



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
“LUÍS DE CAMÕES”

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO
LEGISLATIVA: Portugal em tempos de europeização e Covid-19

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas

Autor: Daniel Blume Pereira de Almeida

Orientador: Professor Doutor Ricardo Pedro

Número do candidato: 2016/1206

Setembro de 2020

LISBOA



RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA: Portugal em tempos de europeização e Covid-19

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Autónoma
de Lisboa como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em
Ciências Jurídicas

Prof. Dr. RICARDO PEDRO, orientador.

Setembro de 2020

LISBOA

AGRADECIMENTOS

Ao nosso Senhor Deus, que me permitiu chegar até aqui.

Ao Professor Doutor Ricardo Pedro, pela orientação.

À Professora Sonia, por ser minha mãe.

RESUMO

O presente trabalho cuida da responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa. O instituto ganha dimensão movediça a partir do ingresso de Portugal na União Europeia, bem assim pela posterior edição da Lei n.º 67/2007, que cuida do regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. O Artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa é a matriz do regime da responsabilidade civil estatal. É direito fundamental autoexecutável. Em Portugal, de um modo geral, quando do julgamento da demanda, apenas cabe ao Poder Judiciário fixar a compensação dos danos decorrentes da omissão legislativa. Não pode haver o suprimento jurisdicional de um vácuo legislativo, sob pena de ocorrer desequilíbrio da divisão dos poderes estatais. Os tribunais de Portugal não interpretam e aplicam a Lei n.º 67/2007 com a necessária amplitude constitucional. O Artigo 15.º, n.º 5, da Lei n.º 67/2007 exige prévia manifestação do Tribunal Constitucional Português acerca da existência (ou não) de omissão legislativa, antes do julgamento da respectiva ação indenizatória pelo juízo competente. A norma é inconstitucional. Limita o direito fundamental autoexecutável estabelecido no Artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa e o direito de acesso aos tribunais comuns. A ação indenizatória tem natureza autônoma. A responsabilidade civil por omissão legislativa difere da inconstitucionalidade por omissão. Possuem objetivos e efeitos dispares, respectivamente, ressarcitórios e declaratórios. No Direito da União Europeia, repousa a questão da supremacia. Há prevalência na aplicabilidade de suas normas, em detrimento das leis locais. Estando todas as funções do Estado submetidas ao Direito da União Europeia, por força do princípio do primado, o âmbito da responsabilidade por omissão do Poder Legislativo fez surgir os primeiros acórdãos relativos à responsabilidade dos países-membros por violação de Direito da União Europeia. Foi o que se deu, por exemplo, no paradigmático Caso Francovich. Os parâmetros de efetivação da responsabilidade estatal, por olvidar o Direito da União Europeia, continuam aqueles estabelecidos pela decisão Francovich. O aresto lançou os fundamentos de um novo Direito administrativo comunitário da responsabilidade extracontratual, o qual estabelece que o Tribunal Constitucional Português não possui competência para julgar uma eventual desconformidade de atos legislativos com o Direito da União Europeia. Portugal pode ser, eventualmente, condenado pela violação do Direito da União Europeia sem a prévia manifestação do Tribunal Constitucional Português, ou mesmo do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). A europeização do Direito administrativo tem impulsionado a modernização do sistema administrativo lusitano, no âmbito da estrutura interna, rumo à nova dimensão do Direito administrativo português. Os novos paradigmas que compõem a Responsabilidade Civil do Estado buscam a realização de uma Justiça substantiva e concreta cuja preocupação prioritária é a vítima. Em Portugal, nestes tempos de europeização, o Estado é responsável civilmente pelos danos causados às pessoas físicas ou jurídicas por omissão legislativa, inclusive, no que tange aos atos estatais relacionadas à pandemia de Covid-19, que acomete a União Europeia.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Omissão Legislativa. União Europeia. Covid-19.

ABSTRACT

This work deals with the State's civil liability for legislative omission. The institute gains a shifting dimension from Portugal's entry into the European Union, as well as the subsequent edition of Law no. 67/2007, which takes care of the non-contractual civil liability regime of the State and other public entities. Article 22 of the Constitution of the Portuguese Republic is the matrix of the state civil liability regime. It is a fundamental self-enforceable right. In Portugal, in general, when judging the demand, it is only up to the Judiciary to set the compensation for damages resulting from legislative omission. There can be no jurisdictional supply of a legislative vacuum, otherwise, there will be an imbalance in the division of state powers. The courts of Portugal do not interpret and apply Law no. 67/2007 with the necessary constitutional breadth. Article 15, no. 5, of Law no. 67/2007 requires previous manifestation by the Portuguese Constitutional Court regarding the existence (or not) of legislative omission, before the judgment of the respective indemnity action by the competent court. The rule is unconstitutional. It limits the self-enforceable fundamental right established in Article 22 of the Constitution of the Portuguese Republic and the right of access to ordinary courts. The indemnity action is autonomous in nature. Civil liability for legislative omission differs from unconstitutionality for the omission. They have disparate objectives and effects, respectively, reimbursement and declaratory. In European Union law, the issue of supremacy rests. There is a prevalence in the applicability of its rules, to the detriment of local laws. Since all State functions are subject to European Union law, under the Primacy of European Union law, the scope of responsibility for the omission by the Legislative Branch gave rise to the first judgments concerning the liability of member countries for violation of European Union law. This was the case, for example, in the paradigmatic Francovich case. The parameters of effecting state responsibility for forgetting European Union law, continue those established by the Francovich decision. The argument laid the foundations for a new Community administrative law on non-contractual liability, which establishes that the Portuguese Constitutional Court does not have the competence to judge a possible non-conformity of legislative acts with European Union law. Portugal may, eventually, be condemned for the violation of European Union law without the previous manifestation of the Portuguese Constitutional Court, or even of the Court of Justice of the European Union (CJEU). The Europeanization of administrative law has driven the modernization of the Lusitanian administrative system, within the scope of the internal structure, towards the new dimension of Portuguese administrative law. The new paradigms that make up the State's Civil Liability seek the realization of a substantive and concrete Justice whose priority concern is the victim. In Portugal, in these times of Europeanization, the State is civilly responsible for the damages caused to natural or legal persons due to legislative omission, including about state acts related to the Covid-19 pandemic, which affects the European Union.

Keywords: State Civil Liability. Legislative omission. European Union. Covid-19.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	PARA LOCALIZAR E ARTICULAR O OBJETO DA PESQUISA: UMA ENTRE AS FUNÇÕES DO ESTADO	15
1.1	Panorama Geral: o Estado e a Administração Pública com ênfase na sua função legislativa	16
1.1.1	A evolução social do Estado na busca de critérios de convivência	17
1.1.2	Função legislativa como fundamento dos atos administrativos	23
1.1.3	O Direito neoconstitucionalista: os atos de conteúdo normativo como garantia do equilíbrio entre soberania e cidadania	28
1.2	Principais fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado	32
1.3	Responsabilidade Civil do Estado em Portugal	34
1.3.1	Aspectos Gerais da Responsabilidade Civil do Estado na Lei n. 67/2007.....	38
2	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA E O JUÍZO DE PONDERAÇÃO	45
2.1	Pressupostos da Responsabilidade Civil por Omissão Legislativa, na axiologia do Século XXI.....	56
2.1.1	Aspectos Cognitivos dos Pressupostos	57
2.1.2	Aspectos Normativos dos Pressupostos	62
2.1.3	Aspectos Axiológicos dos Pressupostos	75
2.2	A Responsabilidade Estatal por omissão legislativa e a tragédia no parque aquático em Lisboa: uma decisão antes da Lei n. 67/2007	78
2.3	Autonomia da Responsabilidade Estatal por Omissão versus Exigência de Prévia Manifestação do Tribunal Constitucional Português	81
2.4	Direito de Regresso versus Imunidade Parlamentar	85
2.5	Fixação do <i>Quantum</i> Indenizatório	87
3	RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO LEGISLATIVA EM TEMPOS DE UNIÃO EUROPEIA: o movimento do mundo movimenta o Direito.....	91
3.1	Esclarecimentos Metodológicos.....	91

3.2	Portugal em tempos de União Europeia sob a categoria do movimento.....	92
3.3	Portugal em tempos de União Europeia sob a categoria da Complexidade.....	94
3.4	Panorâmica sobre a União Europeia e a Omissão Legislativa	97
3.5	Consequências da Omissão Legislativa no Direito da União Europeia e Acórdão Francovich	100
3.6	A Responsabilidade Estatal por Omissão Legislativa de Direito da União Europeia, com enfoque na jurisprudência do TJUE.....	112
4	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA, NOS TEMPOS DE CORONAVÍRUS	120
4.1	“Fica em Casa”: Omissão como Pressuposto da Responsabilidade.....	127
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	138
	REFERÊNCIAS	147

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: A dimensão pública da ordem “Fica em Casa”	128
Gráfico 2: A atual realidade mundial pela disseminação da Covid- 19	130
Gráfico 3: A projeção da Covid-19 entre a Saúde Pública e o Direito.....	131
Gráfico 4: O problema na saúde pública gera a responsabilidade civil estatal	132
Gráfico 5: A pandemia como crise humanitária.....	134
Gráfico 6: Colapso.....	135
Gráfico 7: A responsabilidade estatal decorrente do Colapso.....	136

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac	Acórdão
AC	Apelação Cível
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgInt no AREsp	Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial
ARE	Agravo no Recurso Extraordinário
AgR	Agravo Regimental
ARE-AgR	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo
AgR-ED	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração
CC	Código Civil
CCP	Código Civil Português
CE	Comunidade Europeia
CECA	Comunidade Europeia do Carvão e Aço
TFE	Tratado da Fusão dos Executivos
CEE	Comunidade Econômica Europeia
CEEA	Comunidade Europeia da Energia Atômica
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
Covid-19	Doença do Coronavírus 2019
CP	Constituição Portuguesa
CRP	Constituição da República Portuguesa
CUE	Conselho da União Europeia
DJ	Diário de Justiça
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
DOU	Diário Oficial da União
EU	União Europeia
Euratom	Comunidade Europeia da Energia Atômica
HC	Habeas Corpus
JSTF	Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
ADI-MC	Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade
MI	Mandado de Injunção
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas

OPAS	Organização Pan-Americana da Saúde
PE	Parlamento Europeu
RDA	Revista de Direito Administrativo
RE	Recurso Extraordinário
REM	Remessa Necessária
REsp	Recurso Especial
RRCEEP	Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas
RTJ	Revista do Tribunal de Justiça
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
STJ	Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)
TC	Tribunal Constitucional
TCECA	Tratado da Comunidade Económica do Carvão e do Aço
TCF	Tribunal Constitucional Federal (Alemanha)
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJCE	Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
TJMA	Tribunal de Justiça do Maranhão
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia

O presente trabalho entende como sinônimos Direito comunitário e Direito da União Europeia, muito embora o último tenha um viés mais contemporâneo.

Antes do Tratado de Lisboa (2009), que revisou o Tratado de Maastricht (1993), utilizava-se o termo comunitarização.

INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão Legislativa é um objeto de investigação de suma importância e extensão no âmbito jurídico. Não é novo. Nova é a dimensão movediça que alcança pelas relações europeizadas que se concretizam em acordos que geram profunda desestabilização diante de um cenário sociopolítico complexo, especialmente, depois que o mundo passou a enfrentar uma pandemia de Covid-19, doença provavelmente com origem na China, que já dizimou milhares de pessoas.

Ocorre que cabe ao Estado ressarcir as vítimas atingidas por suas eventuais condutas danosas, inclusive legislativas, já que domina o sistema jurídico, na qualidade de pessoa jurídica de Direito público não mais restrito às suas próprias fronteiras.

Sucedem que uma União, no caso a Europeia, criou uma outra esfera interativa. Por exemplo, um cidadão Português precisa ser considerado também como um cidadão europeu, não apenas pelo fato de Portugal ficar na Europa, mas por ser um estado-membro de uma unidade que se tece numa relação supra particular em sua organização jurídica. Dessa forma, fatos lesivos ocasionados contra os bens jurídicos de terceiros ensejam ao Estado reparar o dano quando dele for o autor.

É corrente o entendimento de que o Estado pode responder por danos causados a terceiros. No caso da União Europeia, resta pensar melhor o lugar de cada cidadão para o Estado e para a Comunidade internacional. Trata-se de Responsabilidade Civil do Estado em tempos de redimensionamento, o que torna um tema complexo mais complexo ainda, em especial com o colapso causado pela pandemia. Esta pesquisa pergunta, mas não tem a pretensão de responder com precisão, tendo em vista a complexidade do próprio contexto em que está sendo analisado o problema. Mas tem, sim, o objetivo de acrescentar este impasse à Responsabilidade Civil do Estado por omissão legislativa. Traz à consciência desse percurso investigativo essa realidade e a esperança de que os legisladores, pela própria demanda subjetiva, estão sendo desafiados por tal complexidade gerada pelo movimento social, ora mergulhado na luta contra o Coronavírus.

Retornando ao objeto desta pesquisa propriamente dito, constituído agora no paradoxo Direito interno/comunitário, chama-se a atenção para a Responsabilidade Civil do Estado por omissão legislativa como uma ação sinalizada pela ausência de norma causadora de dano, o que gera a obrigação de indenização e reparação ao particular lesado. O Estado pode

responder por danos causados pelo exercício de qualquer um de seus poderes, seja por atos lícitos em prol do interesse público.

Difícilmente o ato legislativo típico, qual seja, a lei poderá causar prejuízo indenizável ao particular. Como norma geral e abstrata, atua sobre toda a coletividade, em nome da soberania do Estado que, internamente, expressa-se no domínio eminente sobre todos os bens e pessoas do país.

A responsabilidade estatal por emissão de lei é exceção, portanto, não uma regra geral. É pertinente observar que a reparação civil do Poder Público visa restaurar o equilíbrio quebrado com os danos causados individualmente a um ou a alguns. Apenas excepcionalmente poderá uma norma atingir o particular *uti singuli*, causando-lhe danos injustos e reparáveis. Se tal acontecer, necessária se faz a demonstração cabal do nexo de causalidade, bem assim a realização de um juízo de ponderação com foco na dignidade humana.

Parte da doutrina lusitana defende o pensamento de que a responsabilidade civil por atos legislativos não apresentaria previsão constitucional. Defende também que o conceito de norma inconstitucional não é um ato ilícito, mas, sim, antijurídico. Isso afastaria o direito à referida indenização.

Todavia, apesar de exercer parcela da soberania estatal, o Poder Legislativo a exerce na medida estabelecida pela Constituição. Portanto, considera-se a hipótese de que o Estado pode efetivamente responder pela edição de leis inconstitucionais. Além disso, mesmo que constitucional, uma lei poderá afetar um determinado grupo de pessoas, causando-lhe sacrifícios desproporcionais. Ou seja, em tese, supõe-se possível a responsabilização do Estado por edição de normas inconstitucionais ou não.

Desde logo, ressalte-se que o sistema jurídico português explicita ser o Estado responsável pela edição de danosas normas inconstitucionais ou mesmo em desconformidade com a hierarquia normativa ou com o Direito internacional/comunitário. Prevê também a responsabilidade por omissões legislativas geradoras de danos anormais aos direitos ou interesses legítimos dos cidadãos, o que depende da verificação prévia da inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional (Artigo 15º da Lei n. 67/2007).

Destaque-se que a edição de norma constitucional, que afete uma pessoa específica ou uma pequena parcela da população, de forma desproporcional, tenderá a gerar a responsabilidade estatal, ou seja, a obrigação de o Estado reparar o dano. No caso, tal hipótese nem precisa estar plasmada em qualquer lei infraconstitucional, pois decorre da aplicação direta do Artigo 22º da Constituição da República Portuguesa (matriz do regime da responsabilidade

civil do Estado e demais entidades públicas), que conceitua como um direito fundamental a reparação dos danos causados pelo Estado no exercício do seu poder de império.

Em Portugal, de um modo geral, as demandas promovidas em face do Estado são de competência da Justiça Administrativa, conforme a alínea *g* do Inciso I do Artigo 4º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

Já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça – STJ português que o direito à reparação dos danos causados por atos legislativos abarca tanto o ilícito quanto o lícito legislativo. Ou melhor, o Artigo 22º da Constituição abrange as hipóteses de responsabilidade do Estado por atos legislativos lícitos, podendo a lei exigir certos requisitos quanto ao prejuízo ressacável, como um dano grave e especial. Caso contrário, restaria ofendido o princípio geral da reparação dos danos causados a outrem.

Tendo em vista essas divergências, surge o objetivo geral da presente pesquisa: investigar a orientação jurídica da Responsabilidade Civil do Estado por Omissão Legislativa em Portugal, analisando a interferência do fato de ser um estado-membro da União Europeia. A partir deste momento, opta-se por tratar a União Europeia também sob o signo de Comunidade, em razão de se considerar o Direito da União Europeia.¹ Não se está fazendo referência, cumpre esclarecer, às comunidades que a antecederam. É pertinente expor que, no processo de investigação, realiza-se um estudo de argumentos dos doutrinadores que sustentam a impossibilidade da responsabilização do Estado em decorrência dos atos legislativos e também um levantamento de contra-argumentos.

Na elaboração desta dissertação, cujo objeto é Responsabilidade Civil do Estado por Omissão Legislativa, foram construídos os fundamentos teóricos, por meio de análise de doutrina, legislação e jurisprudência. Após a compreensão dos conceitos norteadores, aplica-se o referencial a casos concretos, a fim de se alcançar a resposta fundamental para o problema de pesquisa: em Portugal, seria realmente o Estado responsável civilmente pelos danos causados a pessoas físicas ou jurídicas por omissão legislativa em tempos de União Europeia e Covid-19?

Feitas as devidas considerações, e definido o objeto da pesquisa e seu recorte temático, esta dissertação discute as noções gerais da responsabilidade civil, discorrendo sobre conceitos fundamentais como Estado e Poder Legislativo, para a compreensão da

¹ O presente trabalho entende como sinônimos Direito comunitário e Direito da União Europeia, muito embora o último tenha um viés mais contemporâneo.

responsabilidade estatal, posto que estes entes possuem atos ou comportamentos que, mesmo lícitos, podem causar a determinadas pessoas danos maiores do que os impostos a outras.

Discutem-se também os conceitos de ação, omissão, culpa, dolo e nexo de causalidade para pensar os antecedentes da responsabilidade estatal, além das teorias da construção social do Estado. Somente após a revelação destes institutos é que se passa à averiguação efetivamente da Responsabilidade Civil do Estado e das suas nuances mais significativas, como os principais fundamentos da responsabilização, além das teorias de aplicabilidade da Responsabilidade Civil do Estado. Nessa fase, explana-se sobre as espécies de responsabilidade civil.

Posteriormente, faz-se o recorte temático do objeto investigado, qual seja, a Responsabilidade Civil do Estado por Omissão Legislativa: Portugal em tempos de União Europeia. Nesse momento, é oportuno apresentar as discussões sobre a inconstitucionalidade da Omissão Legislativa. Em seguida, cuida-se da Omissão do Estado e do Direito da União Europeia. Apresenta-se o comportamento desse Direito, diante de situações que conflitam e ofendam o cidadão, estando ele em qualquer território do estado-membro em que seu direito foi ofendido, fato que gera um paradoxo internacional. Por fim, procede-se à análise comparativa à guisa de resposta ao problema investigado para compreender o tratamento jurídico da Responsabilidade Civil do Estado pelos danos causados a terceiros em Portugal, cotejando, sempre que necessário, a título de informação, o conhecimento prévio da orientação legal brasileira sobre este tema.

Resta apresentar aqui alguns elementos de uma pesquisa que busca saber não só como e por que se dá a responsabilização do Estado por omissão legislativa como objeto de investigação, mas principalmente discutir e responder a seguinte questão: há impasse na aplicação de normas jurídicas pelo fato de Portugal fazer parte da União Europeia?

Para isso, foi preciso considerar o movimento em Hegel e a complexidade em Edgar Morin, não para discorrer sobre conceitos filosóficos, mas para esclarecer que são lentes orientadoras do problema desta pesquisa, porque focam o mundo como um processo de reconfiguração, um devir que, ao surpreender, obriga outros movimentos que possam organizar a reconfiguração das sociedades, inclusive, a chegada abrupta de uma pandemia. E aqui, o pesquisador reflete sobre como o movimento do Direito precisa acompanhar as mudanças para um cidadão híbrido (HALL) de uma comunidade complexificada, com base numa descrição e análise documental, buscando seus fundamentos no Estado de Direito, nos Poderes do Estado, sobretudo em sua obrigação legiferante; também em teorias e na jurisprudência de tudo o que

agora é interno e ao mesmo tempo próprio de um estado-membro de uma Comunidade de Direito, que atualmente luta contra a Covid-19.

Finalmente, esta dissertação discute a Responsabilidade do Estado por Omissão Legislativa em Portugal, estado-membro da União Europeia, que assim se organiza por ter integrado o movimento do mundo. Em consequência dos avanços tecnológicos, estabelece interações comerciais e virtuais, até que juridicamente esteja articulado sob a égide de uma comunidade.

1 PARA LOCALIZAR E ARTICULAR O OBJETO DA PESQUISA: UMA ENTRE AS FUNÇÕES DO ESTADO

A responsabilidade do Estado incide sobre as funções pelas quais se constitui o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa que, por sua vez, se desempenham numa relação de causalidade. Não há força jurídica administrativa sem efetivação legislativa, embora se fale, com mais frequência, da responsabilidade resultante de comportamentos da Administração pública, já que, com relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, essa responsabilidade aconteça em casos excepcionais, por suas causas e efeitos menos tangíveis, dada a abstração de seu fundamento.

Significa que a responsabilidade do Estado, pessoa jurídica, incide sobre a reparação do dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. Logo, é atécnico se falar de responsabilidade da Administração pública, já que esta não tem personalidade jurídica, ou seja, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que representam o exercício de parcela das atribuições estatais.

Quando o problema é de responsabilidade extracontratual, sem um vínculo anterior entre vítima e autor, é necessário que o dano seja compensado. De acordo com os irmãos Henri Mazeaud e León Mazeaud, a responsabilidade extracontratual decorre da ausência de vínculo negocial entre o autor do dano e a sua vítima. A relação obrigacional se estabelece pelos princípios da responsabilidade.²

Para Henri Mazeaud e León Mazeaud, a responsabilidade extracontratual decorre de delito sem nenhum vínculo anterior entre o autor do dano e a sua vítima, antes de haver entrado no jogo dos princípios da responsabilidade.³

Portanto, na responsabilidade extracontratual o agente não tem vínculo contratual com a vítima, mas sim vínculo legal. Em função de lei, a pessoa que, por ação ou omissão, causar um dano a outra, passa à condição de responsável em repará-lo, desde que presente o nexo de causalidade.

² MAZEAUD, Henri – **Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil**. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 7 *apud* IRISARRI BOADA, Catalina. **El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano**. 2000. Tesis (Para optar al título de Abogado) – Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 2000, p. 23.

³ *Ibid.*, p. 24.

A consequência, assim, é o dever de indenizar, porque, em linhas gerais, a responsabilidade extracontratual não decorre da manifestação de vontade das partes, antes resulta da violação do dever que foi estabelecido em lei para não causar dano ao próximo. Ao contrário do Direito privado, no qual a responsabilidade sempre exige um ato contrário à lei (ilícito), no Direito público, ela pode decorrer de atos que, embora lícitos, causem danos às pessoas.

Atualmente, observa-se que a responsabilidade civil se sustenta mais no dano sofrido pela vítima do que na conduta que promoveu o dano. Para Sergio Cavalieri Filho, a responsabilidade antes estava focada no sujeito responsável pelo dano, hoje se volta para a vítima e para a reparação do dano sofrido por ela.⁴ Por sua vez, Wilson Melo da Silva expõe que a responsabilidade civil tem como objetivo predominante proteger a pessoa do ofendido e não a do ofensor.⁵ Nesse cenário, o dano é um problema não apenas da vítima, mas de toda a sociedade.

Ressalta-se que a responsabilidade civil é de ordem pecuniária, bem assim que a vertente pesquisa considera como eixo de suas reflexões a Responsabilidade Legislativa, Extracontratual.

De qualquer forma, seria em vão pensar a responsabilidade civil do Estado pelo viés da omissão, sem pensar o ato administrativo como pilar de visibilidade do que falta. Logo, a omissão legislativa não pode ser visualizada isoladamente das demais funções estatais, pois cada função é parâmetro da outra. Estão todas articuladas para o agir do Estado.

Nesse sentido, os itens que compõem a primeira parte desta escrita, oferecem os elementos que se articulam com a função legislativa, para que se compreendam os reflexos da omissão dentro do sistema, a tal ponto de ensejar a responsabilidade do Estado quanto aos danos produzidos.

1.1 Panorama Geral: o Estado e a Administração Pública com ênfase na sua função legislativa

Antes de discutir diretamente o objeto do presente trabalho, faz-se necessário refletir sobre Estado e Administração pública, no seu viés da responsabilização, a partir do que se pode vislumbrar a possibilidade (ou não) da responsabilidade por omissão legislativa.

⁴ CAVALIERE FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito administrativo**. 15.^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2014, p. 67.

⁵ SILVA, Wilson Melo da – **O Dano Moral e sua reparação**. 3.^a ed. rev. e ampl., 3. tiragem, edição histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 98.

Nas questões das teorias do Estado estão os fundamentos do que se tem atualmente sobre a responsabilidade civil estatal. Além disso, tratar sobre a Administração pública é demonstrar que os seus atos justificam-se e resguardam-se na legislação, de modo a ensinar a responsabilidade civil por omissão legislativa danosa. Daí a relevância desses dois elementos para o presente estudo.

1.1.1 A evolução social do Estado na busca de critérios de convivência

A evolução social aponta para a noção de como se chegou à formação da atual sociedade política mediada pelas funções do Estado. Vários são os posicionamentos quanto às circunstâncias que fizeram com que os homens passassem a viver em sociedade. Anderson de Menezes acredita que essa diversidade de teorias foi importante, uma vez que trouxe discussões fundamentais das quais decorreram necessários elementos a uma compreensão abrangente dos complexos problemas estatais existentes.⁶

Aristóteles foi o precursor das correntes acerca da convivência do homem em sociedade. Para esse filósofo⁷, o homem é um ser social por natureza. Em sua obra *A Política*, considerava o homem um animal político. Sob o mesmo pensamento, estava o filósofo Cícero⁸, para quem a espécie humana não nasceu destinada ao isolamento e à vida errante, pois, em regra, sempre procurou o apoio comum.

Tendo em vista os postulados naturalistas acima, verifica-se que a sociedade é advinda de um fato natural, ao passo que os homens, para a manutenção da sobrevivência, buscam a compreensão e o apoio mútuo.

Sob outra perspectiva, estão os adeptos da teoria racionalista, para quem o Estado surgiu a partir da razão humana, isto é, da livre e consciente vontade entre partes. São os chamados contratualistas.

Para Sahid Maluf, a teoria contratualista se sustenta em estudos que consideraram primitivas comunidades em estado natural. Essa teoria defende a tese de que a gênese da sociedade civil, ou seja, o Estado organizado, surgiu do acordo utilitário e consciente entre os indivíduos.⁹

⁶ MENEZES, Anderson de – **Teoria Geral do Estado**. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 624.

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu – **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 314.

⁸ *Ibid.*, p. 33.

⁹ MALUF, Sahid – **Teoria geral do Estado**. 26.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 65.

Edmilson Menezes reconhece que as ideias de Emmanuel Kant são substanciais. Para ele, o aspecto destacado em Kant está no fato de o homem reconhecer o outro, mesmo que não tenham compartilhado nenhuma experiência. A razão pura seria a causa de suas ações.¹⁰ Significa que, de alguma forma, o homem apresenta a consciência de que se deve obedecer a uma regra de conduta universal ditada pela razão prática, ideia denominada imperativo categórico.¹¹

Ainda segundo Maluf, a teoria contratualista conclui que a gênese da sociedade civil, do Estado organizado, surgiu a partir de uma concepção metafísica do Direito natural, que evoluiu para um acordo utilitário e consciente entre os indivíduos.¹²

Já a concepção de Thomas Hobbes baseava-se no fato de os homens serem naturalmente maus, em uma permanente guerra.¹³ A organização social vem justamente criar a possibilidade de convivência no conflito, por meio de um pacto social: uma convivência construída sob a relação de poder entre Estado e cidadão.¹⁴ Hobbes fez importantes considerações sobre as origens e as definições do Estado. Denominava o Estado de SOBERANO e o cidadão de SÚDITO.¹⁵

O empirista inglês John Locke também produziu um pensamento significativo sobre a origem do Estado. Com raízes liberais, defendia que o poder não poderia tolher a liberdade do homem, ou seja: o pacto social não poderia ferir as liberdades individuais. Se entre o súdito e o soberano havia obediência, teria que haver serviços ofertados pelo Estado aos cidadãos: uma contrapartida. *Plus ultra*, ao Estado caberia proteger os cidadãos, o que limitava e restringia os postulados da teoria absolutista, ao tempo em que impulsionava os ideais da Revolução Inglesa de 1688.¹⁶

Locke defendia que o homem não poderia aceitar a arbitrariedade de um poder que tolhesse a sua liberdade. Assim, apesar de defender a ideia do pacto social, acreditava que este acordo não poderia comprometer as liberdades fundamentais do indivíduo. Existia uma troca. Enquanto o governo oferecia os serviços, os súditos obedeciam. Contudo,

¹⁰ MENEZES, Edmilson – Apresentação. In KANT, Immanuel – **Começo conjectural da história humana**. Trad. Edmilson Menezes. São Paulo: Unesp, 2010, p. 7-12.

¹¹ KANT, Immanuel – **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 64.

¹² *Ibid.*, p. 65.

¹³ HOBBS, Tomas - **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: editor Victor Civita, 1983, p. 32.

¹⁴ *Ibid.*, p. 33.

¹⁵ *Ibid.*, p. 33.

¹⁶ LOCKE, John – **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Anuar Alex e E. Jacy Monteiro. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

necessariamente, eram protegidos pelo Estado.¹⁷ O que se percebe é que Locke, justamente por contrapor os dogmas da teoria absolutista de Hobbes, incentivou a Revolução de 1688.

