

Este texto foi publicado no site Jus Navigandi no endereço <https://jus.com.br/artigos/44462>
Para ver outras publicações como esta, acesse <http://jus.com.br>



A responsabilidade do Estado por ato legislativo no contexto histórico da responsabilidade dos poderes públicos.

Dogmas, teses comparatistas europeias e a superação do axioma da irresponsabilidade estatal

A responsabilidade do Estado por ato legislativo no contexto histórico da responsabilidade dos poderes públicos.
Dogmas, teses comparatistas europeias e a superação do axioma da irresponsabilidade estatal



Vanessa Massaro

Publicado em 11/2015. Elaborado em 11/2015.

O objeto do presente estudo requer uma reflexão preliminar, numa tentativa de clarear quais são as origens, o alcance e os limites dos problemas que surgem quanto se propõe a delinear as características da responsabilidade de um poder público.

01.Introdução. 02. Evolução histórica do princípio da legalidade e suas implicações. 03. Mecanismos históricos utilizados e a necessidade de resolver o problema da responsabilidade estatal. 04. O sistema comunitário europeu de responsabilidade do Estado. 05. A experiência alemã no contexto da responsabilidade estatal e o controle sobre as leis arbitrárias. 06. A experiência francesa sobre e responsabilidade estatal. 07. Conclusão. 08. Bibliografia. 09.Legislação.

01.Introdução.

A responsabilidade do Estado por atos legislativos contém, pela sua própria essência, uma referência a conceitos fundamentais da dogmática relativa aos entes públicos, ou seja, o conceito de soberania popular como poder limitado e o de lei como resultado do exercício da soberania ou do poder estatal, que representam as bases do Estado democrático de direito.

Contudo, a afirmação da existência de tal responsabilidade do legislador implica na atuação plena do princípio de imputabilidade de todos os entes públicos no desenvolvimento de suas respectivas funções, “corolário do Estado de direito”. (R. Bifulco, A responsabilidade do Estado por atos legislativos, Padova, 1999, página 12.)

Portanto, o estudo da responsabilidade do Estado por ato legislativo comporta não apenas uma reconsideração sobre os instrumentos de proteção das posições jurídicas subjetivas do cidadão, bem como, suas reivindicações em relação as autoridades públicas em geral, e ainda, uma reconsideração da aplicabilidade efetiva das suas reivindicações em relação a todas as instituições estatais, e, não menos importante, uma reavaliação das características dos modernos Estados democráticos pluralistas numa redefinição da forma do Estado constitucional de direito, no que se refere as tentativas modernas de redução progressiva na limitação do poder estatal. Sobre o conceito de “Estado Constitucional”, podemos citar a obra de G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, (Torino, 1992, página 39) segundo qual “*La novità contenuta da [la formula " Stato costituzionale"] ...per la prima volta in época moderna, viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno strato più alto di diritto, stabilito dalla Costituzione. (...) questa innovazione potrebbe apparire, e in effetti è apparsa, come una semplice integrazione dei principi dello Stato di diritto, che porta a terminare il programma dell'integrale soggezione al diritto di tutte le funzioni ordinarie dello Stato, compresa la legislazione (con eccezione quindi solo della funzione costituente). (...)... si tratta di una profonda trasformazione che coinvolge necessariamente perfino la concezione del diritto*”.

02.Evolução histórica do princípio da legalidade e suas implicações:

Quando da análise da evolução histórica do princípio da legalidade, verifica-se que esta evolução não exprime apenas a exigência de uma prévia norma legal em sentido stricto, fundamentada no poder atribuído a uma autoridade estatal governamental ou de natureza administrativa, mas também, é uma fonte de legitimação do poder atribuído, desvinculado dos limites que lhe eram impostos no passado por obra do princípio da soberania estatal.

As eventuais limitações que o princípio da legalidade possa estar sofrendo nos dias atuais, são fatos que podem ser considerados legítimos se muito bem fundamentados em relação a uma determinada questão, e sobre a base de princípios de valores com os quais esta derrogação da norma possa ser equilibrado.

