. 3.º n.º 192, pág. 534; idem, "La cuestión de la responsabilidad del Estado", in "Anuario del Instituto de Derecho Público", Rosário, maio de 1939/abril de 1940, t. 3.º, ano 3, pág. 283; H. BARTHÉLEMY, "Traité élémentaire de droit administratif", Paris 1933, pág. 97; L. DUGUIT, "Traité de droit constitutionnel", Paris 1930, pág. 460; JACQUES MASTEAU, "La responsabilité de l'État", Paris, 1927, pág. 267; L. DUGUIT, "La responsabilidad del Estado", in "La transformación del Estado", trad. de A. POSADA, Madrid, pág. 267; P. DUEZ, "La responsabilité de la puissance publique", Paris, 1927, pág. VII.

à moral e aos bons costumes, *v.g.*, a prostituição? Deve indenizar o Estado legislador pelo dano sofrido que experimentem os particulares, em virtude da entrada em vigor de uma lei que proíba determinada indústria por nociva à saúde dos operários ou da população em geral? Responde o Estado perante o particular que explorava indústria sôbre a qual uma lei estabelece monopólio público? "Há casos", diz DUGUIT, "nos quais a solução é evidente. Quando se supõe, por exemplo, que num país como a Inglaterra, onde não se castiga o favorecimento, se promulga lei nova, castigando-o, ninguém sustentaria, creio eu, que os indivíduos ou as sociedades que organizaram ostensivamente em Londres casas para tal fim destinadas possam legìtimamente pretender que a lei nova deveria reconhecer-lhes direito a indenização. De igual modo, demonstrando-se cientìficamente que o emprêgo do alvaiade é mortal para os operários, os fabricantes dessa substância não podem pretender indenização, pois que o legislador, ao proibir o emprêgo de um produto tóxico, não faz senão ditar regra conforme ao direito".[7]

7. *Discriminação de situações*. Excetuados, pois, os casos em que a lei se inspire em razões atinentes à moral, aos bons costumes, à saúde pública, etc., cabe distinguir três situações: *a*) a mesma lei expressamente reconhece direito a indenização; *b*) a lei guarda silêncio a êsse respeito; *c*) a lei explìcitamente determina que não haverá direito a qualquer indenização.

8. *Casos em que a lei expressamente reconhece o direito a indenização*. São freqüentes os casos em que a própria lei reconheceu o direito de serem indenizados os particulares prejudicados por seus efeitos. O Parlamento da Terceira República francesa, por exemplo, em repetidas oportunidades, consagrou legislativamente direito semelhante. O caso mais recente ocorreu quando um decreto-lei, promulgado a 30 de outubro de 1935, por fôrça do exercício da ampliação das atribuições concedidas ao presidente da República, determinada pela lei de 8 de junho daquele ano, permitiu direito a uma reparação pecuniária às pessoas cujo patrimônio fôsse atingido pelo estabelecimento do monopólio do tabaco na Alsácia e Lorena. Em tais casos, evidentemente, não surge problema algum, ao reconhecer o próprio Estado direito a indenização pelo prejuízo sofrido, através da própria via por que foi determinado.

---

7 DUGUIT, "La Responsabilidad del Estado", cit., págs. 276-77.

9. *Casos em que a lei é omissa.* O problema da responsabilidade do Estado legislador apresenta-se, verdadeiramente, quando a lei guarda silêncio sôbre o direito dos particulares atingidos pela medida legislativa a serem reparados na sua lesão patrimonial. Em tal caso, existe responsabilidade do Estado?

10. *Ilegalidade e arbitrariedade. Pode o legislador incorrer em arbitrariedade?* Para responder a tão fundamental pergunta, devemos começar por destacar a particularidade que assume a atuação legislativa. A base da ordem jurídica é o cumprimento da lei. Já o advertia frei MAMERYO ESQUIU no seu famoso sermão: "Obedecei, senhores; sem submissão não há lei; sem leis não há Pátria, não há verdadeira liberdade".[8] Destarte, quando um particular qualquer viola a lei, age *ilegalmente;* quando é o Estado quem a infringe, atua *arbitràriamente*. Pode o Estado incorrer em arbitrariedade? Tanto o Estado-administrador quanto o Estado-juiz podem violar a lei e incorrer em arbitrariedade. Mas, como nota BIELSA, "se a arbitrariedade consiste na violação da lei por parte do que manda, o legislador nunca pode agir arbitràriamente. Com efeito, êle pode derrogar ou abolir a lei e sancionar outra diferente, e ainda fundá-la em princípios contrários à anterior, levado por motivos de exceção (isto é, um *jus singulare*). O legislador não está colocado, ao contrário do juiz e do administrador, abaixo da lei, e obrigado, por isso, a acatar seus preceitos, mas sua posição é que está acima da lei; suas funções, como poder, são sempre legais. Efeito necessário dêste princípio é que o Poder Legislativo é soberano em suas