Segundo ainda Locke, o Estado de Natureza foi a denominação do viver juntos, determinado pelas razões de cada um, mas não pela interferência de um soberano. Seria esse um estado de perfeita liberdade, regido por uma lei natural que estabeleceria os princípios de igualdade e independência que constrangeriam os cidadãos a não criarem obstáculos entre si, em nenhuma área da vida. Por essa ideia, o homem aceitaria viver em comunidade, usufruindo de conforto, paz e segurança, sob a proteção do Estado. O contrário seria o estado de ódio e destruição.¹⁸

Reiterando: sobre essas perspectivas, Locke deu início ao pensamento, segundo o qual os homens deveriam viver juntos, segundo as suas razões, sem a interferência de um soberano. A este pensamento ele denominou de Estado de Natureza.¹⁹ Trata-se de um Estado de perfeita liberdade, sem ser, entretanto, um estado de licença, sendo regido por uma lei natural que obriga a cada um. A razão, que se confunde com esta lei, ensina a todos os homens a serem iguais e independentes. Nenhum deve criar obstáculo a outro em sua vida, sua santidade, sua liberdade e seus bens. Do contrário, haveria um estado de guerra, de ódio e de destruição.

Acerca de tal renúncia da liberdade natural, diz Locke que esta ocorre na medida em que o homem aceita conviver em comunidade com a finalidade de viver em segurança, conforto e paz. Passa a desfrutar da proteção do Estado contra aqueles que, de alguma forma, possam prejudicar a paz social, ou ainda que não queiram fazer parte da comunidade.²⁰

Ainda sobre a corrente contratualista, faz-se oportuno citar os estudos de Jean Jacques Rousseau. Este filósofo ponderava que o homem, quando no Estado de Natureza, possuía bondade, saúde e felicidade. Porém, os únicos bens por ele reconhecidos nesta fase era o alimento, a mulher e o descanso. Afirmava que, assim que o homem desenvolveu suas habilidades, deixou de ser primitivo. No âmbito das habilidades adquiridas, especialmente a inteligência e a linguagem, foi impulsionado o aperfeiçoamento pessoal. Eis que se verifica a transição do estado de natureza para a sociedade civil. Nesta passagem, vislumbra-se que a principal característica do Estado Social é priorizar o interesse coletivo em face do interesse

¹⁷ LOCKE, John – **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Anuar Alex e E. Jacy Monteiro. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48.

¹⁸ *Ibid.*, p. 57.

¹⁹ *Ibid.*, p. 57.

²⁰ *Ibid.*, p. 63.

individual, o que repercute atualmente na teoria da responsabilidade civil do Estado, inclusive, no que se refere à omissão e à edição legislativa.

Pois bem, assim, nasceu o Estado Social e, juntamente com ele, mudanças significativas nas funções do Estado perante a sociedade. Surgiram novos instrumentos jurídicos que visaram garantir não só o desenvolvimento econômico, mas também o desenvolvimento social. O Estado Social de Direito apresentou-se em uma segunda fase do Neoconstitucionalismo, que não apenas incorporou, mas efetivou, em seu bojo, um componente nitidamente social.

O Estado de Direito social é um modelo constitucional de regimes democráticos. Contrapõe o poder absoluto, cujo governante nega-se a obedecer às regulamentações vigentes de um país essencialmente livre, onde aos cidadãos são garantidos os direitos sociais fundamentais de igualdade, participação, equidade e justiça social.

Tal Estado busca libertar-se de tentativas de poder absoluto, de sistemas absolutistas que buscam a desobediência do governante às regulamentações vigentes de um país essencialmente livre. Busca conceder aos cidadãos os direitos sociais fundamentais.

Víctor Manuel Durán considera que o Estado de Direito social resulta da reunião de vários fatores que conseguiram modificar regiões governamentais e condições sociais do indivíduo.²¹

No ambiente desse contexto, Jorge Miranda leciona ser preciso articular direitos e liberdades individuais aos direitos sociais. Desse modo, a igualdade social e a segurança social estão vinculadas à igualdade jurídica e segurança jurídica, respectivamente.²²

Em seguida, surgiu o Estado Democrático de Direito, que há de ser observado no aspecto da evolução do Estado Liberal ao Estado Social. Foi essa evolução que permitiu a integração de alguns elementos ao conceito de Estado. Segundo José Afonso da Silva, o elemento novo que confere unidade conceitual é o *status quo*. Assim acontece a inclusão da democracia e da soberania popular no conceito de Estado de Direito.²³ Contudo, apesar de esses elementos se apresentarem ao modelo democrático de direito, ainda há discussões entre

²¹ DURÁN, Víctor. **Estado Social de Derecho, Democracia y Participación**. [Em linha]. Valle de Bravo, México, 22-25 abr. 2001. [Consult. 15 fev. 2018]. Disponível em WWW:https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/4/44/Estado_Social_de_Derecho,_Democracia_y_Participaci%C3%B3n.pdf.

²² MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. 7.^a ed. 2003. Tomo II, p. 96.

²³ MOHNHAUPT, Heinz – L'État de Droit. **Cahiers de philosophie politique et juridique**. n. 24 (1993), p. 71.

autores. Por exemplo, José Cretella Júnior declara não encontrar nada de novo neste conceito de Estado.²⁴

Heinz Mohnhaupt acredita que o Estado Democrático de Direito é o único que propicia a expansão e a promoção da personalidade individual. O cidadão ganha, com isso, o direito de participar da vida do Estado, a garantia de ser livre, por meio dos direitos fundamentais aludidos na Constituição, mesmo porque o Estado precisa criar e estimular os objetivos da vida, a legalidade das diretrizes, a ação da Administração, a independência da justiça e do princípio de proporcionalidade da ação do Estado.²⁵ Na mesma direção, Niklas Luhmann, chega a utilizar a expressão monarquia constitucional.²⁶

Assim surgem os debates acerca da aplicabilidade e da efetividade das normas constitucionais advindas do modelo de Estado Democrático de Direito, que enfatiza a capacidade participativa do cidadão. Tal não surgiu de forma instantânea, pois foi antecedido por mudanças paulatinas que se iniciaram com um Estado Liberal de Direito, seguido do Estado Social de Direito, o qual evoluiu para o hodierno Estado Democrático de Direito, que, como bem ensina Elias Diaz, constitui um passo a mais na evolução do Estado, mesmo porque limita excessos, em direção a um intervencionismo mais qualitativo e seletivo.²⁷

O Estado Liberal tinha por objetivo assegurar o princípio da legalidade, obrigando o Estado a não interferir de maneira absoluta, porque estaria sob um poder limitado. Já no Estado Social de Direito, o principal dogma era a busca do bem social, por meio de mecanismos de justiça social. Por fim, o Estado Democrático de Direito moderno se funda no princípio da soberania popular, com real participação da população nas decisões estatais, sem olvidar a legalidade e a justiça social.

Verifica-se que a noção de Estado passou por diversas mudanças no decorrer da história, sem que fosse possível, até na atualidade, defini-lo com exatidão. Contudo, há um consenso quanto aos elementos que o caracterizam.

Maquiável, em sua obra *O Príncipe*, escrita em 1513, já dizia que o Estado, como realidade/regime/situação política, deve implicar posições permanentes e exclusivas sobre um

²⁴ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 1997. Tomo I, p. 96.

²⁵ *Ibid.*, p. 72.

²⁶ LUHMANN, Niklas – La Costituzione come acquisizione evolutiva. In ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Org.) – **Il futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996, p. 83.

²⁷ DIAZ, Elías – **Estado de Derecho y Legitimidad democrática en Estado de Derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina**. Ciudad de México: Siglo XXI, 2002, p. 86.

território, bem como em situação de ordem em relação aos populares. Idem, na possibilidade de conquista de novos principados e na manutenção dos territórios conquistados. A razão do Estado é central para entender a irresponsabilidade do príncipe maquiavélico, pois os fins justificam os meios, de tal modo que cabe ao príncipe mesmo mentir, ocultar, conspirar, simular, com o fito de salvaguardar o reino.²⁸ Bobbio explica que, até o Renascimento, o uso de termos clássicos como *civitas* e *reino* havia prevalecido. Afirma que Maquiável se referia a *Lo Stato* na língua toscana, que é uma derivação do latim, sem o significado técnico aplicado pela ciência política atual.²⁹ De qualquer maneira, na época, já se identificavam alguns dos elementos incontestes do Estado moderno.

Sobre a democracia, verifica-se que esta tem respaldo em três pilares essenciais: a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa. Tais pilares têm grande semelhança com os da Revolução Francesa: *liberté, égalité, fraternité*. Assim, o conjunto das características definidoras e conceituais de democracia fortifica a ideia basilar dos princípios democráticos. A base do conceito de Estado Democrático é, sem dúvida, a noção de governo do povo, pela própria etimologia da expressão. Desde os antigos gregos, já se notava a participação popular nas decisões políticas da pólis. Os cidadãos elegiam indivíduos que os representassem e tomassem decisões de cunho social. Este sistema predomina hoje com uma estrutura muito mais complexa.

Esse histórico expõe que, independentemente da ótica pela qual se consideram homem e sociedade, a grande busca sociopolítica sempre foi a de organizar a convivência social, daí se destacar a importante função dos atos de conteúdo normativo como elemento da própria atividade estatal.

Atualmente, essas relações de poder estão tripartidas em órgãos independentes e harmônicos entre si, atribuídos da função legislativa, executiva e judiciária. Apesar de ser clássica a expressão separação dos poderes, há um consenso em considerar que o poder é uno e indivisível. O que existe é uma divisão das atividades estatais.

É justamente do sentido de Estado, como um ente constituído da articulação de poderes, que se recorta o objeto desta pesquisa no âmbito do Poder Legislativo, espaço em que interessa aqui a omissão legislativa como causa de danos à particulares, especialmente em tempos de europeização e de pandemia do Covid-19.

²⁸ MAQUIAVELO, Nicolás – **El Príncipe**. 7.^a reimpr. Bogotá: Panamericana Editorial, 2007, p. 117.

²⁹ BOBBIO, Norberto – El poder y el Derecho. In BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo – **Origen y fundamentos del poder político**. México: Grijalbo, 1985, p. 86.

1.1.2 Função legislativa como fundamento dos atos administrativos

A expressão *Administração pública*, em sentido amplo, corriqueiramente abrange tanto o conjunto de poderes e instituições constitucionais que exercem as funções políticas, quanto também os órgãos meramente administrativos, instrumentais, que desempenham a função administrativa. Já em sentido estrito, a Administração pública constitui-se apenas dos órgãos administrativos.

O professor espanhol Vicente de Paredes já dizia, em 1885, que o termo Administração é empregado tanto para a ação de administrar, quanto para a personalidade que administra. O âmbito do Estado que administra é o Poder Executivo.³⁰

Em 1887, Thomas Woodrow Wilson já incluía a Administração pública apenas nos limites do âmbito administrativo. Considerava a Administração a parte mais ostensiva do governo, o que denominava de governo de ação, na condição de esfera operante e com aspecto mais visível.³¹

Mais recentemente, ensinava Hely Lopes Meirelles ser pela Administração pública que o governo controla, comanda e atende a população, indiscriminadamente, no suprimento de suas necessidades, para atingir a melhor forma possível de bem-estar social.³²

Ainda segundo Meirelles, administrar, em sentido lato, é gerir interesses, conforme a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheia. Se os bens e interesses são individuais, a Administração é particular; se são da coletividade, a Administração é pública. Logo, Administração pública é a gestão de bens e interesses públicos assim qualificados pela comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal.³³

Celso Antônio Bandeira de Melo refere-se à Administração pública como aparelhamento do Estado, cujos serviços visam à satisfação das necessidades coletivas. Administrar é gerir os serviços públicos. Não apenas prestar serviços, mas também dirigir, governar, exercendo a vontade com o objetivo de obter um resultado público útil.³⁴

³⁰ SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente – **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid: Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, 1885, p. 56.

³¹ WILSON, Thomas Woodrow – The study of Administration. **Political Science Quarterly**. Vol. 2 (June 1887), p. 198.

³² MEIRELES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 80.

³³ *Ibid.*, p. 84.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de Direito Administrativo**. 27.^a ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 9.

Nas palavras de Marino Pazzaglini Filho, através da Administração pública as autoridades atuam em favor das necessidades e dos interesses da coletividade para alcançar fins que não sejam particulares, por meio do Poder público.³⁵

Juridicamente, a Administração pública está em esfera diferente da Administração privada. Trabalha legalmente na proteção dos cidadãos, sob os preceitos constitucionais, com ênfase nos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da boa-fé. Na Administração privada, somente não é permitido o que a lei proíbe. Na pública, é o contrário: só é permitido o que a legislação autoriza.

A Constituição da República Portuguesa, em seu Artigo 266º, determina ser próprio da Administração pública defender legalmente o interesse dos cidadãos, pois visa à prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Explicita que os órgãos e os agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei, devendo atuar, no exercício das suas funções, com respeito aos princípios da igualdade, da justiça, da proporcionalidade, da boa-fé e da imparcialidade.

A Administração pública de Portugal subdivide-se em duas grandes áreas: Administração pública em sentido lato, e Administração pública em sentido estrito, justamente o setor empresarial do Estado. Este engloba quatro setores: Administração central, Segurança social, Administração regional e Administração local.

Na linha lusitana, existe atualmente uma tendência de transferir parte da Gestão pública para o setor privado. Pretende alcançar uma Administração pública mais aberta, que permita aos cidadãos medidas facilitadoras de interesse público.

Um dos resultados desse movimento foi a criação do Secretariado para a modernização administrativa, com o fito de tornar o serviço público mais eficiente, até porque, nas palavras de Crujeira Camacho, os cidadãos são clientes dos serviços públicos prestados pelo Estado, razão pela qual os funcionários deveriam ser mais eficientes.³⁶

No Brasil, a título de informação, a Administração submete-se inclusive ao Código de Defesa do Consumidor. A própria Constituição, em seu Artigo 37º, institui a eficiência como um dos princípios da administração, quando assevera que a Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência.

³⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino – **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16.

³⁶ CAMACHO, Alberto; CRUJEIRA, Carlos A.; LUCENA, José M.; PINHO, Ivo – **Gestão Pública: uma abordagem Integrada**. Lisboa: Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos Ltda., 1982, p. 102.

A Administração pública, em sentido estrito, é realizada por atos jurídicos, ou seja, atos administrativos que se constituem de natureza, forma e conteúdo com suas especificidades, na forma da lei.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro o ato administrativo produz efeitos jurídicos imediatos, desde que realizado conforme a lei. Com efeito, os atos administrativos se definem a partir de atos jurídicos que traçam o campo de atuação da administração.³⁷

Para o professor argentino Carlos Ariel Torres Sánchez, o ato administrativo é a decisão geral ou especial de uma autoridade administrativa nos exercícios de suas próprias funções, sob os deveres e interesses das entidades administrativas ou dos indivíduos.³⁸

Segundo Sayagues Lazzo, o ato administrativo é qualquer declaração unilateral de vontade da Administração que produz efeitos subjetivos. O administrativista uruguaio explica que esta definição não se refere aos atos convencionais, ou seja, aos contratos da Administração.³⁹

Já Miguel Santiago Marienhoff ressalta que o ato administrativo é uma declaração, disposição ou decisão da autoridade estatal, no exercício de suas próprias funções administrativas, produzindo efeitos jurídicos, na forma da lei.⁴⁰

Tais efeitos imediatos são um dos atributos da Administração pública, elementos que conferem característica peculiar ao Poder público. Outro atributo é a presunção de legitimidade decorrente do princípio da legalidade.

Como bem ensina a brasileira Fernanda Marinela, o ato administrativo é presumidamente legal, justamente o que lhe possibilita produzir todos os seus efeitos imediatamente. Somente a partir desta legitimidade presumida, é que os atos administrativos ganham executividade, mais um atributo da administração.⁴¹

O administrativista uruguaio Alberto Ramón Real fala da atividade administrativa ou executiva do Estado, a partir da ideia do Estado de Direito cominado com o princípio da

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 27.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 185.

³⁸ SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel – **Acto Administrativo, Teoría General**. 3.^a ed, Bogotá, D. C.: Legis Editores, 2003, p. 52.

³⁹ SAYAGUES LASO, Enrique – **Tratado de Derecho Administrativo**. Montevideo: Martin Bianchi, 1959. Tomo 2, p. 437.

⁴⁰ MARIENHOFF, Miguel S. – **Tratado de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. vol. 2; GORDILLO, Agustín – **Introducción al Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962, p. 142.

⁴¹ MARINELA, Fernanda – Atos Administrativos. 2012. [Em linha]. **Marinela.ma**, 2017. [Consult. 5 jun. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.marinela.ma/wpcontent/uploads/2017/11/cadernodeaulaintensivoiaula10atosadministrativosii.pdf>, p. 4.

legalidade, de onde provém a segurança jurídica. Diz que o princípio da legalidade é um importante postulado de conformidade (ou desconformidade) dos atos de hierarquia inferior com aqueles de classificação superior.⁴²

Na doutrina argentina, Marienhoff argumenta a favor da presunção de legitimidade que acredita estar o ato administrativo sustentado na lei. Desse atributo advém a necessidade de os atos administrativos serem executados sem depender de autorização prévia do Poder Judiciário.⁴³

Atributo também importante da Administração pública é a imperatividade. Está presente nos atos impositivos aos administrados. Significa que há a possibilidade de a Administração pública criar obrigações para os administrados, ou impor-lhes restrições unilateralmente, desde que dentro da legalidade.

Para José dos Santos Carvalho Filho, seria absurdo que a Administração ficasse, a cada passo de sua atividade, à mercê do interesse individual, permitindo que o interesse coletivo pudesse estar a ele subordinado. Não pode o administrado escusar-se de cumprir ordem contida em ato administrativo, quando emanada em conformidade com a lei.⁴⁴

Verifica-se que o princípio da supremacia do interesse público justifica a coercibilidade dos atos administrativos, ou seja, a imperatividade, que decorre da exigência ao cumprimento do ato estatal.

Os atos administrativos são, por tudo e em regra, autoexecutáveis. Segundo explica Meirelles, os atos administrativos, em sentido estrito, ensejam sua imediata e direta execução pelo próprio Poder Executivo, independentemente de ordem judicial, até porque decorrem de lei.⁴⁵

Esta característica aponta para o seguinte fato: assim que o ato administrativo é executado, o seu objeto é encontrado imediatamente. Para José dos Santos Carvalho Filho a autoexecutoriedade salvaguarda, com rapidez, o interesse público, mesmo porque a Administração tem a incumbência de exercer a função estatal executiva. Tal prerrogativa pode

⁴² RAMÓN REAL, Alberto – Principio de legalidad y validez del acto administrativo en el Estado de Derecho. **Revista Uruguaya de Estudios Administrativos**. ISSN 18. Vol. 2, n. 2 (jul./dic. 1978), p. 59-65, p. 59.

⁴³ MARIENHOFF, Miguel S. – **Tratado de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. vol. 2, p. 368.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 15.^a ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2014, p. 45.

⁴⁵ MEIRELES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 80.

ser observada quando expressamente prevista em lei, ou quando se tratar de medidas urgentes em prol do interesse coletivo.⁴⁶

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo entendem que os requisitos dos atos administrativos são os elementos de sua validade.⁴⁷ Consoante a grande maioria da doutrina, são cinco os requisitos dos atos administrativos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

De acordo com Marinela, a competência do ato administrativo é própria do agente público, a saber, daquele que exerça, de forma temporária ou permanente, com ou sem remuneração, uma função pública. Tal competência legal, em regra, é possível de delegação ou avocação.⁴⁸

A finalidade é o requisito que busca o resultado que um ato administrativo deve alcançar. É pertinente frisar que o ato deve alcançar o fim expresso ou implicitamente previsto na norma, com foco no interesse coletivo, sob pena de nulidade por desvio de finalidade.

A forma constitui como os atos administrativos devem ser praticados. Excepcionalmente, são admitidas também ordens de voz e sinais, no trânsito por exemplo, conforme Hely Lopes Meirelles.⁴⁹

Quanto ao motivo ou causa, como requisito do ato administrativo, explica Hely Lopes Meirelles que é a situação fática ou jurídica que, ao ocorrer, dará ensejo à prática do ato administrativo. No primeiro caso, será um elemento vinculado; já no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração.⁵⁰

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o motivo não chega a ser elemento do ato, mas o pressuposto que o autoriza. Logo, mediante o exposto, aquele se torna externo ao ato, inclusive porque o antecede.⁵¹

Objeto é o conteúdo expresso para que o ato se concretize, ou seja, é o disposto na forma: o próprio conteúdo material do ato. Pode-se dizer, nas palavras de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, que o objeto do ato administrativo é a própria alteração no mundo jurídico que

⁴⁶ *Ibid.*, p. 56.

⁴⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente – **Direito administrativo descomplicado**. 16.^a ed. São Paulo: Método, 2016, p. 401.

⁴⁸ MARINELA, Fernanda – Atos Administrativos. 2012. [Em linha]. **Marinela.ma**, 2017. [Consult. 5 jun. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.marinela.ma/wpcontent/uploads/2017/11/cadernodeaulaintensivoiaula10atosadministrativosii.pdf>, p. 6.

⁴⁹ MEIRELES, Hely Lopes – *op. cit.*, p. 153-154.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 96.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de Direito Administrativo**. 27.^a ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 29.

o ato provoca, é o efeito jurídico imediato que o ato produz.⁵² Segundo Fernando Garrido Falla, o objeto do ato administrativo é o conteúdo do ato em si, ou seja, um efeito prático que o ato visa obter.⁵³ Miguel Santiago Marienhoff ressalta que objeto é sinônimo de conteúdo. O ato é, então, a medida concreta adotada pela autoridade, na esteira da lei.⁵⁴

Em linhas gerais, os atributos da Administração pública são os elementos que a caracterizam e os requisitos são os elementos que validam o ato administrativo. Interessa aqui tratá-lo sob o fundamento da força legal que o torna não só possível, mas também válido, necessário e incisivo.

1.1.3 O Direito neoconstitucionalista: os atos de conteúdo normativo como garantia do equilíbrio entre soberania e cidadania

A simples tripartição dos Poderes do Estado, produzida nos moldes do Espírito das Leis de Montesquieu, não mais explica, precisamente, o relevante percentual da atividade jurídico-pública dos diferentes órgãos constitucionais.⁵⁵

O Estado, como pessoa de Direito público, mostra-se como figura singular no sistema jurídico, pois imbuído de uma série de obrigações que não encontra comparação com nenhum outro ente jurídico. Constitui atualmente um Estado Democrático de Direito com prerrogativas e deveres estabelecidos pela Constituição. Suas obrigações fazem do Estado uma instituição com responsabilidades para com os cidadãos, razão pela qual seu estudo se apresenta de extrema importância para esta pesquisa, com foco na responsabilidade estatal por omissão legislativa.

Os serviços prestados pelo Estado visam à materialização dos direitos consagrados na constituição, instante em que pode ocorrer a incidência da responsabilidade civil estatal, uma vez que a maioria das suas atividades apresenta uma carga de risco inerente, até porque lida com o exercício do poder destinado a organizar a vida em sociedade.

⁵² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente – **Direito administrativo descomplicado**. 16.^a ed. São Paulo: Método, 2016, p. 401.

⁵³ GARRIDO FALLA, Fernando – **Tratado de Derecho Administrativo**. Vol. 1, 13.^a ed. Madrid: Tecnos, 2002, p. 595.

⁵⁴ MARIENHOFF, Miguel S. – **Tratado de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. vol. 2; GORDILLO, Agustín – **Introducción al Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962, p. 98.

⁵⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de – **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167.

Nas últimas décadas, a responsabilidade civil do Estado apresentou nítido processo de reinvenção. Não somente em termos conceituais e abstratos, mas em termos de reavaliação das situações concretas e das alternativas que passaram a prestigiar mais o ser humano.

Nesse contexto, a responsabilidade civil do Estado apresenta-se inserida no momento denominado de Neoconstitucionalismo, o qual oferece ao cenário sócio-jurídico novos paradigmas de vislumbre da responsabilidade estatal.

Para entender de que forma o Neoconstitucionalismo consubstancia esse novo momento da responsabilidade civil do Estado, cabe registrar que tal questão, acoplada ao Pós-positivismo jurídico, tem recebido críticas dos que não conseguem perceber as ditas transformações na hermenêutica jurídica, ocorridas após a segunda metade do Século XX.

Importa destacar que o presente estudo não se desenvolve na direção dessas discussões, mas as contempla porque almeja apresentar as abordagens sobre a perspectiva que os novos moldes constitucionais trouxeram ao cenário legislativo. Faz-se oportuno, tendo em vista o Neoconstitucionalismo, traçar algumas considerações sobre o tema.

Leva-se em consideração o entendimento de Laura Dromi San Martino,⁵⁶ no sentido de que as inovações do Século XX, no campo do Direito, cujo conjunto é denominado como Neoconstitucionalismo, interferem nas novas abordagens jurídicas. Essa articulação, entre a visão neoconstitucional e os sentidos de proteção da sociedade, soma-se aos institutos constitutivos sobre a separação de Poderes, com o fito de haver melhor integração com a responsabilidade civil diante da omissão legislativa.

Houve um tempo em que o Direito não conseguia acompanhar a velocidade das transformações sociais e as profusões de ideias. Para superar o descompasso desse distanciamento em relação ao fenômeno social, o operador do Direito passou a pensá-lo mais célere e mais contextualizado. Talvez essa seja a melhor explicação para a utilização dos prefixos pós e neo, vez que trazem consigo a ideia de algo novo e, em consequência, da possibilidade da atualização e do movimento.

Esses novos alicerces jurídicos, pautados na aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia, proporcionaram à legislação contemporânea uma aproximação com o que se entende por Neoconstitucionalismo. Este, por sua vez, representa aludido olhar novo sobre a interpretação do Direito, com foco na priorização dos direitos

⁵⁶ SAN MARTINO, Laura Dromi – **Derecho Constitucional de la Integración**. Buenos Aires: Ciudad Argentina; Madrid: Marcial Pons Servicio de Publicaciones, 2002, p. 42.

humanos, cujas raízes estão nos direitos fundamentais expressos nas constituições democráticas, no esqueço das lições de Luís Roberto Barroso.⁵⁷

Sem dúvida, o reconhecimento dos direitos humanos é a maior característica dos sistemas legais contemporâneos, o que se vislumbra desde meados do século passado, por meio de uma imersão na cultura de direitos. Kaufmann diz, inclusive, que o Neoconstitucionalismo foi usado para designar e estudar esse fenômeno.⁵⁸

Pedro Lenza reafirma que há articulação conceitual entre a lei natural e as características das práticas neoconstitucionais, no que tange ao reconhecimento dos direitos, à relação entre sistemas legais estaduais e supra-estaduais, às constituições resultantes de um quadro de princípios e regras, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.⁵⁹

No Século XIX, a tendência dominante, quanto à descrição da interpretação legal, era o formalismo legal. Isso, em síntese, poderia ser descrito como uma teoria que tenta reduzir o Direito a uma lógica dedutiva. No Século XX, no entanto, logo se percebeu que, para decidir, um magistrado deveria, em cada caso concreto, resolver e determinar normas aplicáveis, exigindo-se dele a decisão mais adequada, razoável e proporcional dentre várias alternativas, *prima facie*, formalmente corretas.

Na linha de Diogo de Figueiredo Mandara Neto, advogados, promotores/procuradores e juízes são permanentemente desafiados pela escolha das normas aplicáveis, métodos de interpretação e previsão dos resultados. Essas escolhas determinam o critério pelo qual eles devem, respectivamente, requerer, opinar e decidir.⁶⁰

Segundo Mariana Velozo Macedo, no âmbito constitucional, a Hermenêutica oscila entre a descrição normativa e a irracionalidade versus a negação da descrição legal e a proporcionalidade.⁶¹ Ou seja: as decisões tomadas por um operador jurídico devem demonstrar razoabilidade. Isso significa que um operador legal é obrigado a dar razões e, em particular,

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto – **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 34.

⁵⁸ KAUFMANN, Franz-Xaver – Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften. **Soziologische Gegenwartsfragen**. Neue Folge, 1973. *Id.* – Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von Unsicherheit: Die Sicht der Soziologie. In BAYERISCHE RÜCKVERSICHERUNG (Org.). **Gesellschaft und Unsicherheit**. Karlsruhe: VVW, 1987. p. 37-48.

⁵⁹ LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 63.

⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.) – **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 16.

⁶¹ MACÊDO, Mariana Velozo – **A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado pelos Danos Ambientais**. 2015. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015, p. 37.

justificar o motivo de escolher um caminho entre todas as alternativas que ele enfrenta, tanto que, para Gilmar Mendes, toda decisão razoável precisa partir de uma motivação, sob pena de ser arbitrária e violadora do devido processo legal ou de procedimentos judiciais efetivos.⁶²

Nesse sentido, observa-se que os princípios constitucionais funcionam como verdadeiros alicerces ao Neoconstitucionalismo, aptos o suficiente para resolverem celeumas e entraves.

Paulo Roney Ávila Fagúndez enfatiza que o Neoconstitucionalismo multidimensiona o fenômeno jurídico. Amplia a visão do Direito. Prioriza e resguarda os direitos humanos fundamentais em caso de dano, mesmo que ocasionados para resguardar os direitos da maioria dos cidadãos – daí a importância deste estudo para a vertente dissertação, que foca na responsabilidade civil do Estado legislador. Ora, se a edição ou não de uma norma prejudicar poucos cidadãos em detrimentos da coletividade, devem ser indenizados pela desproporção.⁶³

Em se tratando do alcance e da efetivação dos direitos fundamentais, não se pode mais pensar em um Direito que não observe as garantias aos direitos. A ideia que limitava o poder político a um número concentrado de pessoas e órgãos deu lugar ao pensamento amplo que alcança as camadas populares. O Estado Democrático se consolidou mediante tal cenário. Não basta verbalizar a democracia. Esta precisa ser efetivada para além da letra.

O Estado Democrático de Direito alcançou a modernização e a soberania, levando a população a outros patamares, dando a esta o poder de constituir seu país como participante ativo e legal das decisões normativas e políticas. Dessa forma, o povo alcança sua soberania, e isso traduz a vontade politicamente estruturada para a legitimação democrática das decisões.