Antigamente a soberania da lei era substituída pela soberania da Constituição, como regra absoluta e como norma superior fundamentada. O princípio da legalidade constitucional, era utilizado no sentido que “*a soberania da lei substituía a soberania da Constituição, que era entendida como um quadro de regras, mas também, como a regra superior e fundamental, que media esta*

mesma lei, mas não somente esta" (tradução nossa) como entendia o jurista F. Salmoni, em sua obra denominada " *Legalità costituzionale e Forma di Stato: aspetti teorici e profili pratici di due concetti apparentemente in crisi*", (em Revista de Direito Constitucional, 2004, p. 1116) , dado que o conteúdo, não apenas descritivo, mas também, prescritivo da Constituição seria fundamentado no reconhecimento dos direitos fundamentais e na construção de um sistema de limites ao exercício do poder, ou seja, nos limites impostos a todos os sujeitos responsáveis pelo exercício da autoridade pública. E em tal sentido afirma S. Stamatii, em sua obra chamada "Stato di diritto e principio di legalità nell'evoluzione della forma di stato europea", (2005, p. 45) que: "no fornecimento de uma definição de estado de direito constitucional (positivo) entende-se que ao afirmar a superioridade substancial e a forma das constituições em relação aos processos de formação do direito, e dos produtos legislativos, encontra-se um acréscimo na criatividade da função jurisdicional, chamada em várias maneiras, a controlar a regularidade formal e substancial da atividade de criação do direito, e fixar interpretativamente os parâmetros substanciais desta atividade de controle", no entendimento de Stamatii, a partir daqui, encontramos a origem do controle sobre os atos legislativos pelas mãos do poder jurisdicional. (tradução nossa)

Como resultado disso, é bem possível acreditar - e tem-se argumentado, na Itália, por exemplo, há muito tempo, por grande maioria da doutrina - a sujeição ao controle legal do Estado, aos controles de legitimidade, e, em particular, ao controle da constitucionalidade dos atos legislativos e dos atos políticos, ou daqueles considerados como tal, a fim de permitirem "um maior avanço do estado de direito também em relação ao comportamento das autoridades públicas organizadas de acordo com o princípio democrático "(citação de A. Pizzorusso, em sua obra "A responsabilidade do Estado", pág. 180), abrindo o caminho para o reconhecimento do legislador no polo passivo, quando no exercício das suas funções naquele país.

O jurista Vitta afirmava que : " *Vi sono diversi modi di considerare la responsabilità dello Stato in diritto interno, secondo che esso agisce come legislatore, come giudice o come amministrazione pubblica ... La responsabilità dello Stato in materia di legislazione può nascere soltanto in quei paesi ove la costituzione pone dei limiti al potere legislativo ... perciò la questione della responsabilità del legislatore costituisce un esame dei principi di diritto costituzionale sui poteri del parlamento e sui diritti fondamentali dei cittadini*". (C. Vitta, Tendenze moderne sulla responsabilità dello Stato in diritto interno, Pub. em 1934, págs. 178 e seguintes, citado por E. Calzolaio, em L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica, Milão, 2004, pág.14) (grifos nossos)

03. Mecanismos históricos utilizados e a necessidade de resolver o problema da responsabilidade estatal.

A progressiva abertura do circuito político a múltiplos e diferentes interesses sociais através de uma ligação recíproca com o nascimento do Estado pluriclasse, ou podemos dizer, de um Estado de *multi-catégories* e com a relativa predisposição de mecanismos jurídicos diretos que se traduziram a um nível normativo, contemplou esta nova complexidade, qual seja, a de que os pressupostos legais e políticos no que tange a irresponsabilidade do Poder Legislativo pode mudar os termos da representação política, o produto parlamentar, e inclusive, a organização do Estado.

Devido a essas alterações estruturais e culturais a doutrina começa a resolver o problema da responsabilidade do Estado por atos legislativos nos casos de ocorrência de um dano na esfera jurídica do indivíduo, formulando premissas para a superação da barreira da arbitrariedade do legislador, ainda que, este pensamento seja muito utilizado e defendido doutrinariamente em alguns países.

Desde as primeiras reflexões doutrinárias, as questões relacionadas com os fundamentos e os pressupostos da responsabilidade pública não poderiam mais ser fortemente influenciados pelo antigo dogma da incompatibilidade entre a responsabilidade e o poder soberano, mesmo que tal pensamento tivesse a possibilidade de estabelecer fortes fundamentos ao longo dos séculos e em diferentes formas de estados, principalmente, nos estados europeus.

Este dogma ainda é muito atual em alguns países, porém, atualmente é importante levar-se em consideração o fato que, em um ordenamento democrático não pode faltar uma clara e adequada responsabilidade pelo exercício de um poder, e inclusive, que tal responsabilidade seja determinada pelo próprio Estado no exercício independente de sua função, mesmo que o equilíbrio entre direitos e responsabilidades seja dificilmente equilibrado, seja na forma concreta ou abstrata, por causa da forte resistência geral do poder a se sobrepor as regras, principalmente, no caso de ocorrerem eventuais transgressões e o poder estatal ser obrigado a responder por isso. O maior grau de resistência reside na máxima expressão da soberania, conforme cita o jurista G. Lombardi: " *A garanzia se apegava onde o Estado revela a sua mais alta expressão, a de Poder Legislativo, que concentra em si legalidade, legitimidade, racionalidade e imunidade absoluta*" (G. Lombardi, Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore, em "Diritto Pubblico Comparato Europeo.", ano de 2000, p. 1796) (tradução nossa).