---

8 SEGUNDO V. LIÑARES QUITANA, "Fray Mamerto Esquiú, el orador de la Constitución", *in* "Boletin de la Biblioteca del Congresso Nacional", julho-agôsto de 1937, número 18, página 957. Em seu admirável sermão, pronunciado no púlpito da velha Igreja Matriz de Catamarca, a 9 de julho de 1853, por motivo do juramento da Constituição nacional, ESQUIÚ proclamava: "ainda mais necessária é à vida da "República a submissão que abrace, daqui em diante, a nossa vida. Submissão "pronta. A ação da Carta constitucional é vastíssima e acha-se em oposição a qua- "se tôda a atualidade da República; é uma seiva que terá de penetrar emaranhadas e múl- "tiplas fibras, que necessita de muito tempo para vivificar totalmente o sistema; é uma "imensa máquina, cujos últimos resultados pressupõem inumeráveis combinações, e grande "e pesada como é, em lugar de oscilações de vontades, requer cooperação universal, simul- "tânea e harmônica; um momento que se siga a sua vigência importará sua ruína, como um "momento não vivido pelo homem, o instante seguinte será ressurreição, milagre. Submis- "são universal, que abrace todos os pontos da lei sem excetuar nenhum. Não há homem "isento de fazer o sacrifício de algum interêsse, e se cada um adota a Constituição, elimi- "nando o artigo que está em oposição à sua fortuna, à sua opinião, ou a quaisquer outros "interêsses, pensais que ficaria um só? Restaria qualquer fôrça de conjunto, se cada qual "retirasse a sua? Ficaria na Carta constitucional a idéia de soberania que se presume, se "cada indivíduo, homem ou povo, fôsse árbitro acêrca de qualquer ponto?"

funções como poder de Estado. Nada pode deter e muito menos anular suas decisões senão a Constituição (arts. 28 e 29); mas, ainda assim, essa válvula é de eficácia relativa; porque, com efeito, o legislador pode ditar leis inconstitucionais, sem outra sanção que a declaração como tal pelo Poder Judiciário, e tão-sòmente em casos ocorrentes, quando provocado pela parte interessada".[9]

11. *Arbitrariedade legal e arbitrariedade moral, ou jurídica. Dano jurídico e dano material.* Não podendo o legislador, em face do exposto, incorrer em *arbitrariedade legal,* desde que, em nenhum caso, viola a lei, o prejuízo que o ato legislativo irrogar aos particulares, nunca poderá constituir *dano jurídico,* senão, e tão-sòmente, *dano material.* Se, entretanto, o Poder Legislativo não pode incorrer em *arbitrariedade legal,* pode, em compensação, cometer *arbitrariedade moral* ou *jurídica,* em cuja hipótese é preciso saber se existe responsabilidade do Estado.

12. *Argumentos em favor da irresponsabilidade do Estado legislador.* Os mais sólidos argumentos, até hoje invocados para sustentar a irresponsabilidade do Estado legislador, apóiam-se nas idéias da *soberania* e da *culpa.*

13. *Teoria da soberania.* Entendem alguns autores que a lei constitui ato típico de soberania, e que o característico desta última é impor-se a todos, sem que seja possível reclamar dela nenhuma compensação. Vale dizer, que se converte a *soberania* em sinônimo de *irresponsabilidade.* "Raciocínio vago e perigoso", para DUEZ. "É necessário", pensa êsse autor, "lançarmo-nos com vigor contra essa concepção do parlamento soberano, e, em nome mesmo das liberdades públicas, formular o axioma segundo o qual, acima do parlamento, simples órgão constitucional dotado de certa competência, existe um direito superior, que êle não pode jamais violar. E a consciência jurídica moderna tem a percepção muito nítida de que é necessário introduzir o princípio da responsabilidade entre as regras dêsses superdireitos. Todo êle consiste em determinar os limites exatos dessa responsabilidade; mas, de qualquer maneira, uma argumentação que assenta a irresponsabilidade na idéia da soberania parlamentar, não satisfaz mais ao publicista do século XX".[10] A argumentação baseada no dogma da soberania estatal perdeu hoje