A lei maior de um país não pode ficar isenta às mudanças sociais, sob pena de não se adequar à realidade. O Estado que não observar essas mudanças terá, em suas estruturas, discrepâncias com a própria aplicação da Constituição. Devido a esses fatores, a rigidez nas constituições requer mecanismos de reforma para que, dessa maneira, encontrem possíveis soluções aos problemas decorrentes de sua aplicação. Eis mais uma responsabilidade legislativa do Estado: gerir o movimento do mundo por meio de seu Poder Legislativo.

Por outro lado, essa observação da mudança em relação às constituições também deve ser pensada sob a ótica das relações do direito e do poder. Se um dano ou desconforto

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

⁶³ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila – **Direito e holismo: introdução a uma visão jurídica de integridade**. São Paulo: LTr, 2000, p. 71.

causado pelo Estado a um cidadão for proporcional, não cabe ser indenizado, pois viver em sociedade exige restrições, desde que razoáveis.

Dessa forma, uma das tarefas que rondam o pensamento humano é compreender o modo pelo qual se estruturam as relações sociais, em especial as relações desiguais de obediência e dominação que justificam a autoridade e a natureza das obrigações políticas.

Michel Foucault defende que os conselhos maquiavélicos tiveram um cunho positivo, ao sugerir – mesmo que indireta ou não claramente – um governo atento às necessidades da massa, a fim de garantir governabilidade, muito embora o príncipe estivesse em posição de exterioridade. Importava evitar a queda do poder e sempre se engrandecer, por meio da autossuficiência, especialmente ao reter o saber sem compartilhá-lo com os súditos.⁶⁴

Esse modo tirânico e solitário de administrar deu lugar a um governo, cujo povo aparece como parte integrante do processo político, sujeito de necessidades e de aspirações, inclusive educacionais. La Perrière usa mesmo a expressão arte de governar, ao tratar de técnicas de governo, somadas à paciência e à diligência nos termos de uma constituição.⁶⁵

Esses princípios estão intimamente relacionados aos novos moldes advindos do Neoconstitucionalismo, às novas estruturas de poder e aos novos paradigmas para os quais a sociedade agora passou a ter uma atenção especial, verificando de perto suas reais necessidades.

Retirando lições para esta pesquisa sobre a responsabilidade civil do Estado, tendo o enfoque nas bases citadas acima, percebe-se que este instituto passa a ser alicerçado sob a primazia do interesse da vítima e da solidariedade social.

Assim, os novos paradigmas que compõem a responsabilidade civil do Estado buscam a realização de uma justiça substantiva e concreta, cuja preocupação prioritária é a vítima, a saber, o cidadão ofendido em seus direitos, o que se potencializa nestes tempos de europeização e de pandemia do Covid-19.

1.2 Principais fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado

É princípio de convivência social a obediência às regras jurídicas que a fundamentam, apontando para a relação de conduta versus consequência. Essa consequência sustenta-se na responsabilidade sobre tal conduta, sobretudo quando há dano.

⁶⁴ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila – **Direito e holismo: introdução a uma visão jurídica de integridade**. São Paulo: LTr, 2000, p. 178.

⁶⁵ *Apud* FOUCAULT, Michel – **Em Defesa da Sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 151-155.

A teoria da responsabilidade civil analisa as circunstâncias para determinar se uma pessoa é responsável pelo dano sofrido por outra e se será obrigada a repará-lo, sendo função do Estado produzir as regras jurídicas que fundamentam o convívio social. Caso não o faça, incide em omissão legislativa.

Deste modo, a responsabilidade civil é um conceito que se aplica para restabelecer o equilíbrio moral e/ou patrimonial, tendo em vista as consequências do dano sofrido, para que a vítima se compense dos prejuízos experimentados.

São essenciais para a presente investigação os fundamentos que envolvem a responsabilidade civil do Estado, pois se faz oportuno analisar as bases de um determinado instituto jurídico para que a interpretação das normas aplicáveis à solução dos casos concretos tenha uma inspiração adequada, sobretudo nos casos mais complexos, em que não é possível encontrar uma solução para o problema por mero procedimento exegético.

Como já antecipado, a responsabilidade civil surge quando uma obrigação não se cumpre, nascida da vontade dos indivíduos, estabelecida em contrato ou lei. Este descumprimento gera um dano obrigacional, ou seja, a responsabilidade civil: o dever de indenizar um dano.

Segundo Francisco Fernandez Segado, a simples sujeição dos Poderes públicos a um sistema jurídico enseja eventual responsabilização, que pode ter viés sancionatório ou compensatório.⁶⁶

Maria Helena Diniz acrescenta que, da responsabilidade civil do Estado, decorrem medidas para a reparação de um dano patrimonial ou extrapatrimonial causado à terceiros. Tal dano decorre de ato do Estado ou de representante estatal, mesmo que por simples imposição legal.⁶⁷ De acordo com Eloy Espinosa Saldaña, a responsabilidade civil do Estado advém dos princípios e razões que motivam a obrigação estatal de reparar o dano.⁶⁸

Desde os tempos remotos, em que não se aceitava a responsabilidade civil do Estado por atos praticados pelos seus agentes, até a contemporaneidade, têm surgido mudanças significativas nos fundamentos da responsabilidade estatal. Dentre essas mudanças, três merecem especial destaque: a Revolução Industrial e o desenvolvimento das máquinas que

⁶⁶ SEGADO, Francisco Fernández – La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 13, n. 39 (sept./dic. 1993), p. 195-247.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena – **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada**. 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 69.

⁶⁸ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy Andrés – En torno al debido proceso en sede administrativa y su viabilidad en el escenario peruano y mundial. [Em linha]. **Revista Jurídica Cajamarca**. Año 4, n. 12, (jul./sept. 2015). [Consult. 20 ago. 2019]. <https://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista12/debido.htm>, p. 44.

substituíram, sobremaneira, os trabalhos manuais (Século XIX); a ampliação dos direitos fundamentais com a inclusão dos direitos sociais, culturais e coletivos (Século XX); e o desenvolvimento da hermenêutica da constituição e dos direitos fundamentais (segunda metade do Século XX).

Após a Revolução Industrial, verificou-se a ampliação dos riscos laborais com a conseguinte elevação do número de acidentes, quando se passou a priorizar a vítima do dano, em detrimento da culpa do agente causador.

Atualmente, o fundamento da responsabilidade consiste justamente no questionamento acerca da justificativa, ou seja: do real motivo ensejador do dano. Não com a finalidade de culpar o agente, mas de responsabilizá-lo para a devida reparação, na proporção em que foi causado à vítima.

Diz Roberto Senise Lisboa que a responsabilidade civil tem atravessado um longo caminho evolutivo, pois o crescimento social e econômico é uma fonte abundante de riscos, acidentes e danos. Inevitavelmente, a responsabilidade civil teve que se adequar às demandas que surgem de tais transformações.⁶⁹

Já se reconhece hoje, portanto, que pode ocorrer de o Estado causar danos à sociedade e aos indivíduos. Esses danos podem ser ocasionados através do exercício ou não das atividades que lhe são incumbidas, ou seja, por meio de ações ou de omissões estatais. Ressalte-se a responsabilidade por omissão legislativa, foco do presente trabalho.

1.3 Responsabilidade Civil do Estado em Portugal

Em Portugal, a responsabilidade civil do Estado encontra-se especialmente disciplinada no citado Artigo 22º da Constituição da República, nos Artigos 500º e 501º do Código Civil, bem assim na Lei n. 67/2007.

A Constituição definiu a responsabilidade do Estado de forma solidária, ao preceituar, no Artigo 22º, que o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, solidariamente com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes.

Conforme Miguel Bettencourt da Câmara, tal norma essencial sustenta-se no fundamento de que o Estado e as demais pessoas coletivas (públicas e privadas) são diretamente responsáveis pelos danos causados no exercício de suas funções. A legislação

⁶⁹ LISBOA, Roberto Senise – **Manual de direito civil: teoria geral do direito civil**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 82.

infraconstitucional tem uma margem de configuração que não pode afetar o núcleo constitucional da responsabilidade civil estatal.⁷⁰

Em verdade, é uma inovação trazida pela Constituição de 1976. As Constituições anteriores tratavam de forma distinta a possibilidade de responsabilização do Estado. Até a Constituição de 1838 referia-se apenas à responsabilidade dos funcionários públicos. Nas de 1911 e 1933, se por um lado não se fizesse esta referência, por outro não se estabelecia a responsabilidade direta das entidades públicas, como o faz a atual Constituição de Portugal.

Consoante Canotilho, a Constituição estabelece, claramente, a responsabilização do Estado e demais entidades públicas pelos danos causados por ações ou omissões dos titulares dos seus órgãos, lesivas aos direitos ou aos interesses dos particulares. Desta forma, confere dignidade constitucional ao princípio da responsabilidade estatal, o que ratifica o Estado de Direito Português.⁷¹

É, pois, com base neste dito legal (Artigo 22º) que a doutrina, mesmo antes da edição da Lei n. 67/2007, ainda na vigência do Decreto-Lei n. 48051/1967, já firmava a Responsabilidade Civil do Estado pelos danos emergentes de seus atos, como visto no escrito de Canotilho.⁷²

De fato, a norma constitucional consagra o princípio da responsabilidade dos Poderes públicos pelos prejuízos causados por ações ou omissões dos titulares dos seus órgãos, lesivas aos direitos ou interesses dos particulares, razão pela qual definiu a responsabilidade direta do Estado.

No mesmo sentido, Luís Felipe Loureiro Cunha, para quem o citado Artigo 22º representa o definitivo afastamento do princípio da irresponsabilidade do Estado (ou mesmo do princípio da responsabilidade indireta e subsidiária do Estado), pois afirma o princípio da responsabilidade direta estatal. Torna claro que os entes estatais são diretamente responsáveis perante os particulares pelos danos que lhes causarem, devendo ressarcir-los.⁷³

Surge, aqui, uma questão fundamental a ser discutida, qual seja: a abrangência normativa do aludido Artigo 22º. A partir da interpretação literal do texto constitucional, parece

⁷⁰ CAMARA, Miguel Bettencourt da – **A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos: Algumas Ponderações do Legislador (Limites à elasticidade da norma do Art. 22º da CRP)**. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 18.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpr., ed. limit. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 133.

⁷² *Ibid.*, p. 57.

⁷³ RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado – **Da Responsabilidade do Estado pela Violação do Direito Comunitário**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 89.

não haver dúvidas quanto à aplicabilidade da responsabilização civil solidária das entidades públicas por ações ou omissões praticadas no exercício de todas as funções estatais, abrangendo as funções jurisdicional e legislativa para além da administrativa. Há, assim, uma proteção ampla contra a violação dos direitos, liberdades e garantias, bem como contra a violação dos prejuízos causados pelo Estado aos particulares.

Se dúvidas permanecem, entende-se que não são pertinentes, uma vez que o legislador constituinte não fez limitações. Não especificou quais funções exercidas pelos agentes públicos seriam capazes de gerar a responsabilização pelos possíveis danos decorridos deste exercício.⁷⁴

A jurisprudência também firma entendimento semelhante, como se depreende do Acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal de Justiça em 08 set. 2009, nos autos do Processo n. 368/09, de relatoria do Juiz Conselheiro Dr. Sebastião Póvoas. Assevera que, ainda na vigência do Decreto-Lei n. 48051/1967, a doutrina passou a se inclinar no sentido de que o Artigo 22º da Constituição Portuguesa abrange a responsabilidade do Estado por danos resultantes do exercício das três funções estatais: administrativa, legislativa e jurisdicional. Isso porque inexistia qualquer restrição; porque o referido artigo constitucional revogou eventuais preceitos daquele Decreto-Lei que pudessem impedir essa interpretação e é uma norma de aplicação direta e também porque cumpre aos tribunais a sua implementação tendente a assegurar a reparação dos danos resultantes de atos lesivos dos interesses dos cidadãos juridicamente protegidos.

O Artigo 27º, Inciso V, da Constituição corrobora tal entendimento, ao determinar que a privação da liberdade contra disposição constitucional ou legal atribui ao Estado o dever de indenizar os lesados, na forma da lei. Ademais, os tutelados por esta norma são todos aqueles capazes de sofrer danos por ação ou omissão dos agentes públicos no exercício das suas funções e por causa delas: pessoas privadas, individuais ou coletivas, além de outros entes públicos, distintos do agente causador do dano.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 set. 1999, também enfatiza que a disposição contida no Artigo 22º da Constituição tem sido considerada a matriz do regime da responsabilidade civil extraobrigacional do Estado e abrange as atividades administrativa, legislativa e jurisdicional.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpr., ed. limit. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 430.

Vital Moreira e Canotilho⁷⁵ fazem uma importante análise quanto à abrangência da norma contida no exaustivamente citado Artigo 22º. Afirmam que a consagração da responsabilidade estatal solidária com os titulares dos órgãos/funcionários/agentes sugere a responsabilidade por conduta ilícita conjugada com a ilicitude do resultado, ou seja, violação de direitos/liberdades/garantias das pessoas, o que justificaria a responsabilidade por atos culposos, ou ao menos ilícitos. Em que pese a ponderação, os autores defendem a existência da responsabilidade por atos lícitos, com fundamento no princípio do Estado de Direito, o qual impõe a reparação de danos causados pela atividade pública impositiva de sacrifícios graves e especiais.

Do próprio Artigo 62º, Inciso II, da Constituição, depreende-se a obrigação de o Estado indenizar os prejuízos suportados pelo administrado, atingido em seu patrimônio, por uma requisição ou uma expropriação. Impede que este venha a suportar, de forma especial e particular, o ônus de um benefício coletivo. Denota-se, pois, a lógica imposta pela CRP que depõe favoravelmente à regra da indenização ao terceiro lesado, ainda que por uma atividade lícita do Estado.

Nesse sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08 fev. 2001, publicado em sua oficial Revista n. 540/99, conclui que o reconhecimento do direito à reparação dos danos causados por atos legislativos abrange quer o ilícito legislativo, quer o lícito legislativo, o qual não se resume ao sacrifício do direito à propriedade.

Destaca-se não ser razoável concluir a análise do objeto deste estudo, sem que seja feita a averiguação deste sob a ótica do Direito da União Europeia, tendo em vista ser Portugal um estado-membro da União Europeia. Ou seja, sendo o objeto desta pesquisa a responsabilidade civil do Estado pela omissão do Poder Legislativo, como causa de dano extracontratual, consequência de inércia da Administração pública em sua concepção geral, há de se tratar do Direito comunitário.

Pois bem, o Estado Português, como estado-membro da União Europeia, encontra-se obrigado a cumprir as normas comunitárias, com o agravante de que tais normas têm primazia sobre as regras internas, *ex vi* do magistério jurisdicional do Supremo Tribunal de Justiça. Por exemplo, acórdão de 27 nov. 2007, disponibilizado na Revista/STJ n. 3952/07, enfatiza que os países-membros estão compelidos a reparar os danos causados às partes, pela

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpr., ed. limit. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 431.

violação do Direito comunitário; que essa violação pode decorrer da desobediência, na ordem jurídica interna, das normas e princípios comunitários, o que pode se dar por mera omissão, ou por desrespeito à decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE.⁷⁶

No citado julgado, observa-se que a União Europeia adotou o primado do princípio da responsabilidade civil, com esteio no Artigo 340º do Tratado da União Europeia – TUE.

A UE deve indenizar, de acordo com os princípios gerais comuns, os danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes, no exercício das suas funções; deve, também, por meio do Banco Central Europeu, indenizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos estados-membros, devendo, ainda, reparar os danos causados por si próprio ou pelos seus agentes, no exercício de suas funções – até porque a responsabilidade pessoal dos agentes perante a União é regulada pelas disposições do respectivo Estatuto ou do Regimento que lhes é aplicável. Depreende-se, então, que o Estado português deve alinhar suas orientações normativas de forma coincidente, ao menos em linhas gerais.

Após a abordagem sobre o alcance jurídico do instituto da responsabilidade civil do Estado, com ênfase na função legislativa, bem assim sobre o alcance constitucional do Artigo 22º da CRP, é mister o estudo da legislação infraconstitucional específica, Lei n. 67/2007, o que será discutido no item a seguir.

1.3.1 Aspectos Gerais da Responsabilidade Civil do Estado na Lei n. 67/2007

A Lei n. 67/2007, de 31 de dezembro, instituiu o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas - RRCEEP, que será analisado em alguns de seus aspectos relevantes para esta pesquisa.

O primeiro a ser discutido é seu âmbito de aplicação. O Artigo 1º, n. 1, da RRCEEP, ao informar que a responsabilidade civil extracontratual do Estado se origina em danos decorrentes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa, firmou a abrangência do âmbito material do regramento. Tal abrangência do âmbito material consiste numa importante inovação trazida pelo legislador, uma vez que o diploma anterior, Decreto-Lei n. 48051/1967, não mencionava as funções legislativa e judicial. Então, com a ampliação do espectro, o Estado passa a ser, expressamente, responsabilizado por tudo quanto aconteça em seu nome, e é, nesse sentido, que muito bem se posiciona o professor João Caupers.⁷⁷

⁷⁶ STJ. Supremo Tribunal de Justiça – **Revista n. 3952/07**. 6ª Secção. Relator: Fonseca Ramos. Lisboa: STJ, 2007.

⁷⁷ O que está em causa é a ideia fundamental de que nada do que acontece em nome do Estado e no suposto

Após a visualização da delimitação material, a análise agora é a do âmbito subjetivo da norma, que também sofre uma dilatação, tendo em vista que o legislador estabelece que o disposto no RRCEEP se aplica à responsabilidade civil de pessoas coletivas de Direito privado, por ações ou omissões que adotem no exercício das prerrogativas de poder público, ou que sejam reguladas por disposições ou princípios do Direito administrativo. Ou seja: caso as pessoas coletivas de Direito privado atuem com prerrogativas de poder público (ou sob a proteção de princípios do Direito administrativo), a responsabilidade decorrente dos seus atos será alcançada pelo presente regramento.

Ressalte-se que, além da mencionada novidade, o regime é aplicado à responsabilidade das pessoas coletivas de Direito público, bem como dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes.

A responsabilidade civil extracontratual, como visto, funda-se, em regra, na culpa e na ilicitude. Daí a denominação de delitual, como é também conhecida. O RRCEEP definiu tanto a culpa, quanto a ilicitude para os efeitos da Lei n. 67/2007.

A culpa é estabelecida pelo contido no Artigo 10º. Configura-se quando os titulares de órgãos, funcionários ou agentes deixam de exercer o cuidado que, em função das circunstâncias de cada caso, seria exigível aos titulares de órgãos, funcionários ou agentes zelosos. A culpa deve ainda ser dimensionada conforme o grau, pois, para cada grau de culpa, haverá consequências distintas. A culpa leve ocorre quando o servidor (titulares de órgãos, funcionários ou agentes) atua com zelo inferior ao que estava obrigado, em razão do cargo, enquanto que a culpa grave se realiza quando este mesmo servidor age com zelo manifestamente inferior ao que estava obrigado. Assim diz o enunciado no Artigo 8º do RRCEEP.

Já a ilicitude é definida no Artigo 9º da Lei em comento, quando o legislador diz serem ilícitas as ações ou omissões que violem princípios ou normas constitucionais, legais ou regulamentares, bem como regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado, gerando dano ou ofensa a direitos ou interesses legalmente protegidos; ou ainda, quando esse dano ou ofensa advenha do funcionamento anormal de um serviço público.

interesse da coletividade, mediante as ações ou omissões das suas instituições, pode ser imune ao dever de reparar os danos provocados aos particulares. Podem discutir-se as condutas relevantes, os danos ressarcíveis, as circunstâncias, a profundidade, as condições e os limites da reparação; mas o que não pode, em nosso entender, é discutir-se o princípio (CAUPERS, João – **A Responsabilidade do Estado e outros entes públicos**. [Em linha]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2019. [Consult. 15 fev. 2017]. Disponível em WWW: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jc_MA_5351.doc).

Há, em geral, pelo estabelecido no corpo do próprio regramento, uma presunção de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos, ou, sempre que houver, no incumprimento dos deveres de vigilância (Artigo 10º, n. 2 e n. 3, do RRCEEP). Quando os danos resultarem de ações ou omissões ilícitas, por culpa leve dos titulares dos órgãos do Estado, funcionários ou agentes, no exercício da função e por causa desse exercício, haverá responsabilidade exclusiva do Estado e das pessoas coletivas de Direito público.

Tendo em vista o princípio do Estado de Direito, é compreensível, e até esperado, que seja a Administração responsável quando o dano não tenha resultado do comportamento concreto de um determinado titular de órgão (agente ou funcionário), ou quando não seja possível comprovar a autoria pessoal da ação ou omissão, devendo ser atribuído tal prejuízo a um funcionamento anormal do serviço (Artigo 7º, n. 3, da RRCEEP).

Ressalte-se, no entanto, a possibilidade de existência da dita culpa do lesado, conforme preconiza o Artigo 4º do regime estudado. Desta forma, quando o lesado tiver concorrido para a produção do dano, ou mesmo para o seu agravamento, não utilizando a via adequada a eliminação do ato jurídico lesivo, pode o Judiciário, com base na gravidade das culpas de ambas as partes, reduzir ou até excluir a indenização devida pelo Estado.

O sistema jurídico de Portugal adota a responsabilidade objetiva do Estado, por meio de disposição constitucional expressa. O Artigo 22º da Constituição da República Portuguesa determina que o Estado é civilmente responsável por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resultem violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo a outrem.

A regra também é dirigida às demais entidades públicas e civilmente responsáveis. Segundo tal norma constitucional, o ente público responde solidariamente com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, pelos danos causados a terceiros.

Da mesma forma que Portugal, o Brasil adota a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, conforme Artigo 37º, § 6º, de sua Constituição Federal. Vaticina que as pessoas jurídicas de Direito público como também as de Direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Outrossim, assegura o Direito de regresso estatal contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa. Possui a mesma redação, o Artigo 43º do Código Civil Brasileiro.

Diogo Freitas do Amaral preleciona que a responsabilidade objetiva do Estado pode decorrer por funcionamento anormal do serviço, pelo risco ou por ato lícito.⁷⁸ A responsabilidade por funcionamento anormal do serviço acontece quando os danos não tenham decorrido do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente específico. Ou melhor: quando for impossível provar a autoria pessoal da ação ou omissão, mas for possível atribuir o dano a um funcionamento anormal do serviço, que poderia ter sido evitado.⁷⁹

Como referido, uma das direções em que o Direito administrativo da responsabilidade civil estatal evoluiu no Século XX foi de uma, cada vez maior, responsabilização do Estado para proteger os lesados. Nessa linha, constituem marcos decisivos quer a autonomização do princípio da responsabilidade da Administração – já objeto da análise –, quer o reconhecimento – primeiro pela jurisprudência e depois pelo legislador – de uma das consequências mais significativas de tal autonomização: a denominada culpa do serviço (ou falta do serviço).

Sabemos que o princípio tradicional, em matéria de responsabilidade por fato ilícito, é o de a mesma ter uma base subjetiva: em regra, só haverá obrigação de indenizar, se houver culpa (princípio da responsabilidade subjetiva, ou princípio da culpa). Contudo, como vimos, a culpa é uma noção eminentemente subjetiva: só os indivíduos agem com culpa. Por isso, para se considerar que uma pessoa coletiva agiu com culpa, é preciso imputar essa culpa a um ou mais indivíduos que tenham atuado, no exercício das suas funções, em serviço dessa pessoa coletiva (como titulares dos seus órgãos ou como seus funcionários ou agentes).

Ora, acontece, muitas vezes na prática, a dificuldade, ou mesmo a impossibilidade de apurar de quem foi a culpa de uma atuação de um serviço público num certo caso concreto. Emprega-se, então, a expressão culpa do serviço (ou falta do serviço) para designar um fato anônimo e coletivo de uma Administração mal gerida.

Já a responsabilidade pelo risco ocorre quando os entes públicos respondem pelos danos advindos de suas atividades, coisas ou serviços especialmente perigosos. Por exemplo, os causados por manobras ou exercícios com armas de fogo pelas Forças Armadas ou Polícia, os causados pela explosão de centrais nucleares e os causados involuntariamente por policiais em operações de manutenção da ordem pública ou de captura de suspeitos da prática de crime.⁸⁰

⁷⁸ AMARAL, Diogo Freitas do – **Curso de Direito Administrativo**. 3.^a ed. São Paulo: Almedina, 2016, p. 597 *et seq.*

⁷⁹ *Ibid.*, p. 600.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 602-603.

Mas existem mais zonas de extensão considerável, que abrangem os casos de responsabilidade objetiva, como os da responsabilidade por atos lícitos.

Antes da publicação do Decreto-Lei n. 48051, de 21 de novembro de 1967, doutrina e jurisprudência portuguesas já consideravam que, a par da forma clássica de responsabilidade (subjettiva), outras havia em que o Estado era obrigado, sem culpa, a indenizar certos danos sofridos pelos particulares.

Entretanto, a responsabilidade objetiva era excepcional, porque só existia nas hipóteses expressamente previstas por lei. Como visto, a doutrina ainda tentou sustentar, a partir de 1950, que a responsabilidade pelos danos causados por ato lícito tinha caráter geral no Direito português, mas a jurisprudência não a acompanhou nessa interpretação.

O Código Civil de 1966 manteve-se fiel, no seu âmbito de aplicação da responsabilidade estatal, à doutrina clássica. Por isso se lê, no Artigo 483º, Inciso II, que somente há obrigação de indenizar, independentemente da culpa, os casos especificados na lei.

Uma grande inovação do Decreto-Lei n. 48051/1967 foi ter resolvido abandonar este caráter excepcional da responsabilidade objetiva, nomeadamente quanto aos atos lícitos, definindo-a agora por forma genérica, através de uma cláusula geral. Ou seja, a norma estabeleceu, em termos genéricos, o âmbito da responsabilidade objetiva em tais domínios, de tal modo que este tipo de responsabilidade existe nos casos que integrem a previsão abstrata da lei, não carecendo de um preceito específico para cada situação típica. O legislador do RRCEEP manteve esta mesma orientação, aprofundando-a e desenvolvendo-a no sentido de um ligeiro alargamento do seu âmbito de aplicação.

Quanto à responsabilidade fundada no risco, o Artigo 11º daquele Regime declara que o Estado bem como as demais pessoas coletivas de Direito público responde pelos danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços especialmente perigosos, salvo se houver força maior. Declara ainda, quando um fato culposo de terceiro tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos, que o Estado responde solidariamente com o terceiro, sem prejuízo do direito de regresso.

Ressalta-se que constituem exemplos de responsabilidade objetiva, fundada no risco, casos como os seguintes: danos causados por manobras, exercícios ou treinos com armas por parte das Forças Armadas ou Polícia; danos causados pela explosão de centrais nucleares; e danos causados involuntariamente por policiais em operações de manutenção da ordem pública ou de captura de suspeitos da prática de algum delito.

Quanto à responsabilidade por ato lícito, o legislador do RRCEEP adota uma perspectiva ampla, aliás, refletida na própria designação que utiliza: indenização pelo sacrifício, *ex vi* do seu Artigo 16º. Determina que o Estado deve indenizar o indivíduo a quem, por razões de interesse público, imponha encargo ou cause prejuízo especial e anormal, devendo para o cálculo da indenização, atender-se ao grau de afetação do conteúdo substancial do direito violado ou sacrificado.

Repare-se bem que a indenização pelo dano causado pode resultar de uma violação ou sacrifício de um direito ou interesse. Somente no primeiro caso, há responsabilidade civil fundada na justificação de um ato ilícito, positivo ou negativo. Isto é, somente aí há um ato danoso antijurídico. No segundo caso, do sacrifício, o que está em causa é um mero problema de compensação de um sacrifício.

Este tipo se dá quando o ente público, por razões de interesse público, imponha encargos ou cause danos especiais e anormais a particulares, os quais devem ser indenizados segundo o grau de afetação do direito ou interesse violado ou sacrificado. Eis o que se chama de indenização pelo sacrifício. Exemplos de responsabilidade objetiva por ato lícito, ou pelo sacrifício: expropriação por utilidade pública, requisição por utilidade pública, servidões administrativas, ocupação temporária de terrenos adjacentes às estradas para execução de obras públicas, e exercício do poder de modificação unilateral do contrato administrativo.⁸¹

Nessa linha, o magistério jurisdicional do Supremo Tribunal de Justiça português, ao julgar demanda ajuizada por pessoa prejudicada pelo ato normativo que criou uma reserva ecológica. Decidiu, na oportunidade, que o Estado deve indenizar o particular a quem, no interesse geral, através de ato legal ou ato material lícito, tenha submetido a encargo desproporcional, ou causado prejuízo especial e anormal (Artigo 9º, Inciso I, do Decreto-Lei n. 48051/1967). Aduziu que a especialidade e a anormalidade do risco e do dano subsequente têm guarida quando ultrapassam a medida das contingências, transtornos e prejuízos que são inerentes à vida coletiva (Revista n. 3331/06 - 2.ª Secção - Rodrigues dos Santos, Relator, João Bernardo e Oliveira Rocha, 28 jun. 2007).⁸²

Percebe-se que, ao contrário do que ocorre no Direito privado, no qual a responsabilidade exige, em geral, um contrário à lei (ilícito), no Direito administrativo isso pode

⁸¹ AMARAL, Diogo Freitas do – **Curso de Direito Administrativo**. 3.ª ed. São Paulo: Almedina, 2016.