Do ponto de vista dessa relutância em aceitar a responsabilidade do legislador que existe até os dias de hoje podemos analisar através dos eventos do passado no que se refere a afirmação do princípio da responsabilidade da administração pública e consequentemente do Estado, e também podemos reconstruir a história da relação entre o Estado e o direito, através de um enredo sobre as consequências do axioma da existência de um poder público livre de legalidades, e, por conseguinte, livre de qualquer responsabilidade: " *...que é, em última análise, a história da judicialização das autoridades públicas na difícil relação entre as violações das situações objetivas e das lesões causadas em situações jurídicas subjetivas onde as persistentes e numerosas declarações de não haver conciliação entre a responsabilidade e poder, se traduzem em espaços vazios de proteção*". (M. Carrà, L'affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione in alcune esperienze europee, citado por D. Sorace, La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea, Bologna 1994, p. 33) (tradução nossa).

De uma parte a problemática relativa a responsabilidade pública em geral não pode ser adequadamente exposta se não sobre a ótica da complexa evolução entre a liberdade, a responsabilidade e o poder, e, de certa forma, uma eventual responsabilidade do legislador encontra fundamentos no êxito da evolução citada acima. Com relação a este argumento, L. Ferrajoli, em sua obra denominada *Diritti fondamentali*, (Bari 2001, pág. 18 e seguintes.) defende identificação do Estado de direito com a dimensão substancial da democracia, através da qual os direitos fundamentais viriam a impor obrigações a legislação, ou seja, a sujeição do direito ao próprio direito, acarretaria, de forma menor, " *a presunção de regularidade dos atos que cabem ao poder público*" (L. Gianformaggio, Diritto e ragione tra essere e dover essere, e Le ragioni del garantismo. Torino, 1993, pág. 28) (tradução nossa).

Surgiram uma multiplicidade de modelos de responsabilidades do Estado sobre a base das diferenças do elemento culpa em comparação entre as diversas experiências jurídicas europeias no que se refere a responsabilidade pública, com um revés essencial, não porque se responde a uma exigência cognoscitiva e de reconhecimento, mas relacionada ao um contexto que se insere numa reflexão sobre a responsabilidade do legislador, e que seria útil para satisfazer uma necessidade urgente de resolver a incógnita fundamental que afeta a base do tema em tela: a comparação dos sistemas nacionais de responsabilidade do Estado à luz das características históricas e culturais destes mesmos países, contribui a clarear as razões do nascimento do instituto da responsabilidade do Legislador em contraponto com o axioma da ilegalidade.

As primeiras tendências jurisprudenciais advindas das cortes de justiça italianas no que se refere a responsabilidade do legislador, ocorreu através das sentenças de juízes nacionais, de elaborações doutrinárias, e por fim, através da a evolução das disciplinas internas da responsabilidade estatal, mesmo que num contexto apenas municipal, primeiramente. Em relação a este tema, o jurista Häberle, em sua obra denominada “*Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*”, (Milão, 2003) afirmou que: “o tempo é maduro para uma canonização da comparação jurídica (direito comparado) como “quinto” método de interpretação das normas” (tradução nossa).

Uma análise aprofundada sobre a cultura jurídica e sobre os direitos nacionais europeus é útil no sentido de compreender-se em que modo ocorre a presunção de irresponsabilidade jurídica daqueles que detêm o poder, bem como, dos legisladores em específico, a qual, teve sua origem no estado de direito ocidental através do complexo de princípios jurisprudenciais comunitários voltados a admitir que o legislador pode enganar-se, em contraponto ao princípio denominado “The King can do no wrong” aceito originalmente, o qual, significa que: “O rei não pode errar”.

04.O sistema comunitário europeu de responsabilidade do Estado:

O sistema comunitário europeu de responsabilidade do Estado, valoriza as tradições de cada país também mediante a circulação cultural dos vários modelos jurídicos, sendo que as semelhanças dos modelos comunitários europeus estão destinados a concentrar-se segundo o método dialético helegiano chamado de *aufhebung*, num esforço de superamento crítico do passado, ampliando os discursos da lógica para a realidade, ou seja, através do processo de cross-fertilisation, sobre o qual escreve o jurista Bell, em sua obra *Mechanism for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe, em New directions in European Public Law*, aos cuidados de J.Beatson (Oxford, 1998), para o qual, é de grande utilidade o estudo histórico sobre a responsabilidade do Estado.