9 BIELSA, op. cit., t. I, n.º 193, pág. 538.
10 DUEZ, op. cit., págs. 83-84.

tôda sua fôrça, e aparece como inconciliável com a concepção dominante do *Estado de Direito*, em cuja esfera de pertinência o Estado cumpre o direito e o direito se cumpre no Estado; o Estado estabelece as normas jurídicas, porém, igualmente a estas se submete.[11] Como observa DUGUIT, "o Estado é a fôrça material, seja qual fôr a sua origem; esta não é senão um simples fato, mas converte-se em legítima se aquêles que a detêm a empregam no cumprimento das obrigações negativas e positivas que impõe a regra de direito, isto é, se a empregam na realização do direito. O direito não é, segundo a expressão de JHERING, a política da fôrça; é o limite da fôrça".[12]

14. *Teoria da culpa*. Tampouco resulta admissível a argumentação baseada na *culpa*, para o fim de negar a responsabilidade do Estado legislador. Como frisa SARRIA, "não é mister recorrer à teoria da falta para encontrar o fundamento da responsabilidade direta do Estado, que leva sua aplicação até mesmo às coisas inanimadas e aos casos em que aquêle exerce um direito, *v.g.*, a execução de uma obra que prejudica um terceiro. Vários elementos surgem em apoio do sistema. A eqüidade representa, entre êles, um elemento preponderante; também a justiça se faz presente, como é lógico, em tôda índole de relações geradores de direitos. Se, segundo temos dito, o Estado é, ou deve ser justiça, se esta constitui a sua essência, não pode ficar excluído tal aspecto quando se trata de distribuir entre os cidadãos essa espécie de obrigação pública que resulta do dano, previsível ou não, ocasionado por indivíduos físicos ou pelas coisas do serviço público".[13]

15. *Princípio da igualdade dos encargos públicos*. Constitui o princípio da *igualdade de todos perante os encargos públicos* o fundamento lógico dessa espécie de responsabilidade. Não seria justo, nem lógico, nem muito menos admissível, que os efeitos danosos da atividade legislativa do Estado — que visa ao bem-estar da

---

11 ADOLFO POSADA, "Tratado de derecho político", Madrid, t. I, pág. 302. O ilustre expositor da **teoria pura do direito** distingue o conceito formal e o conceito material ou técnico do **Estado de Direito**. No primeiro sentido, entende, não uma ordem estatal com conteúdo específico — isto é, não um Estado com certas e determinadas instituições — mas tão-só um Estado cujos atos são realizados em sua totalidade sôbre a base da ordem jurídica. Questão diversa é aquela de saber em que medida se exigem garantias jurídicas concretas para assegurar que os atos jurídicos individuais se conciliam com as normas gerais (HANS KELSEN, "Teoria general del Estado", trad., Madrid, 1934, pág. 120).