⁸² GABINETE de Juizes Assessores do Supremo Tribunal de Justiça Assessoria Cível – A responsabilidade civil extracontratual do Estado na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça. **Sumários de Acórdãos de 1996 a dezembro de 2012**. Lisboa: STJ, nov. 2014, p. 203.

decorrer de atos que, apesar de lícitos, causem a determinadas pessoas um ônus maior do que o imposto aos demais integrantes da coletividade.⁸³

Portanto, há responsabilidade direta do Estado pela lesão de direitos, liberdades e garantias ainda que o dano seja produzido por atos lícitos dos poderes públicos, conforme já decidiu o STJ português em julgado que apreciava a responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa, quando militares afastados da ativa, em virtude do disposto no Decreto-Lei n. 178/74, pretenderam ressarcir-se das quantias que não lhes foram pagas pelo Estado, reintegrando o seu património à situação em que estariam se não tivessem sido objeto de afastamento.⁸⁴

Destaca-se, por oportuno, não ser a responsabilidade objetiva irrestrita e inafastável, pois há causas excludentes e atenuantes de responsabilização do Estado. As excludentes são aquelas que afastam o nexo causal, como força maior e culpa exclusiva da vítima. Já as atenuantes são as que revelam que o Estado não é o único e exclusivo responsável pelo dano, como no caso de culpa concorrente de terceiro ou da própria vítima, na esteira do Art. 505º do CCP e do Art. 11º da Lei n. 67/2007.

A seguir, passemos para o cerne da responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa.

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella – **Direito Administrativo**. 27.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 411

⁸⁴ 08-02-2001 - Revista n. 3762/00 - 6.^a Secção - Azevedo Ramos - Relator, Pais de Sousa e Silva Salazar (GABINETE de Juízes Assessores do Supremo Tribunal de Justiça Assessoria Cível – *op. cit.*, p. 10).

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA E O JUÍZO DE PONDERAÇÃO

Como discorrido, o Estado pode responder por danos causados pelo exercício de qualquer um de seus poderes, mesmo que o ato praticado seja lícito, porém imponha a uma pequena parcela de pessoas um grande sacrifício em prol do interesse público. Em Portugal, de um modo geral, as demandas promovidas em face do Estado são de competência da Justiça Administrativa, conforme Artigo 4º, Inciso I, Alínea g, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

Talvez fosse possível dizer que o Estado não responde civilmente pela edição de atos legislativos, pois possui um Poder Legislativo soberano composto por parlamentares eleitos pelo povo, o qual pode alterar, criar ou extinguir normas. Esses atos são voltados para toda a coletividade. Ademais, as leis têm caráter geral e abstrato. Impõem ônus iguais a todos na mesma situação.

Hely Lopes Meirelles vê, com extrema reserva, a responsabilidade estatal por emissão de leis. Diz que, quanto aos atos legislativos, o Estado apenas responde por meio da comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva, o que reputa quase impossível. Fala que a lei dificilmente pode causar prejuízo indenizável ao particular; que a norma abstrata e geral atua sobre toda a coletividade, em nome da soberania estatal; que se revela no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional; que a reparação civil estatal visa restabelecer o equilíbrio rompido com o dano causado individualmente a um ou alguns membros da comunidade; que apenas excepcionalmente pode uma lei atingir o particular, causando-lhe um dano injusto e reparável; que, se tal acontecer, necessário se torna a demonstração da culpa do Estado, por meio da atuação de seus agentes políticos; que isto se afigura indemonstrável no regime democrático em que o próprio povo escolhe os seus representantes para o legislativo; que é a própria coletividade que investe os parlamentares na função legislativa; que nenhuma ação disciplinar têm os demais Poderes sobre agentes políticos; e que não encontra, assim, fundamento jurídico para a responsabilização civil do Estado, por danos eventualmente causados por lei, mesmo que declarada inconstitucional.⁸⁵

Na doutrina lusitana, voz similar é de Maria Lúcia Amaral, para quem a responsabilidade civil por atos legislativos não apresentaria previsão constitucional. Defende

⁸⁵ MEIRELES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 556-557.

que uma norma inconstitucional não é um ato ilícito, mas, sim, antijurídico, o que afastaria o direito à referida indenização. Em contrapartida, apesar de exercer parcela da soberania estatal, o Poder Legislativo a exerce na medida estabelecida pela Constituição. Portanto, o Estado pode sim responder pela edição de leis inconstitucionais. Além disso, mesmo que constitucional, uma lei poderá afetar um determinado grupo de pessoas, causando-lhe sacrifícios desproporcionais. E mais: os mandatos concedidos aos parlamentares não são um cheque em branco, pois são eleitos para preservar a ordem constitucional. Devem, portanto, editar normas condizentes com a Carta Maior, as quais imponham assim um sacrifício proporcionalmente uniforme à sociedade.⁸⁶

Com relação as leis inconstitucionais, a tese da responsabilidade do Estado é aceita, entre outros, por Amaro Cavalcanti,⁸⁷ Guimarães Menegale,⁸⁸ Cretella Júnior,⁸⁹ Diógenes Gasparini⁹⁰ e Juarez C. Silva.⁹¹ Este último autor destaca o tema da responsabilidade do Estado de forma unitária, que abrange atos dos três Poderes. O fundamento que ele aponta, nos três casos, é o princípio do Estado de Direito. Vale dizer: o princípio da plena submissão de toda a atividade estatal ao Direito.

Rememore-se que, quanto às leis de efeitos concretos, que afetam determinados indivíduos, incide a responsabilidade do Estado, pois, como fogem às características da abstração e generalidade atinentes aos atos normativos, terminam por acarretar ônus suportados pelos demais membros da coletividade. A lei de efeito concreto, apesar de promulgada pelo legislativo, com observância do processo legislativo, constitui, quanto ao conteúdo, verdadeiro ato administrativo. Gera, portanto, os mesmos efeitos deste, se causar prejuízo ao administrado, independentemente de considerações acerca da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Há autores que aceitam a responsabilidade do Estado, mesmo que, em se tratando de leis constitucionais com o propósito de editar normas gerais e abstratas, acabem por atingir

⁸⁶ AMARAL, Maria Lúcia – Responsabilidade do Estado-legislador: Reflexões em torno de uma reforma. **THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa**. Ano 2, n. 4, (jul. 2001), p. 5-21, p. 9-11.

⁸⁷ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 311.

⁸⁸ CHIOVENDA, Giuseppe – **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 2. Trad. J. Guimarães Menegale. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 87.

⁸⁹ CRETELLA JÚNIOR, José – **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 10.

⁹⁰ GASPARINI, Diógenes – **Direito Administrativo**. 10.^a ed., rev. e atual. de acordo com a Lei das Parcerias Público-Privadas Lei n. 11.079/2004. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 76.

⁹¹ SILVA, Juarez C – **A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos: teoria da responsabilidade unitária do poder público**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 5.

diretamente um grupo delimitado de pessoas. É a opinião de Cretella Júnior,⁹² para quem o Estado responde civilmente pelos danos que qualquer ato legislativo cause a um ou a um número restritíssimo de administrados. Lembra ele que, às vezes, o próprio legislador insere na norma um dispositivo atenuante, prevendo uma indenização pelo dano.

Yussef Said Chali menciona o caso em que o particular desfruta de certas vantagens econômicas asseguradas por um ato legislativo e, sendo este modificado ou revogado, resulta para ele a supressão ou diminuição daquelas vantagens. Também cita a hipótese em que o Estado estabelece a seu benefício um monopólio industrial ou comercial de certa atividade, em detrimento daqueles particulares que a exerciam. Transcreve acórdão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, no qual foi acolhida a tese de responsabilidade do Estado por lei estadual que criou a reserva florestal do Vale da Paraíba, afetando totalmente o direito de propriedade do autor da ação.⁹³

Desde logo, ressalte-se que o sistema jurídico português explicitou ser o Estado responsável pela edição de danosas normas inconstitucionais ou mesmo em desconformidade com a hierarquia normativa ou com o Direito internacional/comunitário. Previu também a responsabilidade por omissões legislativas que gerem danos anormais aos direitos ou interesses legítimos dos cidadãos, o que depende da verificação prévia da inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional (Artigo 15º da Lei n. 67/2007).⁹⁴

⁹² CRETELLA JÚNIOR, José – **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 261.

⁹³ CAHALI, Yussef Said – **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99.

⁹⁴ “CAPÍTULO IV. Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa: Artigo 15º Responsabilidade no exercício da função político-legislativa 1- O Estado e as regiões autónomas são civilmente responsáveis pelos danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por actos que, no exercício da função político -legislativa, pratiquem, em desconformidade com a Constituição, o Direito internacional, o Direito comunitário ou acto legislativo de valor reforçado. 2 — A decisão do tribunal que se pronuncie sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma jurídica ou sobre a sua desconformidade com convenção internacional, para efeitos do número anterior, equivale, para os devidos efeitos legais, a decisão de recusa de aplicação ou a decisão de aplicação de norma cuja inconstitucionalidade, ilegalidade ou desconformidade com convenção internacional haja sido suscitada durante o processo, consoante o caso. 3 - O Estado e as regiões autónomas são também civilmente responsáveis pelos danos anormais que, para os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais. 4-A existência e a extensão da responsabilidade prevista nos números anteriores são determinadas atendendo às circunstâncias concretas de cada caso e, designadamente, ao grau de clareza e precisão da norma violada, ao tipo de inconstitucionalidade e ao fato de terem sido adoptadas ou omitidas diligências susceptíveis de evitar a situação de ilicitude. 5- A constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional. 6 - Quando os lesados forem em tal número que, por razões de interesse público de excepcional relevo, se justifique a limitação do âmbito da obrigação de indemnizar, esta pode ser fixada equitativamente em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos causados.”

A Lei n. 67/2007, de 31 de dezembro, foi a que aprovou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas – RRCEEP. Com essa lei, houve a culminância de um processo aberto com a aprovação da Constituição de 1976, que expôs a inadequação do diploma então vigente em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado: o Decreto-Lei n. 48051/1967. O princípio constitucional da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas contido no Artigo 22º da Constituição da República Portuguesa não se ajustava à legislação infraconstitucional anterior, até então vigente. Era necessária a aprovação de uma nova lei em matéria de responsabilidade civil extracontratual estatal que consolidasse esse princípio fundamental e, em consequência, o Estado de Direito democrático.

De qualquer maneira, a Lei n. 67/2007 foi editada com defeitos. Por exemplo, se a edição de norma constitucional afetar uma pessoa específica ou uma pequena parcela da população, de forma desproporcional, será gerada a responsabilidade estatal, isto é, a obrigação de o Estado reparar o dano. No caso, tal hipótese não se encontra explicitada no Art. 15º da Lei n. 67/2007, entretanto decorre da aplicação direta do Art. 22º da Constituição da República Portuguesa (matriz do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas), que conceitua como um direito fundamental a reparação dos danos causados pelo Estado no exercício do seu poder de império.

Nesta linha, Cretella Júnior defende que o Estado responde civilmente pelos danos que o ato legislativo cause a um ou a um número muito restrito de pessoas, o que se aplica também às normas emanadas do Poder Executivo.⁹⁵ É o caso de uma norma que cria uma reserva florestal ou desapropria/nacionaliza um bem particular.

Já decidiu o STJ português que o reconhecimento do direito à reparação dos danos causados por atos legislativos abrange tanto o lícito, quanto o ilícito legislativo.⁹⁶

O Artigo 22º da CRP não deixa de abranger as hipóteses de responsabilidade do Estado por atos legislativos lícitos, podendo apenas a lei exigir certos requisitos quanto ao prejuízo ressarcível (ex: exigência de um dano especial e grave). Caso contrário, ficaria lesado o princípio geral da reparação dos danos causados a outrem.⁹⁷

⁹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José – Responsabilidade do Estado por ato legislativo. **Revista de Direito Público**. Ano 1, n. 71 (jul./set. 1984), p. 60-75, p. 87.

⁹⁶ STJ. Supremo Tribunal de Justiça – **Revista n. 540/99**. 1.ª Secção. Relator: Lopes Pinto; Ribeiro Coelho e Garcia Marques. Lisboa: STJ, 23 set. 1999.

⁹⁷ *Ibid.* – **Revista n. 324/99**. 7.ª Secção. Relator: Herculano Namora; Sousa Dinis e Miranda Gusmão. Lisboa: 23 set. 1999.

Destarte, se uma norma constitucional e legal emanada do Estado causar prejuízo desproporcional ao administrado (leia-se: sacrifício particular), há responsabilidade estatal, como inclusive defende Almiro Couto e Silva, o qual, tendo em vista a anormalidade e a especialidade do dano, evoca a igualdade perante os encargos públicos para exclamar a existência de responsabilidade.⁹⁸ Sobre a temática, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que há, outrossim, responsabilidade do Estado por atos legítimos, se romperem a igualdade perante os encargos públicos, a produzir danos anormais e especiais; que referidos danos devem incidir apenas sobre um ou uns poucos; que são particularmente onerados pela medida tomada no interesse geral; que o dirigismo econômico pode ser fonte de danos; que ordens e contraordens estatais, suscitadas pela conjuntura econômica, como alterações de mercado e outros fatores do gênero, podem causar a alguns industriais um gravame específico; e que *in casu* a responsabilização estatal tem cabimento com base no princípio da igualdade.⁹⁹

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal – STF adota esse entendimento, ao decidir que a elaboração teórica em torno da responsabilidade civil estatal por atos inconstitucionais tem reconhecido o direito de o indivíduo prejudicado pela ação normativa danosa da Fazenda Pública pleitear, em processo próprio, a devida indenização patrimonial. O STF prestigia tal orientação ao deixar claro que o Estado responde civilmente pelos danos causados em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional (RDA 20/42, Min. Castro Nunes). Diz que, se praticado pelo Poder Público um ato prejudicial com base em lei que não é lei, deve responder pelas consequências (RTJ 2/121, Rel. Cândido Mota Filho).¹⁰⁰

Destaque-se o julgamento do STF que se defrontou com o tema, oportunidade em que se apurou o dever da União (leia-se: Brasil) de indenizar empresa alcooleira pela fixação de preços dos seus produtos em valores inferiores aos custos de produção, por meio de lei. O Supremo, então, decidiu que os danos patrimoniais gerados pela intervenção estatal, no setor, ensejariam a indenização. O julgado assevera que a intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica; que a livre iniciativa é fundamento da República; que a fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com o setor constitui um empecilho ao livre

⁹⁸ SILVA, Almiro Couto – A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. n. 202 (out./dez 1995), p. 19-41.

⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – Responsabilidade do Estado por Intervenção na Esfera Econômica. **Revista de Direito Público**. Ano 15, n. 64 (out./dez. 1982), p. 75-83.

¹⁰⁰ STF, Pleno, 26 ago. 1992, JSTF 189/21 *apud* CAHALI, Yussef Said – **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 529-530.

exercício da atividade econômica, bem assim um desrespeito ao princípio da livre iniciativa; e que tal conduta gera danos patrimoniais ao agente econômico, o que redundará em obrigação estatal de indenizar os prejuízos.¹⁰¹

Outro precedente relevante do STF é o que cuida da responsabilidade civil da União por edição normativa de plano econômico que causa prejuízos a particulares (controle de preços na espécie), no caso uma empresa aérea que foi à falência. O acórdão aponta que a estabilidade econômica e financeira do contrato administrativo é expressão jurídica do princípio da segurança jurídica; que se busca conferir estabilidade ao ajuste inerente ao contrato de concessão; que se garante à concessionária viabilidade para a execução dos serviços; que a instituição de nova moeda (Cruzado) e a implementação dos planos de combate à inflação, denominados Plano Funtar ou Cruzado, congelaram os preços e as tarifas aéreas nos valores prevalecentes em 27 fev. 1986; que os reajustes efetivados, no período de controle de preços, foram insuficientes para cobrir a variação dos custos suportados pela empresa; que a indenização que se impõe, haja vista a teoria da responsabilidade objetiva do Estado com fulcro no risco administrativo; que o dano e o nexo de causalidade estão comprovados; que o Estado responde juridicamente pela prática de atos lícitos, quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais; que não há, no caso, a possibilidade de a empresa cumprir as exigências pactuadas com o Estado, sem prejuízos aos seus funcionários, aposentados e pensionistas, cujos direitos não puderam ser honrados; que, muito embora toda a sociedade tenha sido submetida aos planos econômicos, impuseram à empresa prejuízos singulares, pela sua condição de concessionária de serviço, sem poder evitar o colapso econômico-financeiro; que não é aceitável sujeitar os funcionários, os aposentados, os pensionistas e a própria concessionária à condição específica com ônus insuportável e desequilibrado dos demais indivíduos, decorrente das políticas estatais impostas, sem contrapartida indenizatória para mitigar os danos experimentados; e que a União, portanto, responde pelos prejuízos suportados pela empresa, advindos dos aludidos planos econômicos.¹⁰²

De qualquer forma, há de se fazer um juízo de ponderação entre a solidariedade que se impõe a todos que vivem em sociedade e a extensão individualizada do dano. Caso ocorra um sacrifício extremo de poucos por muitos, deve haver indenização. Tal ponderação deve ser

¹⁰¹ STF. Supremo Tribunal Federal – **Recurso Extraordinário n. 422.941/DF**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 6 dez. 2005. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ, 24 mar. 2006.

¹⁰² *Id.* – **Recurso Extraordinário n. 571.969/DF**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 12 mar. 2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 23 jun. 2014.

procedida tendo em vista a dignidade da pessoa humana, na esteira da teoria do alemão Robert Alexy, que garante um padrão de racionalidade e proporcionalidade para as decisões judiciais.

Alexy, filósofo e jurista alemão, elaborou sua teoria dos direitos fundamentais com esteio nos princípios e valores que se encontram além das codificações. Esse jurista destaca a importância da diferença entre normas do tipo regra e normas do tipo princípio. Enfatiza a importância da racionalidade dos juízos de ponderação entre os princípios jurídicos. A ponderação descrita por Alexy foi uma relevante construção doutrinária. A questão dos princípios e dos valores foi essencial para a construção de sua teoria com esboço na colisão normativa.

Em sua obra *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Robert Alexy apresenta a Lei de Colisão para solucionar o tensionamento entre princípios. Utilizou um julgado do Tribunal Constitucional Alemão para ilustrar melhor sua pretensão, que diz respeito à não realização da audiência oral, tendo em vista a saúde delicada do acusado que sofria risco de infarto.¹⁰³ Neste caso, há uma colisão entre o princípio da aplicação do direito penal com o princípio de proteção do direito à vida e à integridade do acusado.

Com efeito, é preciso que se proceda, pontualmente, um juízo de ponderação entre a solidariedade que se impõe a todos os que vivem em sociedade e a extensão individualizada do dano, na medida em que apenas um sacrifício extremo de poucos por muitos enseja uma indenização.

Em Portugal, quando do julgamento da lide que cuida de omissão legislativa, ao Judiciário cabe, somente, fixar a compensação pelos danos decorrentes da omissão. Não pode haver o suprimento jurisdicional de um vácuo legislativo, sob pena de ocorrer o desequilíbrio da divisão dos poderes estatais. O Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo, como já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, sob pena de violação do princípio da divisão de poderes e subversão da relação de forças entre Judiciário e Legislativo, razão pela qual tal pretensão não pode ser procedida por meio dos tribunais.¹⁰⁴

Em outro giro, no Brasil, a jurisprudência tem avançado no sentido de possibilitar que o Judiciário integre ou supra a omissão legislativa no caso concreto, como se deu com a extensão do direito de greve dos trabalhadores comum aos funcionários públicos, haja vista a

¹⁰³ JÚDICE, Mônica Pimenta – Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras. [Em linha]. **Consultor Jurídico**. (2 mar. 2017). [Consult. 23 jul. 2019]. Disponível em WWW:http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras.

¹⁰⁴ STJ. Supremo Tribunal de Justiça – **Processo n. 476/96**. 2.ª Secção. Relator: Conselheiro Nascimento Costa. Lisboa: STJ, 30 out. 1996.

inexistência de normatização específica aos servidores. Na ocasião, o Pretório Excelso decidiu que a Constituição do Brasil reconhece expressamente o direito de greve aos servidores públicos civis; que o preceito veiculado pelo Artigo 37, Inciso VII, da CF exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia; que a Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral; que se reclama, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição; que na omissão do Congresso Nacional no que respeita ao seu dever, incumbe ao Supremo Tribunal Federal dar concreção ao preceito constitucional; que, diante de mora legislativa, cumpre ao STF decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem; que a Corte não se presta a emitir decisões desnutridas de eficácia; que a greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida; que sua auto aplicabilidade é inquestionável; que se trata de direito fundamental de caráter instrumental; que o argumento de que a Corte estaria a legislar, ferindo a independência e harmonia entre os poderes, é insubsistente; que o Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, na espécie, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o sistema jurídico; e que, portanto, remove o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, torna viável o exercício do direito de greve, *in casu*.¹⁰⁵

No campo remuneratório/indenizatório, bom exemplo é o caso de lacuna legislativa quanto à revisão geral e anual da remuneração dos servidores públicos, sempre na mesma data e sem distinção de índices, por meio de lei (Constituição Federal, Artigo 37º, Inciso X); ou no caso em que a revisão é concedida somente para um segmento de servidores. A revisão geral constitui atualização genérica da remuneração dos servidores públicos, cuja finalidade exclusiva é compensar a perda do poder de compra decorrente da inflação.

Nesta linha, apresenta-se a jurisprudência avançada do brasileiro Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Em suma: diz que a Lei Estadual n. 8.970/09 possui natureza de revisão geral anual; que servidores têm direito à diferença remuneratória correspondente a 6,1%; que é decorrente da aplicação de índices distintos para atualização dos vencimentos dos servidores estaduais, face à vedação constitucional inserta no Artigo 37º, Inciso X, da CF;¹⁰⁶ que, na espécie, resta inconteste a previsão de reajustes diferenciados entre os servidores públicos estaduais; que tal representa patente transgressão ao princípio da isonomia; que, tendo

¹⁰⁵ STF. Supremo Tribunal Federal – **Mandado de Injunção n. 712/PA**. Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Julgamento: 25 out. 2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ, 31 out. 2008, p. 384.

¹⁰⁶ TJMA. Tribunal de Justiça do Maranhão – **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração n. 3830/2014**. Relator: Desembargador Kleber Costa Carvalho. Julgamento: 06 fev. 2014.

sido estabelecido reajuste no percentual de 5,9% (cinco vírgula nove por cento), e 12% (doze por cento) para categoria distinta, está configurada a inconstitucionalidade, razão pela qual os funcionários preteridos fazem jus a um reajuste de 6,1% (seis vírgula um por cento); que o Judiciário reconhece o equívoco praticado pelo Executivo na concessão de reajustes;¹⁰⁷ que o *facere* representa patente transgressão ao princípio da isonomia, conforme o Inciso X do Artigo 37º da Constituição Federal; que os funcionários fazem jus ao reajuste, ou seja, à diferença entre os percentuais de reajuste recebidos, bem como ao retroativo, respeitada a prescrição quinquenal;¹⁰⁸ que o Artigo 37º, Inciso X, da Constituição Federal impõe que a revisão geral dos servidores públicos se faça sem distinção de índices; e que se mostra ilegal a lei que confere revisão geral anual de vencimentos a servidores públicos com índices diferenciados a outras categorias do funcionalismo público, portanto.¹⁰⁹

Ressalte-se que não apenas a mácula à Constituição da República pode ensejar a indenização do particular por ato legislativo. O Artigo 15º da Lei n. 67/2007 afirma que há direito indenizatório decorrente da edição de lei danosa que contrarie o Direito Comunitário, ou seja, a normatização uniforme da União Europeia – UE, o que obriga o Poder Legislativo de Portugal a se orientar segundo a matriz normativa da UE. Aludido comando legal (Lei n. 67/2017) decorre do fenômeno chamado de Europeização do Direito,¹¹⁰ que, por sua vez, aponta no sentido da responsabilidade objetiva do Estado.

Destaca-se também que, em Portugal, a responsabilidade por omissão legislativa inconstitucional depende da prévia declaração do vício pelo Tribunal Constitucional, segundo expresse comando legal/infraconstitucional. Já no que se refere à lei promulgada, basta uma decisão de recusa da aplicação, pois equivale a um julgado do tribunal que se pronuncia sobre a sua inconstitucionalidade ou que aplique norma já judicialmente inquinada de inconstitucionalidade (os Artigos 15º, 2º e 3º, da Lei n. 67/2007).

¹⁰⁷ TJMA. Tribunal de Justiça do Maranhão – **Agravo Regimental n. 52.760/2013**. Relatora: Desembargadora Maria das Graças de Castro Duarte Mendes. Julgamento: 11 nov. 2013.

¹⁰⁸ *Id.* – **Apelação Cível n. 4.229/2011**. Relatora: Desembargadora Raimunda Santos Bezerra. Julgamento: 24 maio 2012.

¹⁰⁹ *Id.* – **Remessa Necessária n. 20.494/2011**. Relator: Desembargador Raimundo Freire Cutrim. Julgamento: 5 dez. 2011. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível.

¹¹⁰ Antes do Tratado de Lisboa (2009), que revisou o Tratado de Maastricht (1993), utilizava-se o termo *comunitarização*.

De qualquer forma, é necessária uma manifestação judicial, conforme orientação jurisprudencial do STJ português para o qual a prévia verificação da violação constitucional é pressuposto da ação de indenização.¹¹¹

A exigência de referida prévia manifestação da Corte Constitucional recebe críticas da doutrina. Paulo Gilberto Cogo Leivas defende que a citada exigência pode inviabilizar o reconhecimento da responsabilidade nas hipóteses de lei revogada; que ocorre perda de objeto das ações quando ocorre essa situação; que outra limitação é o número limitado de autoridades e órgãos com legitimidade ativa para essas ações; e que, assim, tal pré-requisito traz dificuldade para o reconhecimento da responsabilidade, na espécie.¹¹²

Concordamos com Leivas, especialmente no que tange à Portugal. Referida exigência limita, em um âmbito infraconstitucional, a abrangência do Artigo 22º da Carta da República Portuguesa, o qual não tem aplicabilidade diferida à edição de qualquer diploma legal. Possui eficácia imediata e ampla. Portanto, não pode ser mitigado por formalismos infraconstitucionais.

Quanto à responsabilidade estatal de que se cuida, não se pode olvidar que a Lei n. 67/2007 admite o direito de regresso contra o agente público que age com dolo ou culpa grave. Logo, questiona-se se seria possível ação de regresso do Estado contra o parlamentar que tenha editado uma norma inconstitucional. Crê-se que sim, pois a imunidade parlamentar não é razão de irresponsabilidade, nem pode ser reputado como um cheque em branco, como se verá adiante, em capítulo específico.

O importante agora é fixar que, nos julgamentos judiciais acerca de responsabilidade civil por omissão legislativa, é necessário o exercício do juízo de ponderação entre sacrifício individual e interesse público, conforme modelo alexyano adotado pelo Supremo Tribunal Federal (Brasil) e pelo Tribunal Constitucional Federal (Alemanha).

Wálber Araújo Carneiro preleciona que o referido modelo alexyano é adotado na prática do Tribunal Constitucional Federal Alemão quanto aos direitos fundamentais. Nesse modelo, as regras são normas que podem ser satisfeitas ou não. Ou seja, devem ser atendidas no âmbito do que é fático e juridicamente possível. Presentes tais condições, exigem que sejam categoricamente respeitadas. Já os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado

¹¹¹ STJ. Supremo Tribunal de Justiça – Sumários de Acórdãos 2000. Secções Cíveis. **Revista n. 1739/00**. Relatores: Lopes Pinto, Ribeiro Coelho, Garcia Marques, Aragão Seia, vencido e Ferreira Ramos, vencido. 1ª Secção. Lisboa: STJ, 2000, p. 309.

¹¹² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo – Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos. **Boletim Científico ESMPU**. Ano 1, n. 1 (out./dez. 2001), p. 112-119.

na maior medida possível, o que os tornam mandamentos de otimização. Assim, há entre regras e princípios uma distinção qualitativa, a qual leva em consideração o distinto propósito de ambos.

Ainda segundo o referido autor, Alexy não assume o padrão *all or nothing*, pois as regras constituem razões definitivas desde que presentes as condições fáticas e jurídicas para a sua aplicação. Ao contrário, Alexy admite a introdução da cláusula de exceção que se sustenta em princípios, suspendendo algumas determinações contidas na regra.¹¹³

Nesse cotejo entre normas, são três os elementos da estrutura analítica da ponderação: a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação.

Nas lições de Daniel Sarmiento, o equacionamento das tensões entre normas principiológicas apenas pode ser empreendido à luz das variáveis fáticas de cada caso. Elas indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada princípio constitucional em confronto na espécie. Ou seja: é a técnica de decisão que atribui mais relevância a determinado cânone, mitigando outro – o que Sarmiento denomina de método de ponderação de bens.¹¹⁴ Torna-se importante considerar a aplicação da referida ponderação, no emblemático julgado da ADI 3.510 (STF, Brasil), que cuida da constitucionalidade de pesquisa científica com células-tronco embrionárias.¹¹⁵

Verifica-se que, na espécie, ao ponderar a liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos, tendo em vista a dignidade da pessoa humana, o STF julgou ser constitucional a pesquisa com células-tronco embrionárias prevista na Lei 11.105/2005.

O acórdão da lavra do ministro Ayres Britto diz que o termo ciência integra o catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (Inciso IX do Artigo 5º da CF) e que a liberdade de expressão se afigura como um genuíno direito à personalidade. Diz ainda que o Estado incentivará o desenvolvimento científico, pelo qual a pesquisa e a capacitação tecnológicas são logo complementadas com o preceito autorizador da edição de regras como a Lei de Biossegurança, que garante a compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão da ciência, servindo à melhoria das condições de vida dos

¹¹³ CARNEIRO, Wálber Araujo – **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163.

¹¹⁴ SARMENTO, Daniel – Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In TORRES, Ricardo Lôbo (Org.) – **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 35-93.

¹¹⁵ STF, Supremo Tribunal Federal – **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 29 maio. 2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 96, 28 maio 2010.

indivíduos, e à dignidade da pessoa humana, não comprometida pelo bloco normativo inquinado de inconstitucionalidade. Portanto, a colisão entre princípios é equacionada não em juízo de exclusão, mas de ponderação.

O ponto fulcral na diferenciação entre regras e princípios é que estes são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.¹¹⁶

Em suma, entendemos que o Estado responde pelos danos causados a terceiros, decorrentes de normas inválidas ou válidas que imponham sacrifício desproporcional a certo seguimento social em prol do interesse público, tendo em vista a dignidade da pessoa humana, na linha da teoria de Robert Alexy, que garante um padrão de racionalidade e proporcionalidade para as decisões judiciais.