Em consequência, para que os resultados e as conclusões que emergem na união europeia encontrem uma dimensão concreta é necessário que sejam recebidas e aceitas pelos ordenamentos de cada Estado membro, bem como, a Corte Europeia deve analisar o fato que os juízes nacionais exercitam as suas atribuições institucionais através dos instrumentos que estejam previstos no direito interno de cada país, ou seja, nos procedimentos jurisdicionais previstos em seus respectivos ordenamentos, como por exemplo, o controle de constitucionalidade, de legitimidade e de mérito, a fim de atualizar os paradigmas comunitários, no que se refere e bagagem jurídica e cultural do Estado do qual seja originário, e sem prescindir dos modelos de responsabilidade públicas vigentes. Neste sentido escreve o jurista Manfredi: “ *O ordenamento comunitário dispõe de mecanismos de tomadas de decisões e órgãos legitimados a iniciar os relativos procedimentos, mas não dispõe de instrumentos para levar tais escolhas a efetividade. As decisões da União Europeia constituem título executivo, mas que valem diante dos órgãos jurisdicionais dos Estados membros que requeiram a tutela do direito.*”(R. Manfredi, Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea, Torino 2004, pág. 26 e 27) (tradução nossa).

05.A experiência alemã no contexto da responsabilidade estatal e controle sobre as leis arbitrárias.

Foi a experiência alemã através da Constituição de WEIMAR de 1919 (Verfassung des Deutschen Reichs) que colocou em evidência, antes de todas as outras, o fato de ser inadequado o dogma da soberania e supremacia da lei em relação as grandes mudanças ocorridas na realidade social e política dos países naquela época e também foi a corte alemã que institui o primeiro controle de fato sobre as leis arbitrárias.

Assim foi propriamente na jurisprudência alemã, através das interpretações do artigo 153 da Constituição de Weimar, que rezava sobre o direito de tutela da propriedade e sobre a desapropriação no âmbito do sistema de ressarcimento de dano por lesões a direitos, que primeiramente contemplou questões nunca antes discutidas, como a extensão do conceito clássico de desapropriação, previstos na lei para todas as situações jurídicas patrimoniais e as limitações da propriedade, através das sentenças proferidas pelo *Reichsgericht* em 18 de novembro de 1921, em 22 de fevereiro de 1924, em 13 de dezembro de 1924, e também em 11 de março de 1927. E, em 1933 ocorreu um fato importante, pois, em seguida a responsabilidade do Estado foi reconhecida também nos casos de intervenções não jurídicas numa sentença proferida pelo Tribunal Administrativo Alemão, o chamado *Reichsgericht* (RG), de 11 de abril daquele mesmo ano.(Consulta em maio/2015 <http://www.bundesverfassungsgericht.de> (<http://www.bundesverfassungsgericht.de>) e <http://www.bverwg.de> (<http://www.bverwg.de>))

06.A experiência francesa sobre e responsabilidade estatal.

Na França que maturaram as primeiras teorias sobre a responsabilidade do Estado em relação a lei através da obra do autor francês *Barthélemy* publicada em 1907, o qual, afirmava que: “. à propos du projet de réglementation de l'emploi du blanc de céruse, sur la responsabilité pécuniaire de l'État à raison du préjudice causé à une catégorie de citoyens par une réforme législative”, publicada em “*Revue du droit publique*”, de 1907, pág. 92.

Sobre o tema, podemos citar ainda o autor G. Scelle, em sua obra “ *À propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay. Etude sur la responsabilité de l'État législateur*”, publicado em “*Revue du droit publique*”, número XXX, no ano de 1913, (p. 657), citado pelo autor Bifulco, em sua obra denominada “*La responsabilità dello Stato per atti legislativi*”, (pág 27), tendo em vista que, o ilustres juristas franceses citados anteriormente foram os primeiros a contemplar o tema da responsabilidade estatal de forma doutrinária na França.

Somente na França, houve uma progressiva capacitação da administração do poder executivo, ligada a uma gradual extensão das obrigações do Estado numa ampliação de seu poder potencialmente causador de danos aos cidadãos, e houve também uma significativa mudança nas relações entre administrados e administração, que deram, inclusive, um grande impulso no abandono ao princípio de irresponsabilidade do poder público.