12 LEÓN DUGUIT, "L'État. Le droit objetif et la loi positive", Paris, 1901, pág. 15.

13 FÉLIX SARRÍA, "Prólogo", e PEDRO GUILLERMO ALTAMIRA, "Responsabilidad extracontractual del Estado", Córdoba, 1942.

coletividade — fôssem suportados exclusivamente por poucos, sem que, ao invés, devessem repartir-se por tôda a coletividade, beneficiada com a sanção da lei. DUGUIT fêz notar que "a responsabilidade do Estado não se pode edificar mais do que sôbre a idéia de um seguro social, suportado pela caixa coletiva, em proveito daqueles que sofrem um prejuízo originado pelo funcionamento dos serviços públicos que se realizam em proveito de todos. Esta concepção vincula-se por si mesma a uma idéia que penetrou fundamente na consciência jurídica dos povos modernos: a da igualdade de todos perante os encargos públicos. A atividade do Estado exerce-se no interêsse de tôda a coletividade; os encargos que engendra não devem pesar mais sôbre uns do que sôbre outros. Se resulta, pois, de intervenção estatal, prejuízo para alguns, a coletividade deve repará-lo, exista, ou não, culpa por parte dos agentes públicos. O Estado é, de certo modo, assegurador do que se chama, freqüentemente, *risco social*, isto é, o risco resultante da atividade social, traduzindo-se pela intervenção do Estado. A responsabilidade dêste está sempre fundada nessa idéia, mesmo quando haja culpa de seus agentes. Se o Estado é, então, responsável, não é porque haja incorrido em culpa pelo órgão de seus agentes; é pura e simplesmente por haver garantido aos administrados contra todo o risco social, contra todo o dano proveniente de sua intervenção, seja esta regular e isenta de qualquer vício, seja *a fortiori*, acompanhada da culpa ou negligência dos agentes do poder público. O administrado está, assim, assegurado contra o prejuízo ocasional pela ação estatal em geral, e, especialmente, contra a que decorre de uma falta funcional".[14]

Tal conclusão doutrinária, da responsabilidade do Estado legislador em caso de silêncio da lei sôbre êsse ponto, transcendeu últimamente o campo puramente acadêmico ou especulativo, invadindo a esfera da jurisprudência, com as notáveis decisões do Conselho de Estado da França e dos tribunais uruguaios.

16. *Resolução do Conselho de Estado francês de 1938.* Em geral, na Terceira República francesa — como, ademais, no mundo inteiro — numa fase anterior à resolução de que nos ocupamos, o problema só admitia uma solução, que ROLLAND qualificara de "tão

14 DUGUIT, "Traité de droit constitutionnel", Paris, 1930, t. 3.º, págs. 469-70.

simples como rigorosa".[15] A pessoa que houvesse sofrido prejuízo como resultado da vigência de lei nova, não tinha direito a reclamar indenização, a menos que disposição legal expressa a isso o autorizasse. O Conselho de Estado francês firmou, pela primeira vez, êsse princípio, numa resolução de 11 de janeiro de 1838, e manteve-o em sua ulterior jurisprudência, particularmente em suas decisões de 28 de maio de 1938, de 6 de agôsto de 1852 e de 4 de abril de 1879.

A 27 de junho de 1934, o Parlamento francês aprovou uma lei proibindo fabricar, expor, oferecer à venda, vender, importar, exportar ou transportar, sob a denominação de creme, um produto que, conquanto apresentasse o aspecto daquele mesmo produto, não procedia exclusivamente do leite: a *gradine*. A sociedade de produtos lácteos *La Fleurette*, que, desde considerável tempo, se dedicava à sua fabricação, e que, diante dêsse ato legislativo, se via obrigada a cessar a exploração do produto, acionou o govêrno para haver uma reparação na forma pleiteada. Vindo o caso ao Conselho de Estado, êste pronunciou-se a 14 de janeiro de 1938, baixando uma resolução que — no dizer de BARTHÉLEMY — vale por "um golpe na concepção francesa da lei",[16] ao firmar a obrigação de o Estado indenizar os prejuízos resultantes da sanção da referida lei, ainda quando esta não reconhecesse direito algum a reparação. Fundava-se a decisão em "que a proibição estabelecida em favor da indústria de lacticínios, impôs à sociedade reclamante a obrigação de deixar de fabricar o produto, que anteriormente explorava sob a denominação de *gradine*, o qual fica compreendido na definição dada pelo dispositivo legal pre-citado e de que não se sustentou oferecesse perigo para a saúde pública; que nada, nem mesmo o texto da lei, ou seus trabalhos preparatórios, nem o conjunto das circunstâncias do caso, permite supor que o legislador entendesse pôr sôbre o interessado um gravame que normalmente não lhe incumbe; que tal gravame, criado por interêsse geral, deve ser suportado pela coletividade".

---

15 LOUIS ROLLAND, nota à decisão do Conselho de Estado de 14 de janeiro de 1938, apud DALLOZ, "Récueil Périodique et Critique de Jurisprudence, de Législation et de Doctrine", Paris 1938, 3.ª parte, pág. 41.

16 JOSEPH BARTHÉLEMY, "Un tournant dans les conceptions françaises sur la loi", in "Revue d'Histoire Politique et Constitutionelle", Paris, abril-junho de 1939, ano III, n.º 2, págs. 161-68. Cfr.: SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, "Una nueva solución al problema de la responsabilidad del Estado legislador", in J. A., 8 de julho de 1940, págs. 1-2.