2.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil por Omissão Legislativa, na axiologia do Século XXI

Já se demonstrou nítido o entendimento de que o Estado pode responder pelos danos causados a terceiros. É a responsabilidade civil do Estado, pela necessidade de proteger o cidadão. Esta se materializa pelo dever de indenizar. O Estado pode responder por danos causados pelo exercício de qualquer um de seus poderes, por atos ilícitos, ou mesmo lícitos, desde que seja praticado impondo a uma pequena parcela de pessoas um grande sacrifício em prol do interesse público. Nestes termos, o Estado pode, também, ser responsabilizado pelos danos advindos de suas atividades como legislador.

Para tratar melhor a omissão de forma a justificar a não-ação em sua positividade, ou seja, o não-fazer produtivo, selecionamos a direção metodológica de análise, tratando o ato omissivo como pressuposto da responsabilidade, qualquer que seja ela, e considerando a pressuposição pelo viés da Linguística Cognitiva, principalmente porque é a perspectiva mais abrangente para comportar o movimento entre domínios cognitivos.

Para se dissecar os pressupostos da atual responsabilidade civil por omissão, nomeadamente, a legislativa, devemos enfrentar não apenas os seus aspetos cognitivos, mas também os normativos e os axiológicos.

¹¹⁶ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos fundamentais**. Trad. Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

2.1.1 Aspectos Cognitivos dos Pressupostos

Com base na discussão produzida por Feriguetti,¹¹⁷ o estudo sobre pressuposição tem início na Lógica, por meio de Frege,¹¹⁸ de onde vêm as associações do tema, tanto com outras correntes filosóficas, quanto com correntes linguísticas, produzindo avanços em áreas como a Semântica e a Pragmática. Só que este conceito vinha sendo tratado, com alguma ressalva,¹¹⁹ sob a perspectiva da imanência. Ou seja, o pressuposto seria inerente a um evento, ou próprio de sua natureza, de sua consistência.

A dimensão cognitiva admite que a linguagem e a cognição se constituem entre si. As palavras não dão conta plenamente do sentido. Elas podem constituir gatilhos para que construtos sejam produzidos. Por exemplo, o termo responsabilidade dispara o gatilho da omissão por uma ação negativa de alguém que necessariamente deveria ter agido. O verbo dever é usado porque o gatilho do nome responsabilidade foi disparado. É diferente dizer deveria ter agido e não agiu. Agir e dever agir estabelecem domínios cognitivos diversos que, por sua vez, orientam a sustentação de um sentido. Agir e dever agir são processos diferentes de cognição que disparam o gatilho da pressuposição, este que, por sua vez, desencadeia uma rede tão refinada de relações mentais, quanto a categorização, as relações metafóricas e metonímicas, as inferências, a distinção dado-novo, entre outros. Em síntese, as palavras em si não dão conta do sentido, porque disparam, simultaneamente, processos mentais na relação cognição/linguagem; linguagem/cognição, em fusão recíproca. É nessa complementariedade que a pressuposição tem origem e origina o sentido.

Com a Linguística Cognitiva,¹²⁰ a pressuposição passa a fazer parte do processamento cognitivo da produção de sentido, compreendida a partir de gatilhos, ou seja, ativadores de Modelos Cognitivos Idealizados e introdutores de Espaços Mentais. Ao fazer referência a funcionalismo,¹²¹ passa-se a considerar o processamento de operações cognitivas a partir do uso e não da forma, sem descartar que a pressuposição, como um fenômeno de

¹¹⁷ FERIGUETTI, Karen Muniz – Lógica, Enunciação e Cognição: Três Momentos no Estudo da Pressuposição. [Em linha]. **Revista (Con)Textos Linguísticos** (Edição Especial). Vol. 3, n. 3.1 (2009), p. 197-216.

[Consult. 23 jul. 2019]. Disponível em

WWW:<http://periodicos.ufes.br/contextoslinguisticos/article/view/5273>.

¹¹⁸ FREGE, Gottlob – **Lógica e Filosofia da Linguagem**. Trad. Paulo Alcoforado. São Paulo: Cultrix, 1978, p. 42.

¹¹⁹ DUCROT, Oswald – **Dizer e não dizer: Princípios de semântica linguística**. São Paulo: Cultrix, 1977, p. 57.

¹²⁰ FAUCONNIER, Gilles – **Mental Spaces**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 55.

¹²¹ CUNHA, Maria Angélica Furtado da; OLIVEIRA, Mariangela Rios de; MARTELOTA, Mário Eduardo – **Linguística Funcional: teoria e prática**. São Paulo: Parábola, 2015, p. 14.

sentido engendrado pela língua, foi estudada de forma dominante sob a perspectiva filosófica formalista. Esta pesquisa, por precisar discutir o sentido de omissão não como estudo linguístico, mas social/jurídico, precisa adotar o critério funcionalista, porque, no movimento do âmbito cognitivista, a omissão é um pressuposto da responsabilidade.

Para se chegar, em determinados casos, em uma responsabilidade, a implicação de uma ação negativa é acionada como ato omissivo pressuposto. Ou seja, para dar concretude à responsabilidade, precisa-se entrar no estudo dos sentidos, sem limitá-los ao formalismo linguístico, e atravessar o conceito de omissão pelo incumprimento de uma função.¹²² Por meio da cognição, pensou-se ser possível preencher o vazio omissivo que se torna positivo no processamento cognitivista do sentido de responsabilidade, a partir da materialidade do dano. Pela pressuposição, é possível abstrair a partir da concretude do dano e, no movimento cognitivo, chegar à responsabilidade, atravessando o vazio da omissão.

Não se pretende esgotar um percurso histórico sobre o estudo do sentido, mas citar as contribuições de Frege¹²³ e Russel,¹²⁴ na Filosofia Lógica; Strawson¹²⁵ e Austin,¹²⁶ da Escola de Oxford. Neles, a pressuposição, nos limites da Linguística, está, invariavelmente, relacionada tanto à Semântica quanto à Pragmática, disciplinas opostas entre si. Isso porque a primeira está restrita aos limites da língua como espaço suficiente para a construção de sentido e a segunda engloba os usos, os contextos, em cuja ancoragem o sentido é processado. Ducrot,¹²⁷ na Semântica Argumentativa, faz o elo entre ambas, mas somente nos estudos de base cognitivista que a pressuposição passa a ser vista como manifestação de processos mentais mais amplos, extrapolando a Filosofia e a Linguística Formal.

A Linguística Cognitiva não dissocia linguagem e cognição. Considera que ambas fazem parte do mesmo processo de construção de sentido. A gramática em si não é suficiente para a produção de sentido, mas é um dos componentes dessa articulação, dessa construção.

¹²² CUNHA, Maria Angélica Furtado da; OLIVEIRA, Mariangela Rios de; MARTELLOTA, Mário Eduardo – **Linguística Funcional: teoria e prática**. São Paulo: Parábola, 2015, p. 15.

¹²³ *Ibid.*, p. 74.

¹²⁴ RUSSELL – Da denotação. In RUSSELL, Bertrand – **Ensaio escolhido**. Seleção de textos de Hugh Matthew Lacey. Trad. Pablo Rubén Mariconda. 3.^a ed. São Paulo: Nova Cultural, 1989. p. 3-14. (Os Pensadores).

¹²⁵ STRAWSON, Peter Frederick – Sobre referir. In STRAWSON, Peter Frederick – **Escritos Lógico-Linguísticos**. Organizado por Osvaldo Porchat de Assis Pereira da Silva. Trad. Balthazar Barbosa Filho. São Paulo: Abril, 1975 (Os Pensadores), p. 265-351.

¹²⁶ AUSTIN, John Langshaw – **Quando dizer é fazer: palavras e ação**. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990, p. 96.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 20.

Para Ferigueti,¹²⁸ uma observação importante é que o sentido literal não existe por si, mas se constitui como base conceitual, a partir da qual se opera o processo cognitivo.

Para cada construto, um sentido diferente, mesmo que essa base conceitual possa ser a mesma. Dependendo do construto, ou seja, dos elementos arrolados na produção de sentido, este toma diferentes feições. E o que determina o construto é o domínio cognitivo.

São os seguintes os elementos de diversos processos que levam a diferentes sentidos: categorização, relações metafóricas e metonímicas, inferências, distinção dado-novo, pressuposição, dentre outros.¹²⁹ Torna-se importante ressaltar que a pressuposição é constitutiva da linguagem/cognição e que os significados se constroem a partir de uma complexa rede de processos mentais que são simultâneos à materialidade gramatical.

Diante disso, é consenso na Linguística Cognitiva que o significado não está na condição de verdade, como defendeu Frege,¹³⁰ nem se reduz ao fazer com a linguagem, como defendeu Austin,¹³¹ nem se restringe ao jogo da linguagem, contextualmente, como postulou Ducrot;¹³² mas está no produto do próprio funcionamento da mente/linguagem, segundo Lakoff, Jhonson¹³³ e Fauconnier.¹³⁴ A manifestação do sentido para a Linguística Cognitiva se estabelece por mapeamentos de domínios, domínios cognitivos. É nesse mapeamento que se processa a pressuposição.

Para a Linguística Cognitiva, não pode haver a separação entre a Semântica e a Pragmática, a base linguística e a contextual, porque entende que não é possível separar o que é constitutivo. Por exemplo, os fios, matéria prima de um tecido depois de pronto, só pode ser separado por abstração. Mesmo que o bicho de seda esteja ignorado, esquecido ou desconhecido no tecido, pela cognição ele será localizado, como pode ser localizada uma omissão nas relações engendradas de um evento.

Para pensar o processo cognitivo, existem os domínios estáveis e os domínios locais de conhecimento. Os domínios cognitivos estáveis estruturam-se na experiência e se reportam à memória social ou pessoal. Dentro desse domínio estão os Modelos Cognitivos Idealizados

¹²⁸ AUSTIN, John Langshaw – **Quando dizer é fazer: palavras e ação**. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990, p. 12.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 14.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 44.

¹³¹ *Ibid.*, p. 98.

¹³² *Ibid.*, p. 67.

¹³³ LAKOFF, George; JOHNSON, Mark – **Metáforas da vida cotidiana**. Coord. Trad. Maria Sophia Zanotto. Campinas: Mercado das Letras; São Paulo: Educ, 2002, p. 97.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 75.

compartilhados pela cultura. Além disso, existem os esquemas genéricos, as noções abstratas, modos de interpretar que também se fundam culturalmente e as molduras comunicativas que constituem a parte ritualística dos eventos. Existem os domínios locais, que são efêmeros e eventuais e se operam no processo de construção do sentido, conforme Fauconnier.¹³⁵ O que se processa no desenvolver do discurso é uma série de operações que possibilitam relacionar a assertiva ao contexto e intertexto, num processo de referenciação, a partir dos gatilhos, que introduzem os espaços mentais.

É a Teoria dos espaços mentais, desenvolvida por Fauconnier,¹³⁶ pelo critério da transversalidade, que possibilita, por meio do processo cognitivo, elaborar o esquema que estabelece o caminho pressuposicional entre responsabilidade e omissão, atribuindo valor positivo à negatividade do ato omissivo.

Sobre isso,¹³⁷ o conceito de espaços mentais é do âmbito da concepção cognitiva de linguagem e não exclui as dimensões interacionais, sociais e culturais. É o que está por detrás das cenas quando falamos ou pensamos; são construções mentais muito complexas até para as assertivas mais simples que possam, à primeira vista, parecer. Tipo de descrição de alto nível, baseada em generalizações. Uma operação cognitiva fundamental para os seres humanos, por meio da qual é possível agrupar diversos espaços mentais e criar novos. Muitos construtos são possíveis a partir de uma assertiva, para se pressupor que alguém é responsável pelo que não fez. Isso é possível no âmbito da omissão pela intrínseca relação que há entre pensamento e linguagem, que pode ser aprofundada a processamentos de noções cognitivas de níveis superiores.

Fauconnier trata dos 3 Is da mente: Identificação, Imaginação e Integração. A identificação capacita a conexão entre os espaços mentais, ainda que completamente diferentes em termos de suas propriedades; esse conectar de espaços é produto da imaginação e está na raiz da maior parte das coisas que fazemos, inclusive na capacidade de integração conceitual avançada. A integração entre domínios é uma categoria base da análise desta pesquisa, mas, no processo, também será necessário lançar mão da projeção, porque têm um papel fundamental na cognição humana.¹³⁸

¹³⁵ FAUCONNIER, Gilles; TURNER, Mark – **The way we think: conceptual blending and the mind's hidden complexities**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 98.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 102.

¹³⁷ COSCARELLI, Carla Viana – Uma conversa com Gilles Fauconnier. **Revista Brasileira de Linguística Aplicada**. Vol. 5, n. 2 (2005), p. 291-303, p. 102.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 78.

Para a procura da positividade de um não-fazer, considerando-se que pressupor a omissão como causa de um dano faz parte de um refinado processo cognitivo para identificar a responsabilidade, elegeu-se o Modelo dos Espaços Mentais, de Fauconnier, para a base metodológica da análise da responsabilidade civil. Reafirma-se que a base dessa análise precisou dialogar com a área da linguagem, por ser um instrumento cognitivo para interpretar a realidade sociocultural. Interessa-nos, nesta investigação, a integração dos domínios e a projeção, para produzir o esquema cognitivo da omissão como pressuposto de responsabilidade diante de um dano.

O Modelo dos Espaços Mentais proposto por Fauconnier trata dos domínios, ou conjunto de conhecimentos estruturados de forma estável e de forma local, os espaços mentais. Os domínios estáveis se movimentam dentro do conhecimento prévio. É o conhecimento compartilhado socialmente pela cultura ou aquele que foi produzido e disponibilizado em um determinado grupo. Esses conhecimentos estáveis possibilitam entender os fatos internamente, produzir sentido, analisar por meio da integração entre domínios um evento, para chegar a um terceiro, o que depende de processos superiores de cognição.

De acordo com Salomão, os domínios estáveis podem ser de três naturezas: modelos cognitivos idealizados, os valores que se manifestam na leitura dos eventos e nas assertivas; molduras comunicativas, a identificação do que é próprio a determinado evento, e esquemas genéricos, com base em abstrações. Esse domínio é, principalmente, permanente e internamente organizado pelas informações que o constituem.¹³⁹

Os domínios locais, Espaços Mentais, são operadores do processamento cognitivo.¹⁴⁰ Esses domínios são dinâmicos e se manifestam em nível gramatical e contextual. É importante entender que essa rede cognitiva de relação articula domínio estável com domínios locais, ou espaços mentais, e fazem projeções entre domínios para, ao estabelecer a articulação, alcançar uma terceira dimensão, como é o caso da travessia pela pressuposta omissão para chegar à positividade da não-ação omissiva e prosseguir até a responsabilidade civil, neste caso, em particular.

¹³⁹ SALOMÃO, Maria Margarida Martins – Gramática e Interação: o enquadre programático da hipótese sócio-cognitiva sobre a linguagem. **Veredas: Revista de Estudos Lingüísticos**. Vol. 1, n. 1. (1999), p. 24-39.

¹⁴⁰ MIRANDA, Neusa Salim — Domínios conceptuais e projeções entre domínios: uma introdução ao Modelo dos Espaços Mentais. [Em linha]. **Veredas: Revista de Estudos Lingüísticos**. Vol. 3, n. 1 (2009), p. 81-95. [Consult. 23 jul. 2019]. Disponível em WWW:<http://www.ufjf.br/revistaveredas/files/2009/12/artigo45.pdf>.

2.1.2 Aspectos Normativos dos Pressupostos

Segundo Flávio Tartuce, a conduta humana pode ser positiva ou negativa, a qual se efetiva pela omissão de um dever jurídico de praticar um determinado ato e pela demonstração de que a conduta ao ser praticada evitaria o dano ocorrido. É nesse sentido que a omissão torna-se juridicamente relevante. O omitente passa a ser responsável em reparar o dano, caso se torne evidente que tal decorreu de vácuo legislativo.¹⁴¹

José Afonso da Silva nos aponta que, diante da Responsabilidade Civil por omissão, acontece uma espécie de quebra de dever jurídico. Ou melhor, para que se configure a responsabilidade por omissão, é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, ou seja, de não se omitir. A saber, o que acontece no caso da omissão é a violação de um dever de agir que a Constituição impõe ao legislador, o que afeta direitos ou interesses dos cidadãos.¹⁴²

José Joaquim Gomes Canotilho diz que, se o legislador não faz algo que lhe era positivamente imposto pela Constituição, de forma concreta e explícita, surge a questão da inconstitucionalidade desta omissão. Caso a Lei Maior imponha ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora e este se abstém de fazer, surge então a omissão ilegítima, configurando a inconstitucionalidade por omissão.¹⁴³

O Supremo Tribunal Federal brasileiro diz que o Estado não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, ou seja, de forma imoderada e irresponsável, gerando situações normativas de distorção ou de subversão dos fins da função estatal.¹⁴⁴

É da função do legislador acompanhar e corrigir as leis vigentes e, sempre que, num prazo razoável, não incorporar, no direito ordinário, as novas exigências do direito superior ou não compatibilizar aquele com este, incorrerá em omissão legislativa.

Ressalte-se que uma omissão legislativa não se trata de uma omissão singela. Esta não é vazia. Para ser considerada, deve ser constitucionalmente relevante. Nessa situação, a inconstitucionalidade por omissão só será verificável quando existir, em concreto, uma

¹⁴¹ TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**. 5.^a ed. São Paulo: Método, 2015, p. 443.

¹⁴² SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 279.

¹⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpr., ed. limit. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 80.

¹⁴⁴ STF, Supremo Tribunal Federal – **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.063-8/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 18 maio 1994. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ, 27 abr. 2001.

incumbência ou imposição específica, claramente definida quanto ao seu sentido e alcance, sem deixar ao legislador margem de liberdade quanto à sua própria decisão de intervir.

Canotilho se ocupa, ainda, em refletir sobre os danos resultantes da inércia legislativa. Diz que, dentre as imposições constitucionais, há algumas dotadas de inabilidade, razão pela qual o legislador tem o dever constitucional de lhes dar operatividade, constituindo um direito operante. Diante da vinculação constitucional do legislador à emanção de tais normas, pergunta-se se é admissível um direito subjetivo do particular lesado contra os órgãos públicos inconstitucionalmente inertes.¹⁴⁵

Discute também as razões pelas quais é difícil reconhecer a responsabilidade do Estado diante do questionamento sobre como uma Constituição dirigente poder-nos-ia fornecer uma via teórica, no sentido de uma resposta afirmativa. Para Canotilho, o controle político sobre as normas constitucionais possibilita ao cidadão induzir os membros do Parlamento ou do Governo a tomarem a iniciativa de lei, mas não há qualquer direito subjetivo que permita a obtenção de uma reparação pecuniária a título de compensação pelos danos derivados de uma omissão legislativa inconstitucional, pois existem imunidades parlamentares sufocadoras das garantias fundamentais. Esse fato seria uma barreira para que um direito subjetivo do cidadão possa se sobrepor ao silêncio do poder encarregado de legislar.¹⁴⁶

Nesse ponto, João Caupers contradiz Canotilho, baseado em casos frequentes no plano do Direito da União Europeia, quando não se dá a transposição oportuna de diretivas do Tribunal da União Europeia.¹⁴⁷ Tal ilícito enseja a responsabilidade do Estado claudicante. O administrativista português ressalta que a responsabilidade civil do Estado pela omissão de um ato legislativo não pode ser descartada, sobretudo quando a omissão se configura ilícita. E isso acontece quando resulta do incumprimento do dever de legislar.

No Brasil, Maria Emitia Mendes de Alcântara também admite a responsabilidade civil do Estado em consequência de omissão legislativa. Crê que as questões levantadas por Canotilho são até relevantes quando não há prazos determinados para o legislativo emanar as normas complementares à Constituição. Porém, o legislador não pode furtar-se da responsabilidade de elaborar as leis pelas quais os direitos, garantidos constitucionalmente, tornam-se exequíveis. Um Direito constitucional, que não tem condições de ser exercido, fraudar

¹⁴⁵ STF. Supremo Tribunal Federal – **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.063-8/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 18 maio 1994. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ, 27 abr. 2001, p. 82.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 238.

¹⁴⁷ CAUPERS, João – **Introdução ao Direito Administrativo**. 11.^a ed. Lisboa: Âncora, 2013, p. 36.

garantias e torna-se letra morta. É nesse sentido que a omissão do legislador permite a ação indenizatória. Fala-se do titular de um direito garantido pela Constituição, que não pode ser exercido em consequência de inércia legislativa. Sem prazo determinado pelo trâmite normal de um processo para tal, seria o caso de ter como parâmetro o prazo médio em casos parecidos. O importante é criar limites para que legisladores omissos lesem direitos, provocando danos aos particulares, sem que lhes seja feita uma oposição.¹⁴⁸

Apesar dessa discussão, para que o direito esteja garantido, haveria um lapso razoável de tempo decorrido, ou, caso o entendimento fosse outro, a realidade é que o patrimônio do administrado já poderia ter sido seriamente comprometido, até que fosse viabilizado o exercício desse direito judicialmente. De um jeito ou de outro, o fato agravante terá sido a omissão legislativa.

Maria Helena d'Arbo Alves de Freitas admite que, desde a Constituição brasileira de 1988, foi despertado o interesse sobre a omissão legislativa que reconheceu esse teor de inconstitucionalidade. Acredita que a inércia legislativa se configura quando o Poder Legislativo deixa de legislar, omitindo leis necessárias para a operacionalização eficaz da plena aplicação das disposições constitucionais.¹⁴⁹

Há que se esclarecer que, no Brasil, a ação de inconstitucionalidade por omissão é movida por questões concretas da ausência de normas e gera a obrigação à prática do ato em trinta dias, quando o órgão for administrativo. Essa eficácia é reduzida por não existirem meios de obrigar o Poder Legislativo a legislar. Tal matéria relativa à inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo possibilita ao particular atingido pela inércia legislativa postular a favor de uma indenização. O ato omissivo reconhecido como ilícito assegura a obrigação estatal de responder pelos danos ocasionados por tal inércia. Nesse sentido, a responsabilidade estatal não pode ser relacionada apenas à prévia decisão declaratória de omissão. O prejudicado, diante da inércia legislativa, deve ter reconhecido o seu direito de pleitear o ressarcimento dos prejuízos em ação de responsabilidade, pelo princípio da legalidade, fraudado pela ilicitude da omissão danosa do legislador.

A abordagem apresentada no presente trabalho trata da responsabilização do Estado por omissão legislativa, sob o olhar da doutrina e da legislação portuguesa, na qual o instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado está disposto no Artigo 22º da Constituição

¹⁴⁸ ALCÂNTARA, Maria Emilia – **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 53.

¹⁴⁹ FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de – **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: Unesp, 2001, p. 57.

da República, além de consagrado na Lei n. 67/2007, no que tange às funções estatais administrativa, jurisdicional e político-legislativa. Aqui se visa focar, conforme já dito sobre o objeto desta dissertação, na função legislativa.

Segundo Ricardo Pedro, muito embora a doutrina não seja unânime em considerar que o Artigo 22º inclui todas as espécies de responsabilidade civil, designadamente a responsabilidade objetiva ou por factos lícitos, a tutela reparatória sempre deverá ter lugar, haja vista os preceitos previstos nos Artigos 1º, 2º e no Artigo 13º da Constituição da República. Diz ainda ser seguro haver a consagração constitucional da responsabilidade civil direta do Estado (e demais entidades públicas), não somente a responsabilidade dos funcionários ou agentes, quando as condutas lesivas resultem do exercício de funções e por causa desse exercício. Conforme o mesmo autor, os pressupostos da responsabilidade do Estado por omissão legislativa são os clássicos da responsabilidade civil por fato ilícito, com as especificidades próprias da função legislativa. São eles: fato jurídico, ilicitude, dano anormal e nexo de causalidade.¹⁵⁰

Na linha doutrinária de Jorge Pereira da Silva, para além da omissão legislativa antijurídica, leia-se fato jurídico relevante e ilícito. A fim de que se configure a responsabilização estatal por inércia legiferante, são necessários alguns pressupostos, quais sejam: culpa, dano e nexo causal.¹⁵¹

Uma omissão legislativa danosa, *in casu*, constitui o pressuposto do **fato jurídico**, tendo em vista a violação do dever de agir que a Constituição impõe ao legislador, em detrimento de bens jurídicos protegidos por normas de direitos fundamentais.

Ressalta-se que não é qualquer fato jurídico, nomeadamente, omissão que enseja indenização estatal. É preciso uma omissão qualificada, ou seja, uma omissão relevante, razão pela qual o Estado não responde por qualquer omissão, pois não é um garantidor universal.¹⁵² Ou seja, haja vista o dever estatal de agir, quanto mais específica (menos genérica) se apresenta a omissão, mais claro é o dever reparatório.

Na espécie, a **ilicitude** legislativa não deve ser observada na simples ótica ortodoxa: quem viola direito e causa dano a outrem pratica um ato ilícito. Há de ser vista em

¹⁵⁰ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 36 *et seq.*

¹⁵¹ SILVA, Jorge Pereira da – **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 313.

¹⁵² TJRJ. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – **Apelação Cível n. 2009.001.57129**. Relator: Desembargador Ismenio Pereira de Castro. Julgamento: 29 set. 2009. Órgão Julgador: 14ª Câmara Cível. Publicação: 1º out. 2009.

dupla ótica. Na perspectiva objetiva, qual seja, desconformidade, por exemplo, com a Constituição e com o Direito da União Europeia. E na perspectiva subjetiva, qual seja, violação de direitos e interesses individuais legalmente protegidos. Vê-se que a ilicitude da responsabilidade por omissão apresenta-se como uma ilicitude qualificada, que resulta de um dever específico de agir, em detrimento de direitos fundamentais.

O Art. 112º, n. 3, da Constituição Portuguesa traz a figura das leis de valor reforçado, que são pressupostos normativos necessários de outras leis, ou que por outras devam ser respeitadas. Com efeito, também há responsabilidade estatal por omissão legislativa ilícita/ilegal decorrente do desrespeito a uma lei reforçada.

Sobre o tema, Ana Raquel Coxo enfatiza que as leis reforçadas, muito embora integrem a legislação ordinária, dispõem de um status de superioridade; que constituem uma fonte do dever de legislar; que tal decorre do seu processo legislativo agravado ou do atributo de parametricidade diretiva, no que tange a outras leis ordinárias; que têm capacidade de derrogar normas legais posteriores, se com elas sejam desconformes; que seu incumprimento gera não apenas o desvalor jurídico da ilicitude por omissão; que acarreta também a responsabilidade civil extracontratual do Estado-Legislador; e que, no caso, haja vista a ausência de previsão na Lei n. 67/2007, tal responsabilidade civil deve ser acionada por meio da invocação direta do Art. 22º da CRP.¹⁵³

Vê-se que a ilicitude não se afirma apenas em uma dimensão objetiva, mas igualmente em uma dimensão subjetiva, pois se apresenta como um desvalor jurídico, quando afeta a esfera de interesses dos indivíduos. Destaca-se o caráter protetor de particulares, decorrente do direito à boa administração, o que se reflete na estruturação de ações de responsabilidade civil com invocação da sua mácula. Desse modo, é consensual e incontroversa a responsabilidade por fato ilícito, tanto por origem em ações, como em omissões. São elementos para constituir o Estado no dever de indenizar.¹⁵⁴

Segundo Jorge Pereira da Silva, o que está em causa é a violação de um dever de agir que a Lei Maior impõe ao legislador – ilicitude objetiva – e que se traduz na afetação dos bens jurídicos protegidos por normas de direitos fundamentais, em detrimento dos cidadãos – ilicitude subjetiva. Tal dever de agir não tem de identificar-se, necessariamente, com o dever

¹⁵³ COXO, Ana Raquel. A responsabilidade civil extracontratual do Estado-Legislador por omissões legislativas inconstitucionais e a incógnita em torno dessa responsabilidade no caso de omissões legislativas ilegais: o caso das leis reforçadas. **Revista Eletrônica de Direito Público**. Vol. 4, n. 2 (2017), p. 246-272.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 541.

de concretização de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, ainda que a Constituição seja rica neste tipo de normas, sobretudo no que diz respeito aos direitos sociais, e às garantias e liberdades.¹⁵⁵

Assim, para Thiago Antunes, consideram-se ilícitas as omissões dos titulares de órgãos, agentes e funcionários que violem disposições constitucionais, legais ou regulamentares; ou ainda infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado, resultando em ofensa de direitos. Outrossim, há ilicitude quando a ofensa de tais direitos, ocasionada pela omissão legislativa, resulte do anormal funcionamento do serviço.¹⁵⁶

Nesta toada, Ana Fernanda Neves conclui que a ilicitude, no caso da responsabilidade administrativa pelo funcionamento anormal do serviço, consubstancia-se na ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos, exatamente por não ter o serviço atuado no sentido de evitar a produção de danos. Esta atuação é censurável se ficar aquém do que era, razoavelmente, exigível ou esperado, levando-se em consideração o parâmetro médio de desempenho que delimita a atuação devida.¹⁵⁷

Quanto à **culpa**, Jorge Pereira da Silva pontua haver omissão culposa do legislador quando este poderia (e deveria) ter aprovado leis constitucionalmente exigidas, mesmo porque o grau de diligência cobrado do legislador deve ser particularmente elevado, especialmente quando se trata de matéria relativa a direitos fundamentais. Há outrossim que se verificar a existência de um evento exterior à vontade do legislador, que tenha evitado a entrada em vigor da lei constitucionalmente exigida, como, por exemplo, um veto político do Presidente da República.¹⁵⁸

Segundo o mesmo autor, se, depois da declaração de omissão legislativa por parte do Tribunal Constitucional (e respectiva notificação), o órgão legislativo competente nada fizer, então é claro que incorre em uma situação de culpa, pois ignora seu dever de legislar. A culpa do legislador omissor, geralmente, surge na forma de negligência. Se permanecer deliberada e prolongadamente inerte, o elemento anímico é o dolo, o que reforça o dever estatal de indenizar.

Em relação aos pressupostos da responsabilidade estatal, Maria José Rangel de Mesquita leciona que o regime da responsabilidade do Estado por ações ou omissões assenta-

¹⁵⁵ SILVA, Jorge Pereira da – **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 412.