Em tal contexto a jurisprudência do *Conseil d'État*, através da sentença de 14 de janeiro de 1938, no caso *Société des produits laitiers La Fleurette*, inaugura de certa forma uma responsabilidade dos administradores públicos por *faute de service* e também pelo chamado *risque exceptionnelle*, utilizada como uma referência nos debates sobre a responsabilidade do legislador, mas sem citar, num plano prático, todas as iniciativas que abstratamente poderiam ser entendidas como consequência destas. (A. Pizzorusso, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, pág. 175 e <http://www.conseil-etat.fr> (<http://www.conseil-etat.fr>) consultado em maio de 2015). Porém, as metas francesas no intuito de demonstrar através da jurisprudência a responsabilidade estatal, não contribuíram de maneira significativa para a definição de um modelo de responsabilidade do legislador.

07. Conclusão.

Através do estudo das diferentes estruturas administrativas sobre a responsabilidade do Estado, é possível traçar um dado conclusivo: se entre os diferentes modelos não existe um conceito único de responsabilidade do Estado, nem mesmo em relação a comunidade européia, é porque falta uma conformidade unitária de culpa que seja válida para todas as respectivas disciplinas de responsabilidade do Estado, e nesse sentido podemos citar o jurista C. Harlow, que em sua obra denominada “*Voices of differences in a plural community*” e “*Convergence and divergence in European Public Law*” aos cuidados de P. Beaumont-C. Lyons-N. Walker, (Oxford 2002, p. 210), afirmou que: “*familiar words like fault, with apparently similar or even identical meanings when translated, may be differently understood and applied in different legal cultures*”, ou seja, no seu entendimento a palavra culpa pode ser aplicada e entendida de forma diversa em diferentes culturas, ou melhor dizendo, em mundos jurídicos diversos.

08. Bibliografia.

- R. Bifulco, *A responsabilidade do Estado por atos legislativos*, Padova, 1999.
 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992.
 F. Salmoni, “*Legalità costituzionale e Forma di Stato: aspetti teorici e profili pratici di due concetti apparentemente in crisi*”, em *Revista de Direito Constitucional*, 2004.
 S. Stamatii, “*Stato di diritto e principio di legalità nell'evoluzione della forma di stato europea*, 2005.
 A. Pizzorusso, “*La responsabilità dello Stato*”.
 C. Vitta, *Tendenze moderne sulla responsabilità dello Stato in diritto interno*, Publicado em 1934.
 E. Calzolaio, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, Milão, 2004.
 G. Lombardi, *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore*, em *Direito Público Comparado Europeu*, Publicado no ano de 2000..
 D. Sorace, *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Bologna 1994.
 L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Bari, 2001.
 L. Gianformaggio, *Diritto e ragione tra essere e dover essere, e Le ragioni del garantismo*. Torino, 1993.
 Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milão, 2003.
 J. Bell, *Mechanism for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe*, em *New directions in European Public Law*, Oxford, 1998.
 R. Manfellotti, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino 2004.
 G. Scelle, em sua obra “*À propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay. Etude sur la responsabilité de l'État législateur*”, publicado em “*Revue du droit publique*”, número XXX, no ano de 1913.

09. Legislação:

Verfassung des deutschen Reiches de 1919. (<http://www.verfassungen.de/de/de19-33/verf19-i.htm> (<http://www.verfassungen.de/de/de19-33/verf19-i.htm>))

Autor



Vanessa Massaro

Doutoranda em Direito pela Università degli Studi di Torino. (Turim - Itália)
Doutorado em Direito, Pessoa e Mercado
Pesquisadora na área do Direito Privado pela Università degli Studi di Torino - Campus CLE.
Participação em 2014 e 2015 no Doutorado Organizado pela União Europeia - Erasmus Mundus e no Doutorado em Direito na Università Degli Studi di Milano (Milão - Itália).
Advogada especialista em Direito Empresarial
Curso de Aperfeiçoamento em Direito dos Mercados Financeiros pela Università degli Studi di Milano(Milão - Itália).
Pós-graduação em Direito pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos. IBEJ-PR
Formada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Contato: vanessa.massaro@edu.unito.it
vanessamassaro10@gmail.com

Site: www.unito.it
Home > Studenti > Massaro Vanessa

Dipartimento di Economia e Statistica "Cognetti de Martiis"
Home > Personale > Vanessa Massaro

Site(s):

- www.unito.it
-

- www.webartigos.com/autores/vanessamassaro
 - www.researchgate.net/profile/Vanessa_Massaro
 - aperto.unito.it
 - dott-diritto.campusnet.unito.it/do/home.pl
-

Informações sobre o texto

Este texto foi publicado diretamente pela autora. Sua divulgação não depende de prévia aprovação pelo conselho editorial do site. Quando selecionados, os textos são divulgados na Revista Jus Navigandi.