17. *Comentários de* ROLLAND *e de* BARTHÉLEMY. Da transcendental resolução do Conselho de Estado francês, ROLLAND distingue duas observações fundamentais: *a*) o silêncio de uma lei nova não é suficiente para privar de todo direito a indenização os particulares prejudicados por sua vigência, ficando assim definitivamente abandonado o princípio da irresponsabilidade do Estado legislador; *b*) a responsabilidade do Estado, nesta matéria, funda-se no princípio da igualdade dos gravames públicos.[17] Por sua vez, BARTHÉLEMY tira daí as seguintes conclusões: *a*) o Conselho de Estado manteve-se dentro de sua jurisprudência anterior e fundou sua resolução no princípio da igualdade dos gravames públicos; *b*) a resolução explica-se pelas circunstâncias particulares do caso e pelas resistências naturais contra o intervencionismo legislativo; *c*) se se tratasse de uma atividade criticável do ponto de vista do interêsse geral, a decisão teria sido específica; *d*) a resolução rende homenagem ao princípio da irresponsabilidade do Estado legislador, ao fundar-se no silêncio dêsse último. Conclui o conhecido jurista francês advertindo que, "desde há alguns anos, o direito invadiu o domínio sempre crescente da atividade do Estado governante ou administrador. Restava uma Bastilha a dominar: a irresponsabilidade do Estado legislador. Não foi tomada, mas acaba de sofrer importante brecha, que não será talvez a última".[18]

18. *Resolução dos tribunais uruguaios de 1942.* No Uruguai, uma decisão do Tribunal de apelações de terceira instância, de Montevidéu, de 24 de novembro de 1942,[19] firmou análogo princípio, ocasionado pela entrada em vigor da lei de 15 de outubro de 1931, que estabeleceu o monopólio da exploração e administração do álcool e do carburante nacional, bem como da importação, refinação e venda do petróleo e seus derivados e da fabricação de *portland.* O dano consistia em que os industriais que fabricavam aguardente de cana, deveriam, *ex vi* dessa lei, suspender suas atividades. O tribunal uruguaio, numa magnífica decisão, que fôra precedida por outra não inferior na primeira instância, baseou a responsabilidade estatal na afirmação de que "ao legislador de 1931 estava facultado ditar uma lei que monopoliza uma atividade exercida, até então,

17 ROLLAND, op. cit., pág. 41.

18 BARTHÉLEMY, op. cit., pág. 168.

19 Urreta, S. A. e outros versus o Estado, 24 de novembro de 1942, in "La Ley", t. 28, pág. 811.

lìcitamente por particulares, mas com essa lei vulnerava o patrimônio particular em proveito do Estado, que o substituía na fabricação e venda de aguardente de cana. Êsse monopólio aumentava o patrimônio do Estado, em detrimento dos direitos patrimoniais de determinados industriais; uma reparação impõe-se, portanto, por esta operação econômica e fiscal, emergente da função monopolizadora do Estado, por existir enriquecimento sem causa com aumento de seu patrimônio".

19. *Casos em que a lei expressamente exclui a responsabilidade do Estado*. O terceiro caso possível, dentro da sistematização metodológica planeada, seria quando a lei, expressa e categòricamente, negasse direito a indenização aos particulares atingidos por sua vigência. Comentando a resolução do Conselho de Estado francês de 1938, ROLLAND pensa que, em tal hipótese, não procederia a responsabilidade estatal, mas faz a ressalva de que seria preciso que a lei assim distinguisse de modo inequívoco.[20] DUGUIT sustenta a procedência da responsabilidade em tal caso, acentuando que, "num caso em que a indenização, por ocasião de uma lei, fôra devida, os tribunais poderiam reconhecê-la, ainda quando o legislador houvesse decidido expressamente, como fêz o legislador italiano, que monopolizou os seguros, sem que fôsse assegurada qualquer indenização".[21] Aderimos a essa opinião, entendendo que o próprio legislador não pode eximir-se de responsabilidade, pela simples inclusão de uma cláusula liberatória no texto do ato legislativo ofensivo.

20 ROLLAND, op. cit., pág. 41.

21 DUGUIT, op. cit., t. 3, pág. 572.