¹⁵⁶ GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência**. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 537

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 585.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 412.

se em uma identificação das situações de ilicitude, oportunidade em que diz ser necessário o afastamento do conceito civilístico de culpa, como pressuposto da obrigação de indenizar.¹⁵⁹

Pode-se perguntar qual seria o papel da culpa na responsabilidade civil legislativa, vez que referida responsabilização estatal é objetiva. Nenhuma resposta é pacífica em Portugal.¹⁶⁰ Entendemos que a culpa surge como elemento para graduar o montante indenizatório, bem assim verificar a possibilidade do direito de regresso.

Ressalta-se que existem algumas situações que revelam, para efeitos de modulação indenizatória, a extensão da responsabilidade, por determinarem redução do grau de culpa do legislador. Tais situações encontram-se estabelecidas nos termos da Lei n. 67/2007, Artigo 15º, n. 4.

É pertinente observar a culpa do legislador omissivo, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, exatamente do mesmo modo que se analisa um comportamento ativo da parte do Estado. Se se verificar que o dever de legislar decorrente da norma constitucional não é suficientemente explícito, claro ou inequívoco, ou se a legislação a aprovar é de um grau de complexidade muito acima da média, haverá lugar para a correspondente redução do *quantum* indenizatório.

O resultado será idêntico se, porventura, verificar-se que a norma legal, apesar de ainda não ter sido emanada pelo Estado legislador, já está incorporada num anteprojeto legislativo ou numa iniciativa legislativa cujo procedimento está em curso. Da mesma forma, também nesta sede, poderão ser identificados comportamentos dolosos por parte do legislador.

Quando o Tribunal Constitucional verificar, com base no Artigo 283º da Constituição, a existência de uma inconstitucionalidade por omissão, o Inciso II do referido artigo determina que ele dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente. Repisa-se que, se depois desta declaração e notificação por parte do Tribunal Constitucional, o órgão legislativo competente nada fizer, então é evidente que o mesmo está a incorrer numa situação de dolo.

No Brasil, o próprio Artigo 186 do Código Civil, de 2002, deixa bem claro serem os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, dano experimentado pela vítima e relação de causalidade. Quanto à responsabilidade civil do

¹⁵⁹ MESQUITA, Maria José Rangel de – **O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 24.

¹⁶⁰ Há quem diga que a responsabilidade estatal por omissão legislativa tem caráter subjetivo fundado em uma culpa objetiva aferida em função de circunstancialismos. Vide SILVA, Jorge Pereira da – **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 332.

Estado, apenas são os requisitos: ação ou omissão, dano e nexo causal (CF, Artigo 37º, § 6º c/c Artigo 43 do CC).¹⁶¹

O brasileiro Carlos Roberto Gonçalves diz que o Artigo 186 do CC refere-se ao dolo logo no início, quando trata de ação ou omissão voluntária; que passa, em seguida, a referir-se à culpa, ao falar em negligência ou imprudência; que o dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito; que há culpa na falta de diligência; que dolo, logo, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico; que, muitas vezes, torna-se difícil de ser conseguida, mas que o direito positivo admite casos de responsabilidade sem culpa, em hipóteses específicas. É o caso da responsabilidade estatal objetiva.¹⁶²

De volta a Portugal, o Artigo 15º, n. 1, do RRCEEP circunscreve a indenização aos **danos anormais**, cujo conceito encontra-se no Artigo 2º da mesma lei. Assevera serem aqueles que ultrapassam os custos próprios da vida em sociedade, motivo pelo qual merecem tutela do direito. Sem prova do dano anormal não pode o Estado ser responsabilizado civilmente por omissão legislativa. Pode tal dano ser material ou moral, ou seja, patrimonial ou extrapatrimonial, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. A inexistência de dano anormal, em regra, obstaculiza a pretensão de uma reparação. Torna-a despida de objetivo.

Quanto ao requisito dano, o n. 3 do Artigo 15º da RRCEEP, em linhas gerais à semelhança da responsabilidade por ação, diz que a responsabilidade do Estado ocorre quando se perceber a configuração de um dano que ultrapasse os custos próprios da vida social e que, pela razão gravosa, mereça o ressarcimento do dano. Portanto, os danos suportados devem ser anormais.

Com efeito, o dano deve apresentar-se desproporcional, quando cotejado com o benefício coletivo. Note-se que tal deve ser verificado, em cada caso concreto, com esteio no princípio da dignidade humana, através de um juízo de ponderação entre o dano singular e o benefício social.

Referida ponderação é necessária inclusive porque o próprio legislador pode reduzir sensivelmente (ou eliminar) os danos resultantes de sua inércia. Basta a aprovação da lei

¹⁶¹ Neste sentido: STF. Supremo Tribunal Federal – **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 697.326/RS**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento: 5 mar. 2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ, 26 abr. 2013; e *id.* – **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 677.283/PB**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 17 abr. 2012. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ, 08 maio 2012. Em oposto: *id.* – **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.249.851/SP**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento: 20 set. 2018. Primeira Turma. Publicação: DJ, 26 set. 2018.

¹⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Vol. 4, p. 64.

ausente, conferindo-lhe eficácia retroativa, se possível. As circunstâncias que ensejam modulação da extensão de responsabilidade, por determinarem redução do grau de culpa do legislador, são aplicáveis nesta sede (Lei n. 67/2007, Artigo 15º, n. 4).

Já o **nexo de causalidade** existe quando os danos decorrem da omissão legislativa, ou seja, se a promulgação da lei ausente teria evitado o dano *in casu*. É o que se depreende do Artigo 15º, n. 1, da Lei n. 67/2007, que fala de danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Nada além de que uma remissão à teoria da causalidade adequada prevista no Artigo 563º do Código Civil. Destarte, é necessário que o ato legislativo tenha sido *conditio sine qua non* do prejuízo.¹⁶³

O nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a omissão legislativa do Estado e o dano verificado. Pressupõe que haja nítida relação entre a omissão legislativa e os danos por esta causados. Sem ele, não existe a obrigação de indenizar.

Em suma, verifica-se que, em Portugal, os pressupostos da responsabilidade civil por omissão legislativa são: fato jurídico, ilicitude, culpa, dano e nexo causal. Porém, no que tange à responsabilidade civil do Estado legislador, é desnecessário o elemento culpa. *Plus ultra*: caso o ato legislativo não padeça de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade), mas cause danos desproporcionais a uma pequena parcela de particulares, constitui-se em um ato legislativo lícito danoso, o qual, por sua vez, também enseja a responsabilização estatal pela desproporção detrimetosa. Na espécie, a obrigação estatal de indenizar decorre simplesmente da existência do ato legislativo (comissivo ou omissivo) e do dano, desde que anelados pelo nexo causal.

Quanto à desconformidade das leis nacionais com o Direito da União Europeia, consoante revela o presente trabalho, tal sorte de responsabilidade apresenta pressupostos próprios, até porque sequer fica na dependência de um processo de fiscalização prévia do Tribunal Constitucional Português, no que tange a existência (ou não) da inconstitucionalidade por omissão. No caso, é necessária a interpretação do disposto no Artigo 15º, em conformidade com o Direito da União Europeia.

De qualquer forma, no presente Século XXI, jamais se deve interpretar uma questão que envolva responsabilidade civil estatal (e seus respectivos pressupostos ou condições), a despeito dos direitos fundamentais. Como já demonstrado em capítulo próprio, é o que se

¹⁶³ GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência**. Lisboa: AAFDL, p. 761.

denomina de Neoconstitucionalismo, que se aplica também na área da responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa (*vide* item n. 1.1.3).

Segundo Daniel Sarmento, hoje se sabe que os direitos fundamentais podem ser violados por leis. Ou seja, a transgressão aos direitos fundamentais pode originar-se de atos legislativos.¹⁶⁴

A responsabilidade extracontratual do Estado pelos danos decorridos do exercício da função político-legislativa está expressamente consagrada no Artigo 15º da Lei n. 67/2007. Os n. 3 e n. 5 do referido artigo tratam, especificamente, das questões de omissão. Cabe ao n. 4 especificar os critérios que efetivam a existência e a extensão dessa responsabilidade. O n. 6 traz cláusula de não reparação integral dos danos pelo número de pessoas lesadas. Ou seja, quando há um grande número de lesados, a referida lei enseja a limitação do valor da indenização, fixando-a equitativamente em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos causados.

Enfatize-se que o Artigo 15º, n. 3, da Lei n. 67/2007 contempla a imputação de danos causados por omissões legislativas inconstitucionais. Prevê a responsabilidade do Estado por danos anormais que resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais. E isto, note-se, na linha do Artigo 22º da Constituição, já referido, cujo âmbito de proteção se estende às omissões praticadas no exercício de todas as funções estatais.

É necessário esclarecer, no recorte do objeto desta pesquisa, que a omissão legislativa é considerada como incúria do Estado, que precisa ser responsabilizado pelas consequências de sua inércia geradora do dano a particulares. A omissão legislativa é tida por inconstitucional pela inobservância por parte do legislador do dever de legislar, que é constitucionalmente instituído em normas não exequíveis por si.

Canotilho ensina que esta omissão legislativa fere o que ao legislador é imposto pela constituição: o dever de legislar.¹⁶⁵ Não se trata de um simples não fazer. Trata-se de não fazer aquilo a que estava constitucional e explicitamente obrigado. Não se trata também, apenas, de uma ausência de lei. A inação deve gerar um dano que exija reparação.

¹⁶⁴ SARMENTO, Daniel – **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 123.

¹⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpr., ed. limit. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 233.

A Constituição Portuguesa, em seu Artigo 283º, apresenta um processo específico de controle de omissões constitucionais, que assim fiscaliza a inconstitucionalidade por omissão, *in casu*, cabendo ao Tribunal Constitucional a apreciação e a verificação da omissão, bem assim das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

Há dois tipos de normas constitucionais: as normas preceptivas, não exequíveis por si mesmas, e as normas programáticas, que carecem da prolação de atos legislativos para serem efetivadas. O âmbito objetivo do Artigo 15º, n. 3, cinge-se às normas constitucionais não exequíveis por si próprias.

O fato de tanto a inconstitucionalidade por omissão, quanto o regime legal da responsabilidade civil por omissão legislativa se aplicarem, exclusivamente, a este tipo de normas deixa de fora outros casos de omissões jurídicas constitucionalmente relevantes. É o caso, em particular, da violação pelo legislador do dever de proteção de direitos fundamentais.

Ainda sobre o tema, há duas vertentes a serem observadas: a objetiva, que decorre do não cumprimento de um dever de legislar quando existe uma norma constitucional não exequível; e a subjetiva, que ocorre pela violação de direitos ou interesses dos cidadãos que estejam protegidos legalmente. Em se tratando do requisito da ilicitude objetiva, esta se encontra expressa no n. 5 do Artigo 15º do diploma em exame. Acerca de tal situação é pertinente destacar que a ilicitude da omissão, enquanto constatação do não cumprimento de um dever de legislar, deriva de normas constitucionais sem poder de auto execução.

Para que haja a configuração de ilicitude, faz-se essencial a prévia verificação da inconstitucionalidade por omissão por parte do Tribunal Constitucional. Ou melhor, a declaração da omissão por ilicitude não pode ser declarada por qualquer instância jurisdicional portuguesa, mas somente pelo Tribunal Constitucional.

Se no n. 1, há responsabilidade quando se verifica uma ação inconstitucional por parte do Estado, no n. 3, essa mesma responsabilidade decorre da omissão de uma providência legislativa. Assim, se a ilicitude objetiva do n. 1 exige uma conduta positiva do Estado, a ilicitude objetiva do n. 3 manifesta uma omissão do Estado destinada a dar exequibilidade a normas constitucionais. Em termos de ilicitude subjetiva, há uma diferença importante: sendo a Constituição o único parâmetro relevante, só haverá ilicitude, se a omissão lesar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Tendo em vista que o objetivo geral desta pesquisa tem como lócus Portugal, em tempos de europeização e pandemia de Covid-19, é importante notar que, enquanto a

responsabilidade civil do Estado inclui como parâmetro, além da Constituição, o Direito internacional público da União Europeia e leis de valor reforçado, a responsabilidade por omissão legislativa faz especial referência ao parâmetro da Constituição. A questão é de particular relevância no que diz respeito a não concretização de normas de Direito da União Europeia, situação que será oportunamente exposta em capítulo específico.

Explicando: quando se diz que o objeto desta investigação é a responsabilidade por omissão legislativa, há a necessidade de se aprofundar em tal ilicitude, que ocorre quando do não cumprimento de um dever de legislar.

Trata-se da ilicitude objetiva expressa no n. 5 do Artigo 15º do referido diploma. E para que haja a configuração de ilicitude, faz-se essencial a prévia verificação da inconstitucionalidade por omissão por parte do Tribunal Constitucional. Como dito, a declaração da omissão por ilicitude não pode ser declarada por qualquer instância jurisdicional portuguesa, senão pelo Tribunal Constitucional.

Tal introdução normativa operada pela Lei n. 67/2007 suscita discussão na doutrina, dividindo opiniões. Autores como Rui Medeiros¹⁶⁶ e Jorge Miranda¹⁶⁷ levantam questionamentos sobre a constitucionalidade desta norma, no caso de não haver, para os cidadãos, legitimidade processual ativa para requerer a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

Entretanto, Fidalgo de Freitas e Afonso Brás interpretam o n. 5 do Artigo 15º da Lei n. 67/2007 como sendo constitucional. Defendem que a Constituição não prevê um sistema de fiscalização concreta e difusa de omissões constitucionais, cabendo somente ao Tribunal Constitucional debruçar-se sobre as mesmas. A consideração de tal possibilidade redundaria em elevados riscos de ativismo judicial, com um significativo impacto na sustentabilidade das finanças públicas.¹⁶⁸

Entendemos que o Estado concede-se uma espécie de isenção de responsabilidade, pois o Artigo 15º, n. 5, do RRCEEP – ao exigir a aludida prévia manifestação do TC – cria um elemento de exclusão legal da responsabilidade civil estatal por omissão legislativa. Tudo em detrimento do Artigo 22º da CRP, enquanto instituto que consagra o direito fundamental que se

¹⁶⁶ MEDEIROS, Rui – **Ensaio sobre a Responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992, p. 76.

¹⁶⁷ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed., rev. e actual. Coimbra, 2008. Tomo V, p. 67.

¹⁶⁸ FREITAS, Tiago Fidalgo de; BRÁS, Afonso – Artigo 15.º: responsabilidade no exercício da função político-legislativa. In GOMES, Carla Amado; SERRÃO, Tiago; PEDRO, Ricardo – **O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa Editora, 2017. p. 741-785, p. 91.

traduz no princípio geral da responsabilidade civil do Estado. *Plus ultra*, o Artigo 15º, n. 5, da Lei n. 67/2007 cria uma espécie de pressuposto, que obstaculiza a indenização estatal por omissão legislativa, motivo pelo qual outrossim viola o princípio da tutela jurisdicional efetiva (CRP, Artigos 20º e 268º).

De qualquer forma, no corrente Século XXI, percebe-se que o Direito Administrativo tem se transformado de maneira importante. Ao invés de focar apenas nos poderes da administração, passa a se preocupar especialmente com os cidadãos (e seus interesses ou problemas), tendo em vista a máxima eficácia dos direitos fundamentais.

A propósito, Dieter Grimm, ex-juiz do Tribunal Constitucional Federal Alemão, ensina que a Corte Constitucional germânica pode declarar uma lei nula não só quando o Legislativo tenha limitado um direito fundamental, mas também quando o legislador não tenha feito o suficiente para protegê-lo contra ofensas.¹⁶⁹

Conforme Gustavo Binbenbojm, tal eficácia interpretativa é decorrente dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Diz que, dada a sua proeminência axiológica, toda a atividade interpretativa e aplicativa do legislador — idem do administrador e do juiz — há de ser procedida com ênfase na maior realização possível dos direitos fundamentais.¹⁷⁰

Felipe Braga Netto bem leciona que, nos países que compartilham sistemas jurídicos semelhantes ao brasileiro, como Portugal, está acontecendo, no que se refere à responsabilidade civil, um fenômeno semelhante; que se olha menos para a culpa; que cresce a preocupação com as vítimas do dano; que se busca soluções menos formais e mais humanas, ou seja, abertas a considerações relacionadas à ética e à equidade; e que, nesse contexto, a solidariedade social tem relevo fundamental (Neoconstitucionalismo).¹⁷¹

Com efeito, não se pode atualmente interpretar uma demanda que envolva responsabilidade civil estatal e seus pressupostos ou condições, a despeito dos direitos fundamentais.

¹⁶⁹ GRIMM, Dieter – A função Protetiva do Estado. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coords.) – **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-165, p. 160.

¹⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo – A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.) – **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 769.

¹⁷¹ NETTO, Felipe Peixoto Braga – **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 65.

2.1.3 Aspectos Axiológicos dos Pressupostos

Para Maurício Jorge Mota, omissão legislativa é um conceito restrito materializado na omissão do legislador, que não agiu sob a responsabilidade do dever que lhe é imposto pela Constituição. Assim, a omissão é inconstitucional por contradizer uma exigência concreta constitucional de atitude.¹⁷²

Em Portugal, via de regra, a solução no âmbito da responsabilidade civil do Estado legislador, está com a conversão do direito inconstitucionalmente negado no seu equivalente em pecúnia.

A inconstitucionalidade gera a responsabilidade estatal quando o legislador se abstém de editar norma indispensável para a fruição de um preceito constitucional. Ou melhor, quando a ausência de uma norma regulamentadora obstrui o exercício de um direito constitucionalmente assegurado.

À luz dos direitos humanos, Paulo Lôbo escreve que, hoje, três valores essenciais marcam as transformações contemporâneas da responsabilidade civil, quais sejam, a primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social.¹⁷³ Entendemos que o princípio da proteção abrange a máxima reparação, vez que de uma condenação maximizada decorre o caráter inibitório de outros fatos estatais detrimntosos aos cidadãos. Em Portugal, a Constituição da República traz tais axiomas nos Artigos 1º, 2º e 9º, Alínea b, iluminados por seu forte preâmbulo e, no Brasil, o Artigo 3º da Constituição Federal.

Ensina Braga Netto que **a primazia do interesse da vítima** não é um princípio exclusivo da responsabilidade civil do Estado, pois se trata de uma tendência mundial da própria responsabilidade civil em geral. Diz que antes olhava-se para a culpa, mas atualmente observa-se o dano sofrido, na busca de soluções técnicas que não deixem vítimas desamparadas – desde que presentes dano e nexos causal, obviamente, porque a maior proteção da vítima do dano não deva ser protegida a qualquer custo.¹⁷⁴ Netto acrescenta que é preciso, à luz da primazia do interesse da vítima, construir soluções mais humanas, sem menosprezo da técnica jurídica; e que por meio de tal princípio, o direito administrativo torna-se mais permeável às discussões éticas e às influências renovadoras da equidade.¹⁷⁵ No mesmo enfoque, Odete Medauar assevera

¹⁷² MOTA, Maurício Jorge Pereira da – **Responsabilidade civil do Estado legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 167-168.

¹⁷³ LÔBO, Paulo – **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

¹⁷⁴ No mesmo sentido, SAMPAIO DA CRUZ, Gisela – **O problema do nexos causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 10.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 66.

existir um nítido caminho na responsabilidade civil do Estado em prol da vítima, porém, tal enfoque necessita caminhar ainda mais, na linha de sempre colocar a vítima no centro dos estudos.¹⁷⁶

Já o princípio da **solidariedade social**, segundo Netto, prega que exista uma distribuição equitativa, por todo o corpo social, dos encargos experimentados isoladamente por alguém, pois não é justo que a vítima de uma ação ou omissão estatal danosa arque singularmente com os danos. Acrescenta que, nessa ordem de ideias, a responsabilidade civil estatal, ao indenizar o ofendido, obriga que restem partilhados, por toda a sociedade, os danos sofridos apenas por um, ou por poucos indivíduos. Isso porque, nestes tempos, os valores substantivos da dignidade, da solidariedade, e da igualdade material são consagrados na busca de objetivos humanistas.¹⁷⁷

O **princípio da proteção** abrange a máxima reparação. Traz a dimensão profilática da responsabilidade civil do Estado. Além da atenção prioritária que deve ser dada ao ofendido, existe o dever de agir no sentido de se evitar novos danos estatais.

Como nenhum dos princípios é absoluto, mas se apresenta como um vetor normativo, cria-se a possibilidade, caso a caso, de que se construam soluções mais harmônicas com os nossos dias, tendo em vista os direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, tem reconhecido que a omissão do Estado, quando lesiva aos direitos humanos, induz à responsabilidade civil estatal objetiva, desde que presentes dano e nexo causal.¹⁷⁸

Referida função preventiva da responsabilidade civil pode ser efetivada pelas sanções punitivas e reparatórias. Para além das partes em litígio, a sanção serve também para inibir outros danos, com esteio no desestímulo social.¹⁷⁹

Com efeito, o Estado tem o dever de agir para que discriminações não ocorram, além de evitar a prática de condutas discriminatórias.

Sucedo que o princípio da proteção impede que o Estado adote uma postura inerte ou insuficiente diante do cidadão lesado em seus direitos fundamentais, até porque o particular é destinatário do escudo principiológico. Impõe-se, assim, um Estado mais ativo, no âmbito de sua responsabilidade civil.

¹⁷⁶ MEDAUAR, Odete – **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 13.

¹⁷⁷ MEDAUAR, Odete – **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

¹⁷⁸ STF. Supremo Tribunal Federal – **Agravo no Recurso Extraordinário n. 655.277/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ, 12 jun. 2012.

¹⁷⁹ ROSENVALD, Nelson – **As Funções da Responsabilidade Civil do Estado**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 109.

É o que os alemães chamam de *Untermassverbot*, princípio que veda tais medidas insuficientes. Aponta que, se o Estado legislador ou administrador ou julgador não protege, de forma suficiente, os direitos fundamentais à vida, à integridade física ou à dignidade humana, pode ser responsabilizado. Com esteio na doutrina alemã, o Supremo Tribunal Federal brasileiro afirma que os direitos fundamentais não devem ser considerados somente como proibições de intervenção, pois também expressam um postulado de proteção.¹⁸⁰

Registra-se que os princípios constituem o pilar, a base e a viga da Constituição, razão pela qual representam os seus mandamentos núcleo. Consoante Celso Antônio Bandeira de Melo, os princípios são o mandamento nuclear de um sistema, pois constituem o seu alicerce, ou seja, a sua disposição fundamental irradiante às demais normas. Ensina que compõem o espírito da Lei Maior; que servem de critério para sua exata compreensão e inteligência, justamente por definirem a lógica e a racionalidade do sistema normativo, na medida em que lhe conferem a tônica e o sentido harmônico.¹⁸¹

Mesmo na Constituição, há normas mais importantes e normas menos importantes. Todas as normas constitucionais não apresentam idêntica relevância, vez que algumas veiculam simples regras, enquanto outras, verdadeiros princípios.¹⁸²

Haja vista serem os princípios o norte do sistema jurídico, precisam ser resguardados, sob pena de restar comprometida a lógica do ordenamento. Em contrapartida, aquele que se mostra disposto a sacrificar um interesse em prol da preservação de um princípio constitucional robustece o respeito à Constituição, bem assim garante um bem da vida indispensável à essência do Estado democrático.¹⁸³

Vê-se que, nesta quadra da história, há princípios plenamente aplicáveis que regem as relações entre Estado e cidadãos, os quais devem ser levados em consideração pelos intérpretes, ao analisarem os casos de responsabilidade civil estatal, a luz do que se convencionou clamar de Neoconstitucionalismo (ver Capítulo n. 1.1.3).

Por tudo, no Século XXI, é indispensável o cotejo da responsabilidade civil do Estado com os princípios da responsabilidade civil estatal, a fim de se garantir a máxima

¹⁸⁰ STF. Supremo Tribunal Federal – **Habeas Corpus n. 104.410/RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ, 27 mar. 2012.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 451.

¹⁸² CARRAZZA, Roque Antonio – **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 29.

¹⁸³ HESSE, Konrad – **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 22.

eficácia dos direitos fundamentais do lesado, inclusive em tempos de europeização e de pandemia do Covid-19.

2.2 A Responsabilidade Estatal por omissão legislativa e a tragédia no parque aquático em Lisboa: uma decisão antes da Lei n. 67/2007

De tudo o que foi dito até aqui, percebe-se que, no campo doutrinário, é quase unânime a existência de responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. Cita-se, por exemplo, Diogo Freitas do Amaral, Rui Medeiros, Maria da Glória Dias Garcia e Yussef Said Cahali.¹⁸⁴

Por todos, Cretella Júnior, referindo-se à hipótese de danos causados diretamente pela legislação, leciona que, quando promulgada a lei, percebe-se que ela fere especialmente o direito de certa pessoa, há direito indenizatório. Diz que cabe indenização, se o sacrifício imposto pela medida legislativa recair sobre interesses particulares, com finalidade de favorecer ou proteger outros interesses particulares; e que inexistente indenização a não ser que o prejuízo, por sua especificidade e gravidade, ultrapasse o normal dos sacrifícios impostos pela legislação.¹⁸⁵

Como visto, pesam de forma divergente a portuguesa Maria Lúcia Amaral,¹⁸⁶ bem assim o brasileiro Hely Lopes Meirelles.¹⁸⁷ Eles veem com extrema reserva a responsabilidade estatal por omissão de leis. A professora lusitana, inclusive, defende que a responsabilidade civil por omissão legislativa não possui previsão constitucional.

Foi considerado também que o Estado pode causar danos, em decorrência de sua ineficiência. E, se tal decorre de uma omissão, a aplicação da teoria da responsabilidade é cogitável.

Como já se pontuou alhures, em Portugal, nos casos de responsabilização estatal pela falta de edição normativa, via de regra, a Lei n. 67/2007 exige previa manifestação do Tribunal Constitucional acerca da omissão, no sentido de atestá-la. Ou seja, a prévia verificação da inconstitucionalidade por omissão, é um pressuposto necessário para o ajuizamento da ação.

¹⁸⁴ CAHALI, Yussef Said – **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 527/528.

¹⁸⁵ CRETILLA JÚNIOR, José – **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. 8. São Paulo: Forense, 1998, p. 151-152.

¹⁸⁶ AMARAL, Maria Lúcia – Responsabilidade do Estado-legislador: Reflexões em torno de uma reforma. **THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa**. Ano 2, n. 4, (jul. 2001), p. 5-21, p. 9-11.

¹⁸⁷ MEIRELES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 556-557.

Ou melhor, na carência de julgado do Tribunal Constitucional, torna-se ausente um pressuposto essencial para que o Judiciário possa tramitar e julgar a ação indenizatória.

Um fato que gerou grande comoção social e discussões jurídicas ocorreu em 1993, quando duas crianças foram dadas por desaparecidas após estarem no Aquaparque Restelo, em Lisboa. Após o incidente, o local ficou conhecido como Aquaparque da Morte. A primeira criança (Cristina Caldas) desapareceu no dia 27 de julho de 1993. Dois dias depois, desapareceu outra criança (Frederico Mendonça). À época, foi inicialmente levantada a hipótese de afogamento, quando se deu início ao esvaziamento da piscina Ribeirão. No entanto, na madrugada do dia 30 de julho, os corpos das duas crianças foram encontrados na tubulação. As crianças foram sugadas em lugares diferentes. Notou-se então a ausência da rede de proteção.

A gravidade da situação gerou inquérito visando apurar os responsáveis. Na época, não restava clara a situação, posto que os administradores alegavam que todas as instalações tinham sido inspecionadas. Apontavam que se tratava de caso isolado. Contudo, outras vistorias apontaram que o local tinha sido classificado como um dos piores lugares em nível de condições de segurança. Então, sob protestos e comoção geral da sociedade, passou-se a exigir do governo regulamentação para o setor dos parques aquáticos e rigidez nas fiscalizações. Buscou-se, com isso, que se evitassem novas situações de riscos, bem como outras mortes.

Após o insólito, os pais intentaram ação judicial, que culminou em decisão do STJ, o qual asseverou que o Estado é responsável civilmente, por omissão ilícita e culposa no exercício da função legislativa; que foi violado o Artigo 22º da Constituição; que há obrigação de indenizar; que foi provado o nexo de causalidade entre a referida omissão e os danos causados; que aquela norma constitucional pode ser diretamente invocada pelos particulares face à omissão do legislador; que o filho da parte autora morreu no parque aquático da cidade de Lisboa, por asfixia por submersão; que foi constatada falta de legislação específica sobre parques aquáticos; que isso não poderia ser ignorado; que os parques eram autorizados e licenciados; que funcionavam sem cobertura legal ou regulamentar; que, portanto, há responsabilidade civil do Estado por omissão ilícita; que presente culpa no exercício da função legislativa; que não procede a alegação estatal, no sentido de que a mera ausência de legislação específica sobre parques aquáticos não originou o acidente que vitimou os menores; que a mera ausência daquela legislação pode sim provocar acidentes mortais em parques aquáticos; que a omissão por inconstitucionalidade, ao contrário do que alega o Estado, pode ser apreciada pelos tribunais judiciais, e não apenas pelo Tribunal Constitucional; que Jorge Miranda ensina que a inexistência de um sistema de fiscalização difusa da inconstitucionalidade por omissão (análogo

ao da inconstitucionalidade por ação) não impede o reconhecimento jurisdicional da omissão¹⁸⁸; que, no caso do Aquaparque, a omissão em legislar representa uma violação clara do dever de proteção dos direitos fundamentais, a qual recai sobre o legislador; que, dentre os direitos fundamentais, destaca-se o direito à vida; que, na espécie, havia o dever de proteção das crianças, através da edição de lei.¹⁸⁹

A ação acima resultou em responsabilidade atribuída aos administradores e aos técnicos do Aquaparque, haja vista a manifesta negligência. Após alguns recursos com recusa em aceitar a sua responsabilidade, o Estado celebrou um acordo extrajudicial com os pais. Não apenas pagou indenizações, como reconheceu a ausência de normas regulamentadoras sobre o funcionamento dos aquaparkes.

O caso Aquaparque é paradigmático, no que tange à responsabilidade civil estatal por ausência de normas, mesmo porque ensejou comoção social que estimulou a tomada de medidas jurídicas para reparar os danos pretéritos e evitar futuros. Tal processo foi julgado em 1999, a saber, antes da Lei n. 67/2007. Esta – como considerado acima – cria uma série de requisitos para a responsabilidade estatal por omissão legislativa, que vem sendo adotada cegamente pelo Judiciário português. Portanto, se a ação do Aquaparque Restelo fosse julgada nos dias atuais, provavelmente, seu resultado final teria sido antagônico, à mercê da aplicabilidade ampla e irrestrita da matriz constitucional da responsabilidade civil estatal estampada no Artigo 22º da CRP.

Os tribunais lusitanos têm hodiernamente interpretado, de forma restritiva, o Artigo 15º daquela norma, razão pela qual tal demanda seria possivelmente julgada hoje em desfavor dos autores, em uma análise dos recentes precedentes portugueses, no que tange a responsabilidade estatal por omissão normativa. Os tribunais de Portugal não aplicam com a adequada amplitude a Lei n. 67/2007. Talvez não se ativeram ao espírito do legislador, bem assim a sua ontologia constitucional. A Lei n. 67/2007 é boa, porém, há problema em sua efetividade, porque o próprio Estado tem adotado mecanismos alternativos, pontualíssimos, que tangenciam a sua aplicação. Há, portanto, um abismo entre o direito efetivo e o direito do livro, *low book*.

Conforme acertadamente registra Jorge Pereira da Silva, desde 1993, o precedente Aquaparque trouxe preocupações ao poder público. Temia que a jurisprudência se consolidasse

¹⁸⁸ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra, 2012. Tomo IV: Direitos fundamentais, p. 298, em nota.

¹⁸⁹ AC STJ DE 1994/02/24 IN BMJ p. 396. AC STJ DE 1999/09/23 IN BMJ N460 p. 753. CJ 1999 ANO7 T3.

e gerasse efeito multiplicador. Portanto, não surpreende o fato de o legislador ter procurado atar as mãos dos tribunais comuns, ao exigir prévia manifestação do Tribunal Constitucional para enfrentamento da responsabilidade civil por omissão legislativa.¹⁹⁰

Determina o Artigo 15º, n. 5, da Lei n. 67/2007, que a constituição de responsabilidade fundada em omissão legislativa depende de prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional. No caso Aquaparque, não se exigiu aludida manifestação pretérita, por não haver a exigência legislativa parida em 2007. Em nosso sentir, tal dispositivo padece de inconstitucionalidade, porque é limitador do direito fundamental auto executável previsto no citado Artigo 22º da Constituição da República Portuguesa.

Tendo em vista o caso concreto, não se pode afastar a responsabilidade civil do Estado pela omissão de um ato legislativo, ou seja, o não cumprimento do dever de legislar, o que se potencializa em um país, como Portugal, que está sujeito à organização interna e aos preceitos externos do Tribunal da União Europeia.

2.3 Autonomia da Responsabilidade Estatal por Omissão versus Exigência de Prévia Manifestação do Tribunal Constitucional Português

Como referido, o Artigo 15º, n. 3, da Lei n. 67/2007 bem determina que o Estado é civilmente responsável pelos danos anormais contrários aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, os quais resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais.

Todavia, o Artigo 15º, n. 5, da mesma lei esvazia o n. 3, ao estabelecer que a responsabilidade fundada na ausência de providências legislativas, para tornar exequíveis normas constitucionais, depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional. Ou seja: o próprio Artigo 15º da Lei n. 67/2007 dá com uma mão (n. 3), mas retira com a outra (n. 5) a indenização estatal por omissão legislativa.

Sucedendo que, segundo a legislação lusitana, inexistindo decisão prévia em que o Tribunal Constitucional dê por efetiva uma inconstitucionalidade por omissão, o juiz da causa deverá indeferir liminarmente qualquer pleito indenizatório por ausência do requisito legal de procedibilidade da ação indenizatória plasmado no Art. 15º, n. 5, da Lei n. 67/2007. E pior: o particular lesado em um direito fundamental por omissão legislativa sequer tem legitimidade

¹⁹⁰ MEDEIROS, Rui (Org.) – **Comentários ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas**. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p. 411.

ativa para propor a ação de inconstitucionalidade por omissão, de que cuida o Art. 283º da Constituição Portuguesa. Aquele dispositivo simplesmente nega ao cidadão a possibilidade de o próprio tribunal comum verificar a inconstitucionalidade por omissão legislativa em processo de sua jurisdição. Portanto, está com as mãos atadas.

Tiago Freitas e Afonso Brás, em obra que possui como um dos organizadores o Professor Ricardo Pedro, defendem que, nos casos de inconstitucionalidade por ação, o Artigo 15º, n. 2, previu uma via de acesso ao Tribunal Constitucional, fazendo equivaler *ex lege* a decisão do tribunal (comum) que se pronuncie sobre a inconstitucionalidade;¹⁹¹ que situação diferente é prevista no Artigo 15º, n. 5; que exige prévia verificação de uma inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional, na forma do Artigo 283º da Constituição; e que, sem um aresto do TC prolatado antes da propositura da ação, faltarão um pressuposto essencial para que o tribunal administrativo possa proceder ao julgamento da causa.¹⁹²

Bem tece Jorge Pereira da Silva, em obra organizada por Rui Medeiros, que não se deve impedir o reconhecimento jurisdicional autônomo da omissão; que é pressuposto da responsabilidade civil do legislador; que tal aconteceu, aliás, no já referido caso Aquaparque, onde não se exigiu manifestação prévia do Tribunal Constitucional; que a responsabilidade por omissão legislativa não pode ficar dependente de um favor de uns, entre os poucos legitimados para propor a ação prevista no Artigo 283º da Constituição; que, desde 1982 até hoje, o Tribunal Constitucional apenas julgou sete processos destes, mas, somente em três, deu por verificada a existência de uma inconstitucionalidade por omissão; e que, assim, a probabilidade de um particular lesado nos seus direitos fundamentais de conseguir obter uma indenização estatal por omissão legislativa é praticamente nula.¹⁹³ Segundo o Artigo 283º, Inciso I da CRP, só o Presidente da República e o Provedor de Justiça têm legitimidade irrestrita para propor tal ação perante o TC.

Verifica-se que o n. 5 do Artigo 15º é inconstitucional, na medida em que limita o direito fundamental auto executável previsto no Artigo 22º da Constituição da República Portuguesa (leia-se: direito ao ressarcimento dos danos causados por omissões legislativas). Ademais, viola o direito de acesso aos tribunais comuns (Inciso I do Artigo 20º da CRP), pois

¹⁹¹ A decisão do tribunal que se pronuncie sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma jurídica ou sobre a sua desconformidade com convenção internacional, para efeitos do número anterior, equivale, para os devidos efeitos, a decisão de recusa.

¹⁹² MEDEIROS, Rui (Org.) – **Comentários ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas**. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p. 767.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 417.

condiciona e compromete a resolução dos litígios respeitantes à responsabilidade por omissões legislativas.

Em sentido contrário, como já visto, Tiago Freitas e Afonso Brás defendem a constitucionalidade do dispositivo. Primeiro, porque o Tribunal Constitucional Português seria o único órgão que possui competência para, em casos de omissão, avaliar a necessidade (ou não) de prolação de um ato legislativo. Segundo, porque o n. 5 do Artigo 15º evitaria riscos do ativismo judicial e da generalização destas decisões causarem impacto nas finanças públicas.

194

Em que pese tal opinião contrária, mais ajustada é a posição de Miguel Bettencourt da Câmara, ao defender que a responsabilidade civil pública possui a natureza de princípio fundamental, por consagração constitucional; que emerge como princípio estruturante das ordens jurídicas contemporâneas, como vetor de proteção e de garantia dos cidadãos, face à máquina estatal; que os conceitos da responsabilidade civil de Direito privado não se mostram bastantes (ou adequados) para a compreensão da responsabilidade civil estatal em toda a sua sofisticação atual; que o Artigo 22º da CRP encerra um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias; que consagra o princípio geral de responsabilidade civil pública; que o mesmo Artigo 22º deve ser interpretado à luz do Direito da União Europeia, sempre que em causa a violação das normas do DUE; que a ação de responsabilidade estatal por omissão legislativa não se confunde com o mecanismo do controle de constitucionalidade por omissão; que dele independe; que, assim, existe uma possível inconstitucionalidade da norma do Artigo 15º, n. 5, do RRCEEP; e que a progressiva responsabilização do Estado foi determinada pelo aumento da sua intervenção econômica, social e cultural e pela pressão europeia a favor da responsabilização dos poderes públicos.¹⁹⁵

Concordamos, portanto, com o Professor, quando diz ser uma entorse jurídica fazer depender a responsabilização civil por omissão legislativa do controle prévio de inconstitucionalidade. Bem ainda aduz que, se for mantida em vigor a atual redação do Artigo 15º, n. 5, do RRCEEP, haverá o branqueamento das situações de responsabilidade civil do legislador; que é ilusória a ideia de que, não existindo uma prévia declaração de inconstitucionalidade por omissão, não haverá uma omissão do legislador passível de

¹⁹⁴ MEDEIROS, Rui (Org.) – **Comentários ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas**. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p. 781.

¹⁹⁵ CAMARA, Miguel Bettencourt da – **A Acção de Responsabilidade Civil por omissão legislativa e a norma do n. 5 do Art. 15º da Lei n. 67/2007: Alguns efeitos substantivos e processuais**. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 144-146.

indenização estatal; que o citado Artigo 15º, n. 5, apenas se traveste de amigo da responsabilidade civil pública, porém, é inimigo do instituto; que tal norma põe um ferrolho na porta de acesso à responsabilidade civil por omissão; e que isso exige medidas legislativas; e que a ausência de acesso do particular ao mecanismo de controle da inconstitucionalidade por omissão (CRP, Artigo 283º) é um argumento adicional em reforço da tese da autonomia da ação de responsabilidade civil.¹⁹⁶

O Artigo 15º, n. 5, da Lei n. 67/2007 cria um tipo de pressuposto processual, que obstaculiza a indenização estatal por omissão legislativa, razão pela qual, efetivamente, viola o princípio da tutela jurisdicional efetiva estampado nos Artigos 20º e 268º da Constituição.

Antes de 2007, mesmo inexistindo decisão do Tribunal Constitucional sobre a inconstitucionalidade por uma omissão legislativa, o particular lesado tinha condições de propor ação civil, com esteio direto no Artigo 22º da CRP. Portanto, o Artigo 15º, n. 5, representa um retrocesso do sistema jurídico português, pois – antes da edição da Lei n. 67/2007 – não havia tal nefasto pré-requisito no ordenamento lusitano.

Sobre isso, o Estado concede-se uma espécie de isenção de responsabilidade, vez que o Artigo 15º, n. 5, do RRCEEP – ao exigir a aludida prévia manifestação do TC – cria um elemento de exclusão legal da responsabilidade civil estatal por omissão legislativa. Tudo em detrimento do Artigo 22º da CRP, enquanto instituto que alberga o direito fundamental que se traduz no princípio geral da responsabilidade civil do Estado.

Entendemos que, em Portugal, o juiz da ação de indenização por danos estatais decorrentes da omissão legislativa deve diretamente receber, processar e julgar a demanda – independentemente de cumprimento do pré-requisito da manifestação prévia do Tribunal Constitucional. Basta afastar a exigência da regra, reputando-a inconstitucional *incidenter tantum*, mesmo que de ofício, ou seja, sem o requerimento expresso das partes, na medida em que se trata de questão de ordem pública. Logo, ajuizada a ação, a existência da responsabilidade civil por omissão legislativa deve ser objeto de fiscalização imediata e concreta do juiz titular do processo.

Portanto, na espécie, a ação indenizatória tem natureza autônoma, até porque a responsabilidade civil por omissão legislativa difere da inconstitucionalidade por omissão, na

¹⁹⁶ CAMARA, Miguel Bettencourt da – **A Acção de Responsabilidade Civil por omissão legislativa e a norma do n. 5 do Art. 15º da Lei n. 67/2007: Alguns efeitos substantivos e processuais**. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 144.

medita em que possuem objetivos/efeitos díspares, respectivamente, declaratórios e ressarcitórios.

2.4 Direito de Regresso versos Imunidade Parlamentar

Quanto à responsabilidade estatal, a Lei n. 67/2007 admite o direito de regresso contra o agente público que age com dolo ou culpa grave (Artigo 8º, n. 3).¹⁹⁷ Logo, haveria direito de regresso estatal contra parlamentares que tenham incorrido em omissão estatal ilícita e danosa? A questão é polêmica. Não há consenso doutrinário.

Gilberto Dias defende não parecer possível a existência do direito de regresso estatal em se tratando de danos decorrentes do Poder Legislativo. Entende ser o legislativo colegiado e plural, o que torna impossível a aferição de dolo ou culpa grave de inúmeros parlamentares na aprovação de uma lei inconstitucional, que em regra passa pela posterior sanção presidencial, mesmo porque o servidor só responde em regresso, se incorrer em culpa grave (negligência grosseira) ou dolo. Se agir com culpa leve (negligência), somente o Estado é responsável.¹⁹⁸ Dias aduz, ainda, que decorre do Inciso I do Artigo 157º da CRP o princípio da irresponsabilidade civil dos deputados pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções; que, em se tratando de uma função cujo exercício pressupõe uma margem de liberdade de conformação política traduzida na escolha de medidas julgadas mais adequadas em cada momento com vista à realização do interesse público, não subsistem razões para a responsabilização patrimonial dos titulares dos órgãos legiferantes; e que a imunidade parlamentar parece ser, assim, uma razão da sua irresponsabilidade.¹⁹⁹

No mesmo naipe, a brasileira Regina Maria Macedo Nery Ferrari defende que a Constituição da República Federativa do Brasil, ao se referir à ação regressiva, estabelece como condicionantes a culpa ou o dolo do agente público; que, consequentemente, apenas poderá haver regresso se presentes tais pressupostos (Artigo 37, § 6º); que não parece pairar dúvida quanto ao cabimento da ação de regresso, quando se está diante de atos legislativos atípicos de autoria do Poder Executivo, a exemplo de medidas provisórias, pois identificado e individualizado o agente, qual seja, o Presidente da República; que diversa é a hipótese de

¹⁹⁷ Sempre que satisfaçam qualquer indemnização nos termos do número anterior, o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis, competindo aos titulares de poderes de direção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adotar as providências necessárias à efetivação daquele direito, sem prejuízo do eventual procedimento disciplinar.

¹⁹⁸ DIAS, 1944, p. 219 *apud* ESTEVES, Júlio César dos Santos – **Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo**. 2.ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 42.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 98.

cabimento de ação de regresso contra os parlamentares, até porque o Artigo 53 da Constituição Federal afirma que os deputados e senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos; que tal imunidade é irrenunciável, pois de interesse público para o bom exercício do mandato; que, assim, não decorre do interesse pessoal dos legisladores; que, portanto, a sua posição contrária ao não cabimento da ação de regresso em face dos parlamentares, no caso da responsabilidade extracontratual do Estado por atos legislativos típicos, fundamenta-se na imunidade parlamentar e na colegialidade das votações, por tornar impossível a individualização da pena ou do dolo; que cada parlamentar é protegido pela imunidade inerente ao cargo; que também o é o parlamento; que o colegiado sintetiza a manifestação da vontade de cada legislador, sendo impossível posterior ação regressiva.²⁰⁰

Efetivamente, os membros do legislativo possuem imunidade parlamentar. Não podem ser responsabilizados por palavras, opiniões ou votos (Artigo 157º da CRP). Porém tal prerrogativa não pode ser interpretada como um cheque em branco aos parlamentares, que venham cometer deliberadamente (ou por negligência grosseira) ilícitos que causem danos relevantes à população. O povo, inclusive, foi quem os elegeu.

Defendemos, assim, a existência de direito de regresso contra os parlamentares que, mediante dolo ou grave negligência, ensejarem a responsabilização civil estatal por ações ou omissões legislativas. Neste sentido, Jorge Pereira da Silva assevera que pode haver deputados que intervêm no processo legislativo numa situação de conflito de interesses ou movidos por influências externas que sobre eles são exercidas; que, respondendo o Estado por ilícito legislativo perante os terceiros lesados, não pode se afastar a possibilidade de detectar, no processo legislativo, casos de dolo ou culpa grave, justificativos de um direito de regresso; que imunidade parlamentar tem natureza de garantia ao exercício do mandato popular, mas não de prerrogativa pessoal; e que a irresponsabilidade pessoal dos deputados não pode ser encarada como um dogma, especialmente quando exista responsabilidade criminal.²⁰¹

Ora, a imunidade parlamentar é uma cláusula de irresponsabilidade por ilícitos. Visa apenas garantir as condições de exercício do mandato de deputado. Com efeito, em casos extremos, como se comprovado que todo o parlamento (ou uma grande maioria capaz de definir uma votação) editou determinada lei para atender aos interesses de corruptores, caberá sim o

²⁰⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery – Aspectos Polêmicos da Responsabilidade do Estado Decorrente de Atos Legislativos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 39, n. 2 (abr./jun. 2002), p. 97-114, p. 111.

²⁰¹ MEDEIROS, Rui (Org.) – **Comentários ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas**. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p. 423.

regresso contra os parlamentares identificados. Idem, se um parlamentar contribui, em prol de interesses escusos, para qualquer ação ou omissão legislativa danosa que ensejou responsabilização estatal. Imunidade parlamentar difere de impunidade do legislador, quando age com dolo ou negligência grave.

A imunidade não significa impunidade parlamentar. É uma exceção ao regime comum, que jamais pode servir como escudo para corruptos. Cuida-se de uma prerrogativa para o livre exercício do mandato, mas não de um privilégio a serviço de interesses pessoais. E nem se diga que encontrar um parlamentar corrupto é difícil como se buscar uma agulha num palheiro, pois, no curso do processo legislativo — devidamente documentado e gravado, além de atualmente televisionado — há membros que protagonizam a aprovação (ou desaprovação) do projeto de lei, a exemplo de proponentes, líderes e diretores. Os demais são inocentes úteis. Descobertos, por meio de provas robustas, os responsáveis diretos pelos danos decorrentes dos atos legislativos danosos não só podem como devem responder uma ação de regresso estatal.

A respectiva ação judicial regressiva prossegue nos próprios autos da ação indenizatória originária do cidadão em face do Estado. Porém, doravante, apenas a pessoa coletiva de Direito público e o titular de órgão, funcionário ou agente (Lei n. 67/2007, Artigo 8º, n. 4).

Segundo Cristiano Chaves, nas sociedades contemporâneas, diminuíram os espaços de omissão estatal legítima. Pouco se toleram omissões do Estado contemporâneo, onde existe um dever qualificado de ação (de agir), de maneira razoável e prudente, com eficiência e adequação, razão pela qual se responde pelos resultados danosos que se afastem desses padrões. Diz que, caso a Constituição crie determinada obrigação para o Estado, o legislador não está livre para escolher se a cumpre ou não.²⁰²

De qualquer forma, mesmo que reconhecida, no caso concreto, a imunidade material, no sentido de isentar o parlamentar de responsabilidade pelo dano, é possível a respectiva responsabilização do Estado contemporâneo, à luz dos princípios da responsabilidade civil, inclusive nestes tempos de pandemia de Covid-19.

2.5 Fixação do *Quantum* Indenizatório

Segundo Paulo Otero, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, o direito à efetivação da responsabilidade civil dos poderes públicos é

²⁰² FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson – **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1004.

o que demanda mais custos financeiros estatais, dentre os demais direitos fundamentais. Em contrapartida, entende ser aquele que torna mais evidentes as ideias de justiça, de igualdade e de proporcionalidade na repartição dos encargos públicos.²⁰³

De qualquer forma, as indenizações devem ter em vista não apenas os danos patrimoniais e extrapatrimoniais dos ofendidos, como também as consequências das condenações para os cofres públicos.

Com efeito, não se pode balizar o *quantum* indenizatório sob o aspecto da suposta capacidade financeira do Estado, muito pelo contrário, pois este não tem um aspecto econômico evidente. A sua finalidade é social. O recurso financeiro de que dispõe não é de sua propriedade, mas sim da população, que paga impostos com o intuito de que a receita deles oriunda seja utilizada para propiciar o bem estar social, não devendo servir como fonte de enriquecimento individual.

Especialmente o valor dos danos extrapatrimoniais deve ser fixado com prudência e com razoabilidade lastreada pelo fato de se encontrar o Estado no polo passivo da demanda, ou seja, a sociedade, o povo, motivo pelo qual entendemos que, em geral, o fato de o Estado encontrar-se como condenado na ação indenizatória constitui causa objetiva de minoração do valor dos danos, nomeadamente os morais. A propósito, entendemos que o Estado há de ser intransigente no ajuizamento das demandas regressivas contra os gestores que ensejarem a responsabilização estatal.

Mirna Cianci bem pontua que o Poder Público não produz seus próprios recursos financeiros, pois a quase totalidade do dinheiro advém de exações, razão pela qual a imponderada indenização de uma vítima traz centenas de outras. Logo, a moderação do *quantum* indenizatório é importante, mesmo porque o Estado é um meio e não um fim em si mesmo.²⁰⁴

Otero ensina que o juiz não está excluído do dever de impedir a ruína financeira do Estado; que se trata um dever fundamental adstrito ou implícito em todas as normas constitucionais; que o Estado é o pressuposto da Constituição e da efetivação de suas normas; que a sua sustentabilidade financeira revela-se passível de envolver um reforço do papel metodologicamente ativo do juiz, à luz de uma ética da responsabilidade; que lhe impõe a

²⁰³ OTERO, Paulo – Direito fundamental a responsabilidade civil dos poderes públicos e crise financeira. Direito fundamental a responsabilidade civil dos poderes públicos e crise financeira. In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência**. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 23-34, p. 16-20.

²⁰⁴ CIANCI, Mirna – **O Valor da Reparação Moral**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121.

ponderação dos efeitos das decisões que torna; que não pode condenar o Estado à sua ruína; que o juiz não pode deixar de ponderar o interesse público da sustentabilidade financeira estatal em cotejo com um mínimo de efetividade do direito à responsabilidade civil do Estado; que tal metodologia confia ao juiz o poder de modulação dos efeitos da aplicação de normas válidas do sistema constitucional; e que, portanto, em uma situação extrema de risco de bancarrota, pode proferir uma decisão modulada de efeitos dos pedidos indenizatórios, inclusive, dos danos patrimoniais.²⁰⁵

Ressalta-se que os danos anormais decorrentes da omissão legislativa podem gerar múltiplas indenizações. E estas podem redundar em valores significativos para dispêndio estatal, se houver uma grande quantidade de afetados.

Destarte, o Artigo 15º, n. 6, da Lei n. 67/2007 estabelece que, quando os lesados forem em tal número que, por motivo de interesse público de excepcional relevo, se justifique a limitação do âmbito da obrigação de indenizar, é possível sua fixação equitativamente em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos causados. Essa redução, entretanto, não há de zerar os valores indenizatórios, pois diminuição difere de exclusão indenizatória.

Quanto ao tema, Jorge Pereira da Silva ensina que, na espécie, é indispensável a existência de um número considerável de lesados; que é compreensível que assim seja, pois o valor a ser pago pelo Estado será tanto maior quanto maior for o número de cidadãos afetados pelos danos anormais causados pelo ilícito legislativo; que o critério relativo ao número de lesados deve ser articulado com os valores das indenizações a serem pagas para reparação integral dos danos; que é necessário haver razões de interesse público de excepcional relevo; que está aqui em causa a sustentabilidade das finanças públicas em caso de valores astronômicos; e que pode ser invocado o princípio da proporcionalidade.²⁰⁶

A redução equitativa em questão pode se somar à gradação indenizatória pelo grau de culpa do legislador prevista no n. 4 do aludido Artigo 15º, o qual determina que a existência e a extensão da responsabilidade *in casu* são determinadas atendendo às circunstâncias concretas de cada caso, bem assim ao grau de clareza e precisão da norma violada, ao tipo de inconstitucionalidade e ao fato de terem sido adotadas ou omitidas diligências suscetíveis de evitar a situação de ilicitude.

²⁰⁵ OTERO, Paulo – **Manual de Direito Administrativo**. Almedina: Lisboa, 2016. Vol. 1, p. 573-574.

²⁰⁶ *Ibid.* p. 426.

Desta forma, há algumas situações que mostram, para efeitos de modulação da indenização, a extensão da responsabilidade, por determinarem redução do grau de culpa do legislador. Essas situações encontram-se estabelecidas nos termos do referido n. 4. Importante observar a culpa do legislador omissivo, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, da mesma maneira que se analisa um comportamento estatal. Caso verificado que um dever de legislar decorrente da norma constitucional não está suficientemente explícito, claro ou inequívoco (ou que a legislação a aprovar é de um grau de complexidade muito acima da média), há lugar para redução do *quantum* indenizatório.

Ressalta-se que o efeito é igual se porventura a norma, apesar de não ter sido editada, já esteja aviada em uma iniciativa legislativa cujo procedimento legislativo esteja em trâmite. Da mesma forma, pode ser identificado comportamento doloso por parte do legislador. Por exemplo, quando o Tribunal Constitucional verificar haver uma inconstitucionalidade por omissão, dá disso ciência ao órgão legislativo competente. Se, depois desta notificação, o legislador nada fizer, está a incorrer em dolo, o que pode elevar a indenização.

Portanto, para que não ocorra a inviabilização das finanças públicas, o elevado *quantum* indenizatório pode ser ponderado quando da fixação do seu valor, diminuindo-se o respectivo importe global. Da mesma forma, se o grau de culpa do legislador for ténue, é possível a redução do valor da indenização.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO LEGISLATIVA EM TEMPOS DE UNIÃO EUROPEIA: o movimento do mundo movimenta o Direito

3.1 Esclarecimentos Metodológicos

Procedendo à análise do problema desta pesquisa, enseja-se configurar o objeto Responsabilidade do Estado por Omissão Legislativa, por meio da análise do agravante para o legislativo e, também, para a aplicação das leis, cumprindo o Estado seu papel de proteger os direitos dos cidadãos, neste caso, tanto no âmbito interno, quanto na dimensão comunitária, no logos do intervalo Portugal/União Europeia, tendo em vista o dano no plano extracontratual, decorrente da inércia do Estado em sua concepção geral e, mais particularmente, neste caso, do Direito da União Europeia.

Recortado o objeto e seu enfoque na omissão legislativa, considera-se necessário esclarecer que as ponderações desta pesquisa não estão no paradigma das certezas, nem de um método cartesiano, mas naquele que considera transitória as organizações sociais e que, portanto, põe a ciência do Direito sempre em trânsito para a possibilidade de se repensar, sem perder de vista o que é essencial para a humanidade, procurando garantir os direitos humanos fundamentais.

Não é próprio das intenções investigativas aqui adotadas, conforme já referido, seguir um método que favoreça respostas precisas, mas organizar os elementos que a princípio constituíram a hipótese central do problema, transformada em pergunta: se o fato de Portugal ser um estado-membro da União Europeia é um agravante para a omissão legislativa. Para construir uma resposta, optou-se por exemplo, pensar o objeto sob o paradigma da complexidade de Edgar Morin,²⁰⁷ retirando o conceito central do pensamento desse filósofo contemporâneo como pilastra cognitiva da configuração das implicações agravantes para a omissão legislativa nesse cenário, para além das configurações do Estado-nação.

Nessa organização investigativa, optou-se por pensar o problema sob o conceito de Movimento em Hegel²⁰⁸ e Complexidade em Edgar Morin, sabendo-se que, mesmo havendo uma incompatibilidade filosófica certeza/incerteza, também na União Europeia está criado o impasse próprio do movimento inevitável da mundialização. Se a contradição é o que produz o impasse filosófico, o mesmo faz parte da organização sócio-política e econômica que é, ao

²⁰⁷ MORIN, Edgar – **O Método**. Porto Alegre: Sulina, 2005. Vol. 1, p. 88.

²⁰⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – **Enciclopédia das Ciências Filosóficas. Em compêndio (1830)**. Trad. Paulo Meneses e José Nogueira Machado. São Paulo: Loyola, 1995. Vol. 1: A ciência da lógica, p. 103.

mesmo tempo, múltiplo e unitário no que hoje se configura como o maior modelo globalizado de interação. Idem no que se refere a saúde pública mundial, em especial nos tempos de pandemia. Significa que a Omissão Legislativa será pensada no desenvolver da ponderação sob essas categorias de análise que sustentam a argumentação sobre o objeto.

3.2 Portugal em tempos de União Europeia sob a categoria do movimento

A ideia ou o ideal de integração não se inicia com a União Europeia. Esta faz parte do movimento próprio do mundo que tende a galgar sempre novos espaços de organização na ampliação de suas relações e de seus interesses. Amandino Teixeira Júnior comenta que filósofos como Dante e Kant (e economistas como Saint-Simon e Proudhon) já vislumbravam uma unidade europeia estruturada. Para esse pesquisador, Napoleão e Hitler, Churchill, Shuman e Monnet, de alguma forma, alimentaram esse objetivo, sendo que só os três últimos consideraram a força da cooperação institucional entre os povos europeus e uma vontade política inspirada no respeito aos direitos humanos e no consenso de Estados, na condição de alavancas da integração europeia.²⁰⁹

Segundo o mesmo autor, esse ideal atravessou o Século XIX marcado pela união aduaneira alemã, de 1834 a 1871. Chegou ao Século XX sob o velho sonho da integração, principalmente porque foi um momento de reconstrução após os destroços da Segunda Guerra Mundial. Churchill, por meio de seu discurso em Zurique, fez menção à necessidade dos Estados Unidos da Europa. O sonho de comunidade continuou e, sem entrar em maiores detalhes, surgiu, em 1948, a Organização Europeia de Cooperação Econômica, substituída em 1960 pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, com a participação dos Estados Unidos e do Canadá. Em continuidade e com buscas similares, a Convenção Benelux (Londres, 1944) complementada pelo Protocolo de Haia (1947), entrando em vigor uma união aduaneira entre Bélgica, Holanda e Luxemburgo. A Benelux não obteve pleno êxito, mas inspirou a continuidade de seus objetivos na Comunidade Europeia do Carvão e Aço (CECA). Em 1950, Schuman, Ministro das Relações Exteriores da França, influenciado por Monnet, propôs a submissão à Alta Autoridade da totalidade da Produção do Carvão e do Aço da França e da Alemanha, bem como dos demais países interessados. Esse tratado fundou a

²⁰⁹ JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes – A União Europeia e suas instituições. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 48, n. 192 (out. /dez. 2011), p. 21-30, p. 73.

supranacionalidade. Essa primeira integração – CECA – foi chamada de Europa dos Seis: França, Alemanha, Bélgica, Itália, Luxemburgo e Holanda.²¹⁰

Entre tratados que não se materializaram, como o de formar um exército único, em 1956 foram assinados os da Comunidade Econômica Europeia e o da Comunidade Europeia de Energia Atômica (1957). Essas comunidades gerariam no futuro um mercado comum de quatro liberdades: livre circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais.²¹¹

Em seguida houve o Tratado da Fusão dos Executivos (TFE) que criou um conselho com funções legislativas e de coordenação macroeconômica, e uma comissão, com funções de execução da legislação comum para as três comunidades: CECA, CEE e EURATOM. Isso aconteceu em 1965. Em 1968, ocorreu a completa abolição de tarifas e restrição de cota entre os estados-membros da Comunidade Europeia. Em 1972, o tratado de Bruxelas criou a Europa dos Nove; em 1980, a Europa dos 10; entre 1985 e 1986, Portugal e Espanha integraram a Europa dos 12. Em 1986, foi assinado o Ato Único que revisou os tratados comunitários, atribuiu novas competências e dispôs sobre o mercado interno e as políticas comuns, só fazendo prevalecer a ideia de supranacionalidade. Em 1990, houve a reunificação da Alemanha e o processo de Globalização que reforçaram, nesse movimento, o teor de complexidade que abarca essa lógica comunitária de integração europeia. Em 1992, nasce a União Europeia com a assinatura do Tratado de Maastricht, que passou a vigorar em 1º de novembro de 1993, depois de profundas discussões sobre as relações de poder entre os estados-membros, as competências e, sobretudo, a questão da soberania nos âmbitos da supranacionalidade. Em 1995 passou a vigorar a Europa dos 15; em 2004, Europa dos 25, até hoje: a Europa dos 28, em processo de expansão.

Os tratados de Roma e de Maastricht, segundo Júnior, no movimento de sua consolidação, depararam-se com a necessidade de articular outras áreas como meio ambiente, cultura, informação, defesa do consumidor, segurança, relações internacionais e desenvolvimento científico e tecnológico.²¹² Mas a criação da União Europeia não deixou inflexível nem estática a realidade e o tecido das relações entre os estados-membros, principalmente porque surgia um novo espaço de liberdade, sem eliminar, com certeza, os outros espaços anteriormente organizados em outras dimensões. Significa que o Tratado de Maastricht, de 1992, teve como grande objetivo político a criação da União Europeia, conferindo-lhe perfil institucional próprio. Destacam-se, também, entre seus objetivos: adoção

²¹⁰ JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes – A União Europeia e suas instituições. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 48, n. 192 (out. /dez. 2011), p. 21-30, p. 22.

²¹¹ *Ibid.*, p. 23.

²¹² *Ibid.*, p. 24.

de uma política cambial e monetária integrada, o que culminou na criação de uma moeda única, o EURO, a partir de 1º de janeiro de 2002; harmonização das políticas macroeconômicas entre os países-membros; criação da cidadania da União Europeia, a qual oferece igualdade de tratamento aos cidadãos dos estados-membros, a despeito do seu país de origem; criação do Provedor de Justiça, no âmbito do Parlamento Europeu; adoção de política externa e de segurança comuns; incremento da cooperação no âmbito judicial e da segurança nacional interna; e estabelecimento de princípios comuns como a democracia, a liberdade, a solidariedade, a subsidiariedade, o Estado de Direito e o respeito aos direitos humanos. Já em 2007, foi assinado o Tratado de Lisboa com o fito de modernizar as instituições europeias e os seus métodos de trabalho, reforçar a eficiência e a legitimidade da União Europeia ampliada, bem como assegurar a coerência da sua política externa e a sua capacidade de enfrentar os desafios do mundo globalizado, nomeadamente as questões climáticas, a sustentabilidade e a criminalidade organizada.²¹³

A integração de 28 países diferentes numa comunidade supranacional, com competências próprias e ordenamento jurídico autónomo, pelo Direito comunitário, de carácter supranacional, tornou fértil as ações do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo de vinculação de estados-membros, instituições comunitárias e nacionais, pessoas físicas e jurídicas.

É decorrência dessa integração, por exemplo, o Conselho da União Europeia, o Parlamento Europeu e o Tribunal de Justiça da União Europeia.

3.3 Portugal em tempos de União Europeia sob a categoria da Complexidade

Vem surgindo um novo parâmetro de liberdade, de segurança e de justiça na inclusão de matérias relativas à liberdade de circulação de pessoas. Esta liberdade de circulação de pessoas, num espaço supranacional do Direito da União Europeia, não só amplia a noção de direito, mas também de cidadão, e dá concretude a um espaço antes abstrato: o supranacional. É concreta a linha fronteira porque nela se constitui a reafirmação do princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade na adoção dos atos comunitários próprios, mesmo nas diferentes relações; na ampliação das matérias de competência comunitária; no direito a uma cidadania comunitária que inclui discutir acesso à saúde, ao trabalho e à segurança social. Tal fato interfere nas funções do Parlamento Europeu e do Tribunal de Justiça da União Europeia, inclui alto nível de emprego, de isonomia entre homens e mulheres e de proteção do meio

²¹³ JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes – A União Europeia e suas instituições. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 48, n. 192 (out. /dez. 2011), p. 21-30, p. 25.

ambiente entre as metas comunitárias. Considera a qualidade de vida e de cidadania garantida aos cidadãos comunitários, que transitam em espaços, agora seus, onde antes eram estrangeiros, visitando sem ser hóspedes lugares onde antes não passavam de estranhos. Essa nova configuração do cidadão é muito mais do que seria pensar a condição existente. É algo que ainda não tem nome.

Muito mais se pode tratar ao pensar sob o método da complexidade. O conceito torna a realidade supranacional concreta, tecida de cidadão transitando no plano exterior na condição de europeu e, mais que isso, na condição de ser gênero humano. Mais que um cidadão do plano nacional, na complexidade da União Europeia, o cidadão comunitário é visto a partir de seus direitos humanos fundamentais.

Essa complexidade abriga o que Luís Roberto Barrosos chama de Neoconstitucionalismo: um novo olhar sobre a interpretação do Direito, sob o prisma da priorização dos direitos humanos, cujas raízes estão nos direitos fundamentais expressos nas Cartas Políticas de cunho democrático. Reafirmando: o reconhecimento dos direitos humanos é, sem dúvida, uma marca forte dos sistemas legais contemporâneos. Tal característica é vislumbrada desde meados do século passado, onde se presenciou a imersão de uma cultura de direitos. Esse conceito é importante para pensar a relação complexa entre sistemas legais estaduais e supraestaduais nos sistemas legais (*vide* Capítulo 1.1.3).

No Século XIX, a tendência dominante quanto à descrição da interpretação legal era o formalismo legal. Isso, em síntese, poderia ser descrito como uma teoria que tenta reduzir a adjudicação do Direito à lógica dedutiva. No Século XX, no entanto, logo se percebeu que, para estabelecer os fatos em cada um dos casos, um juiz deveria resolver e determinar normas aplicáveis, exigindo a decisão entre várias alternativas que são, *prima facie*, formalmente corretas. Diante disso, Diogo de Figueiredo Mandara Neto entende que os juízes e os advogados são desafiados pela escolha das normas aplicáveis; do método ou métodos de interpretação com o qual aplicam as normas com previsão dos resultados. Essas escolhas determinam o critério pelo qual eles devem ser decididos.²¹⁴

Para Mariana Velozo Macedo as teorias legais no último século oscilaram ante a confusão prática entre descrição e irracionalidade e a negação prática de descrição ou

²¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.) – **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 16.

razoabilidade, no comparativo constitucional.²¹⁵ De acordo a máxima, todas e cada uma das decisões tomadas por um operador legal devem demonstrar superar o teste de razoabilidade. Isso significa que um operador legal é obrigado a dar razões e, em particular, justificar o motivo de escolher um caminho entre todas as alternativas que ele enfrenta.

O Estado democrático de Direito alcançou a modernização e a soberania, levando a população a outros patamares, dando a esta o poder de constituir seu país como participante ativo e legal das decisões normativas e políticas de uma nova organização política.

Acredita-se sim que a lei maior de um país não pode ficar imune às mudanças sociais, sob pena de não se adequar à realidade. O Estado que não observar essas mudanças terá, em suas estruturas, discrepâncias com a própria aplicação da Constituição. Devido a esses fatores, a rigidez nas constituições requer mecanismos de reforma neste instituto para que, dessa forma, encontrem possíveis soluções aos problemas decorrentes de sua aplicação. Eis mais uma responsabilidade legislativa do Estado: gerir o movimento do mundo por meio de seu Poder Legislativo (reafirma-se).

Esse é um desafio para o Direito administrativo, condicionante de grande parte das relações sociais e econômicas. É nesse sentido que a complexidade afeta o Direito administrativo, a partir do momento em que precisa se articular ao Direito da União Europeia. Modernamente se afigura tortuoso o estudo do Direito administrativo, à míngua de noções inerentes ao Direito comunitário. Sobre este cenário, surge um novo Direito administrativo português. Segundo Fausto de Quadros, o surgimento desse novo Direito administrativo português acontece por meio da interferência do Direito comunitário; pelo reforço do sistema nacional de proteção e de garantia dos direitos subjetivos e pela relação entre Direito administrativo europeu e Direito administrativo português, quando torna essencial o direito subjetivo. Para esse autor, o Direito administrativo e o Direito comunitário têm-se aprofundado e assumido novas formas, com consequências para ambos os sistemas jurídicos. Essa influência do Direito comunitário no Direito administrativo faz nascer o conceito de Direito administrativo comunitário ou Direito administrativo da União Europeia, ainda em formação, mas com novos e fascinantes desafios ao administrativista nos tempos atuais (ressalta-se).

Eis uma intrincada rede de relações jurídicas que pode ser analisada fio a fio sob outros olhares, por causa de sua natureza complexa de supra comunidade, o que é fundamental

²¹⁵ MACÊDO, Mariana Velozo – **A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado pelos Danos Ambientais**. 2015. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015, p. 34.

para se compreender a contextualização da responsabilidade estatal por omissão legislativa no panorama atual, de europeização e de pandemia do Coronavírus.

3.4 Panorâmica sobre a União Europeia e a Omissão Legislativa

Importa neste momento aprofundar a análise da relação entre a União Europeia (UE) e os Estados, além da importância da construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), decisivo para o desenvolvimento do Direito da União Europeia.

A União Europeia surgiu dos esforços de criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) em 1951 e da Comunidade Econômica Europeia (CEE), além da Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEA ou Euratom). A partir dessas comunidades e do desenvolvimento posterior de acordos, surgiu a União Europeia que passou a ser um exemplo de integração econômica e política. Ultrapassou a seara de trocas mercantis alcançando os direitos comunitários.

A definição dos objetivos da UE passou a reverter-se de um termo jurídico que possibilitou adequada visualização de suas competências: os imediatos promovem a integração econômica dos países e os mediatos tratam da integração política, traçando contornos das principais liberdades fundamentais, quais sejam, livre circulação de mercadorias, pessoas, estabelecimento, prestação de serviços, capitais e pagamentos.

Quanto ao princípio da liberdade, este é relativo à não discriminação, em razão de nacionalidade, e à igualdade de tratamento entre os países membros ou os agentes econômicos privados. Além disso, a ordem jurídica constitucional da UE está profundamente marcada pelos princípios da autonomia, da aplicabilidade direta, da primazia da norma comunitária sobre a nacional de um estado-membro.

Aos tribunais nacionais cabe a competência de interpretar e aplicar o Direito da União Europeia. Entretanto, foi criada uma jurisdição especializada, o Tribunal de Justiça da União Europeia, TJUE. Em 01 dez. 2009, com a vigência do Tratado de Lisboa, o seu nome mudou de Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para Tribunal de Justiça da União Europeia. Exerce jurisdição voluntária, quando solicitado a fornecer correta interpretação do Direito da União Europeia. Exerce jurisdição contenciosa, quando chamado a julgar ação por descumprimento de obrigações do Direito comunitário por algum país-membro.

Em relação às omissões legislativas que não deem cumprimento a normas de Direito da União Europeia, como se disse, geram obrigação de indenizar. Essa ausência enseja que os particulares possam ver ressarcidos os prejuízos que advenham da não transposição

tempestiva e completa de diretivas da União Europeia. Em Portugal, tal transposição tem de ser feita, por ato legislativo, desde 2004, por força do Artigo 112º, Inciso VIII, da Constituição.

O Artigo 8º da Constituição da República Portuguesa, dispositivo que trata do Direito internacional, determina que as normas internacionais advindas de convenções internacionais, se estiverem devidamente ratificadas, vigoram como norma interna. Se a União Europeia emanar um dispositivo legal, este será aplicável na ordem interna. Nesse contexto, se houver omissão legislativa interna, no âmbito dos estados-membros, poderá a norma internacional ser aplicada no ressarcimento de algum prejuízo decorrente dessa omissão.

A título de informação, na legislação brasileira, os casos de omissão legislativa, nos quais a ausência de lei regulamentadora faça com que algum dispositivo presente na Constituição fique sem produzir efeitos, enseja ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI), e os mandados de injunção (MI).

Segundo o Artigo 5º, Inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, cabe mandado de injunção sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania). Cuida-se de uma garantia constitucional brasileira que pode ser impetrada por particulares, desde que seja comprovada a falta da norma reguladora. O MI se ajusta contra norma que comprometa o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. É ajuizado contra o Estado que provocou a ofensa a tais direitos, por inércia. O MI aplica-se a um caso concreto/individual, ao passo que a ADI por omissão possui um aspecto amplo e geral, mesmo porque integra o sistema do controle de constitucionalidade difuso.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão pode ser ajuizada quando, diante da eficácia limitada de uma norma constitucional, o poder público não regulamenta essa norma, ou seja, é omissa em relação a essa regra. É de competência do Supremo Tribunal Federal.

Em Portugal, no que tange à responsabilidade estatal, o particular pode intentar uma ação de responsabilidade por violação do Direito da União Europeia nos tribunais administrativos. Procedimentalmente, deve o processo seguir os trâmites do Código de Processo nos tribunais administrativos (forma). Substantivamente, aplica-se o regime definido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, afastando-se o Direito nacional por força do primado do Direito da União Europeia (fundo).

Para se construir entendimento de que o Estado pode ser responsabilizado por omissão, em relação a Direito comunitário, rememore-se a tese que pontuou o Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Andréa Francovich*. Fausto de Quadros classifica como audaz o acórdão proferido no caso *Francovich*.

Ele não só vem reacender, em novos moldes, a sempre apaixonante polémica acerca das relações de supremacia do Direito da União Europeia sobre os direitos nacionais, como lança os fundamentos de um novo e ambicioso Direito administrativo comunitário da responsabilidade extracontratual. Tal significa um Direito comum da responsabilidade extracontratual da Administração pública definido pela União Europeia. Seria um ato de levandade, nos diversos estados-membros, o legislador, a doutrina e a jurisprudência, ao refletirem sobre a responsabilidade extracontratual da Administração pública, ignorarem ou subestimarem o alcance da jurisprudência comunitária após o Acórdão *Francovich*²¹⁶ (*vide* Capítulo n. 3.5).

Maria José Rangel de Mesquita diz que o princípio da responsabilidade dos estados-membros por incumprimento do Direito da União Europeia não nasceu com os tratados das Comunidades Europeias, mas surgiu da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a fim de não deixar sem tutela os direitos que os particulares (cidadãos ou pessoas coletivas) possam retirar do Direito comunitário em caso de incumprimento estadual.²¹⁷ Na mesma linha, especialmente na doutrina portuguesa, regista-se aqui Maria Luísa Duarte, Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro, Fausto de Quadros, Ana Maria Guerra Martins, Alessandra Silveira, Luísa Verdelho Alves, Pedro Cabral e Mariana Cima Chaves.²¹⁸

²¹⁶ QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra – **Contencioso da União Europeia**. 2.^a ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2007, p. 36.

²¹⁷ MESQUITA, Maria José Rangel de – **O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 33.

²¹⁸ DUARTE, Maria Luísa – **A Cidadania da União e a responsabilidade dos Estados por violação do Direito comunitário**, Lisboa: Lex, 1994, p. 53; RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado – **Da Responsabilidade do Estado pela Violação do Direito Comunitário**. Coimbra: Almedina, 1996; *id.* – RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado – O regime da responsabilidade civil extracontratual dos estados-membros, pela violação do Direito comunitário. Delineamento e aperfeiçoamento progressivo. **Temas de integração**. Coimbra: Almedina, 2000. Vol. 5, n. 9, p. 67-89; QUADROS, Fausto de – Introdução. In QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra – *op. cit.*, p. 31-36; QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra – *op. cit.*, p. 280-281; MARTINS, Ana Maria Guerra – **Curso de Direito Constitucional da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 433-453; CABRAL, Pedro; CHAVES Mariana Cima – A Responsabilidade por actos jurisdicionais em Direito comunitário. **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 66, vol. 2 (set. 2006), p. 765-790; ALVES, Luísa Verdelho – Tutela ressarcitória e outras respostas do sistema de justiça da Comunidade Europeia perante o incumprimento dos Estados. **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**. N. 12 (2007), p. 137-163; e SILVEIRA, Alessandra – A responsabilidade do Estado – juiz por violação do Direito da União Europeia à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça. **Scientia Iuridica**. Tomo LVII, n. 315 (2008), p. 427-452, p. 427.

Com efeito, o princípio comunitário da responsabilidade dos estados-membros por incumprimento do Direito da União Europeia e os respectivos requisitos surgem, efetiva e sistematicamente, com a jurisprudência Francovich, o qual restou objeto de desenvolvimento em arestos posteriores do TJUE. Nasceu para não deixar sem tutela os particulares em caso de incumprimento por não transposição atempada de uma diretiva comunitária.

3.5 Consequências da Omissão Legislativa no Direito da União Europeia e Acórdão Francovich

Os avanços tecnológicos ocorridos no final do Século XX e o desenvolvimento da comunicação promoveram profundas mudanças nas relações internacionais. Esses avanços facilitaram o intercâmbio entre os diversos pontos do globo terrestre, não importando a distância entre eles.

Diante disso, considerado o objeto de pesquisa, leva-se em consideração o princípio da responsabilidade dos estados-membros por incumprimento do Direito comunitário, que se robusteceu com a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – TJCE (atualmente, denominado Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE).

O processo Francovich se originou de um prejuízo causado a alguns assalariados, haja vista a não transposição, pela República Italiana, da Diretiva n. 80/987 do Conselho, de 20 out. 1980, relativa à aproximação das legislações dos estados-membros respeitantes à proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador. Tal diretiva assegura aos trabalhadores assalariados um mínimo comunitário de proteção em caso de insolvência do empregador. Prevê garantias específicas para o pagamento de créditos em dívida respeitantes as remunerações.

Entretanto, é anterior ao caso Francovich, ainda na década de setenta, o fato de o Tribunal atestar que não ignora a responsabilidade do Estado por incumprimento, quando já demonstrava o interesse material em estabelecer as bases de uma responsabilidade em que um Estado pode incorrer, em caso de incumprimento para com outros estados-membros, comunidade ou particulares. Tal foi reiterado em jurisprudência posterior.²¹⁹

Maria José Rangel de Mesquita também aponta que, muito antes do caso Francovich, ainda na década de setenta, o Tribunal de Justiça não ignorou a questão da responsabilidade do Estado por incumprimento. Diz que o princípio da responsabilidade do

²¹⁹ TJUE. Tribunal de Justiça da União Europeia – **Colectânea da Jurisprudência 1998**. Acórdão de 24 set. 1998. Processo C-76/97. Walter Togel. Luxemburgo: TJUE, 24 set. 1998, p. I-5357-I-5409.

Estado por incumprimento é um instrumento fundamental de legalidade no sistema jurídico comunitário à disposição de empresas e cidadãos lesados, os quais podem desempenhar um papel fundamental na vigilância do respeito ao Direito comunitário por parte dos países membros. Assim, o princípio da responsabilidade dos estados-membros por incumprimento é um princípio de índole comunitária. Faz parte do acervo comunitário e deve ser cumprido pelas nações integrantes, sob pena de violação dos princípios da lealdade comunitária e do primado.²²⁰

Naquela medida, o princípio da responsabilidade do Estado por incumprimento é, sem dúvida, um instrumento fundamental de legalidade na ordem jurídica para a comunidade. Produz garantias aos cidadãos e empresas lesadas, no que diz respeito ao Direito comunitário por parte dos estados-membros. Se desrespeitado por um dos país integrantes, violado estará o princípio da lealdade comunitária e do primado.

Pelo Acórdão Francovich, o TJCE afirmou o referido princípio inerente ao sistema do tratado e o direito à reparação como fundamento inerente ao Direito da União Europeia. Além disso, o Tribunal elencou requisitos da responsabilidade do estado-membro por incumprimento. Argumentou que o resultado prescrito pela diretiva precisa atribuir direitos aos particulares; que o conteúdo destes direitos precisa ser a base das disposições da diretiva e que se exige um nexo de causalidade entre a violação da obrigação por parte do Estado e o dano sofrido pelas pessoas lesadas.

Em julgado posterior, o Tribunal considerou que a responsabilidade não deve ser apreciada em condições diferentes das que regem a responsabilidade dos órgãos comunitários, havendo direito à reparação dos danos resultantes do incumprimento estadual, nas seguintes hipóteses: garantia de direito aos particulares; violação da regra de Direito comunitário; caracterização concreta e suficiente da violação; além de nexo de causalidade direto entre tal violação e o prejuízo sofrido pelos particulares (violação grave e manifesta).

O carácter comunitário desse princípio tem, de igual modo, reflexos a nível do regime material e processual nacional, se presente a responsabilidade civil extracontratual do Estado. Não só este regime não pode contrariar o disposto pela Ordem Jurídica comunitária, como também os estados-membros não podem tornar impossível ou excessivamente difícil a efetivação desse direito, sendo os tribunais locais competentes para aferir tal responsabilidade

²²⁰ MESQUITA, Maria José Rangel de – **O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 9789724037608, p. 35.

dos respectivos estados-membros, enquanto tribunais comuns de aplicação do Direito da União Europeia.

Com efeito, o TJCE, no Acórdão Francovich, afirma que, na ausência de regulamentação comunitária, é na seara do Direito nacional da responsabilidade que incumbe ao Estado reparar as consequências do prejuízo causado; que é à ordem jurídica interna de cada estado-membro que cabe designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a assegurar a proteção plena dos direitos que os particulares retiram do Direito comunitário; que, porém, as condições fixadas pela legislação nacional não podem ser menos favoráveis do que as respeitantes as reclamações semelhantes de natureza interna; que não podem ser adaptadas de modo a tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação; e que devem ser respeitados os princípios da equivalência da proteção jurisdicional e da efetividade mínima. Veja-se que a liberdade do legislador nacional é conformada a partir da Ordem Jurídica comunitária.

Se, no caso Francovich, há responsabilidade de um estado-membro por incumprimento de diretiva comunitária, a jurisprudência do TJCE teve também oportunidade de apreciar a questão da responsabilidade dos países membros por incumprimento imputável às demais funções do Estado. Com efeito, o Tribunal afirma claramente que a responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares se refere a qualquer hipótese de violação do Direito comunitário cometida por um estado-membro, independentemente do órgão deste último, cuja ação ou omissão tenha dado origem ao descumprimento.

Portugal e qualquer outro país membro da União Europeia está obrigado à aplicação do princípio comunitário da responsabilidade civil extracontratual por incumprimento, sempre que ocorrer descumprimento estadual e que preenchidos os requisitos cumulativos fixados pela jurisprudência.²²¹ É isso uma efetiva responsabilidade do Estado português por incumprimento do Direito da União Europeia, antes mesmo da entrada em vigor da nova Lei n. 67/2007, em Portugal (2007). Tal concretiza o princípio comunitário da responsabilidade civil por incumprimento, bem assim o modo como os tribunais nacionais aplicam os requisitos comunitários no que tange a responsabilidade estatal.

²²¹ MESQUITA, Maria José Rangel de – Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico constitucional vigente. In QUADROS, Fausto de (Coord.) – **Responsabilidade civil extracontratual da Administração pública**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 39-134.

Acredita-se que esse seja um reflexo da mundialização de bens e serviços, o qual enfraqueceu as fronteiras territoriais, gerou mercados regionais e provocou o crescimento considerável dos processos em que se percebeu a atuação do Direito da União Europeia.

Sobre isso, Anthony Giddens argumenta que a globalização não é apenas estreitamento dos laços entre os países.²²² Muito mais, é a gênese de uma sociedade civil global, que ultrapassa as barreiras geográficas. E, mais do que ultrapassar fronteiras, a globalização trouxe consequências também para o Direito. Este, no cenário global, passa a ser visto como um pluralismo jurídico. Não pode mais ser visto como uma unidade, um sistema lógico e hierarquicamente organizado. A tendência do Direito da União Europeia é a integração jurídica, cada vez maior, dos Estados envolvidos.

Dessa forma, explica Gilmar Mendes que o pluralismo jurídico deve ser percebido como uma forma mais abrangente. Não só envolve os sistemas jurídicos dos estados-membros da integração, mas também os sistemas jurídicos não membros, a exemplo da nova *Lex mercatoria*, constituída por meio da atuação dos tribunais arbitrais internacionais, que visam retirar dos próprios contratos internacionais os discernimentos para a verificação de sua validade.²²³

Para Mendes, na espécie, esta situação gera problemas substanciais, pois, na União Europeia, o Direito comunitário se sobrepõe ao direito dos estados-membros.²²⁴ Nesse caso, há de se considerar duas situações distintas. Se, por um lado, o conflito reside no Tribunal de Justiça da União Europeia, não haverá dúvida de que, nas questões controversas entre o Direito interno e o Direito europeu, o último deva prevalecer. Caso, por outro lado, a controvérsia repouse sobre o Tribunal Constitucional de um dos estados-membros, deverá prevalecer a norma interna, mas somente observando determinadas condições pelo Direito constitucional interno.

Ora, a ordem jurídica internacional, globalizada, tem suas raízes em tratados internacionais que geraram submissão do Direito interno em relação ao Direito da União Europeia. Para Mário Lúcio Quintão Soares é perceptível a prioridade do Direito comunitário sobre o Direito interno, resultado de um processo de integração no qual os estados-membros permanecem com sua soberania, porém limitada e partilhada.²²⁵

²²² GIDDENS, Anthony – **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Presença, 2000, p. 251.

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 22.

²²⁴ *Ibid.*, p. 887.

²²⁵ SOARES, Mário Lúcio Quintão – **Direitos Humanos, Globalização e Soberania**. Belo Horizonte: Inédita,

Laura Dromi San Martino distingue a comunidade internacional clássica, constituída por estados soberanos, sem normas comunitárias e nem supranacionalidade, do modelo comunitário, pelo qual os países compartilham sua soberania, ao assegurarem o processo de integração da ordem jurídica comunitária e o poder supranacional.²²⁶

Ainda Mário Lúcio Quintão Soares afirma que o Direito comunitário se origina desse modelo de articulação entre os estados-membros, as pessoas físicas e as jurídicas no âmbito de cada Estado.²²⁷

O Direito comunitário surge no pós-guerra. Denominou-se de fenômeno da comunitarização (atualmente: europeização). Mário Lúcio Quintão Soares explica que se trata de uma transferência de competência política comunitária que ocorreu gradativamente, consubstanciada com os objetivos da União Europeia e submetida ao marco governamental para o âmbito dos tratados comunitários e de seus procedimentos. Sabe-se que a gênese do Direito comunitário está pautada na cooperação entre os povos, mais especificamente na necessidade de ajuda mútua entre os Estados europeus. Deu-se, nesse caso, a criação de um espaço europeu de cooperação que surgiu de forma paulatina, tendo como finalidade alcançar interesses delimitados para a obtenção de vantagens para o Estado de se associar, tendo-se objetivos em comum.²²⁸

O Direito da União Europeia é composto pelo conjunto de normas jurídicas que regulam e disciplinam a organização e o funcionamento da União Europeia. A estrutura normativa do Direito comunitário é marcada pela troca de sujeitos de Direito internacional. Há uma substituição quando se trata de assuntos comunitários. Tais assuntos devem ser resolvidos por órgãos comunitários, nos limites das competências outorgadas.

O que se percebe é a transparente relação cooperação jurídica entre os Estados europeus e o Direito da União Europeia. A instrumentalização do Direito comunitário decorreu de tratados específicos, denominados tratados comunitários. Estes não devem ser confundidos com tratados internacionais convencionais. Os tratados comunitários tem por finalidade o estabelecimento de uma nova ordem jurídica, autônoma, cujo objetivo específico é a aplicabilidade imediata.

1997, p. 55.

²²⁶ SAN MARTINO, Laura Dromi – **Derecho Constitucional de la Integración**. Buenos Aires: Ciudad Argentina; Madrid: Marcial Pons Servicio de Publicaciones, 2002, p. 42.

²²⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão – *op. cit.*, p. 288.

²²⁸ *Ibid.*, p. 300.

O Direito comunitário é um desdobramento do Direito internacional. Contudo, não é um Direito público. Possui um caráter supranacional, e, portanto, sua natureza é público-privada. Em linhas gerais, o Direito da União Europeia é marcado pela transferência de soberania do âmbito interno para os órgãos comunitários, onde normas comunitárias substituem as internas nos limites de suas competências.

O processo comunitário ainda está em discussões entre os muitos grupos de integração que vêm surgindo, no sentido de galgar a esfera comunitária e instituir um modelo Estrutural de Direito comunitário. Isso em decorrência do fato de, no campo das relações internacionais, não ser simples instituir normas com a mesma precisão do Direito interno, onde o poder emana de um único ente. Já no campo internacional, como aponta Friedrich Müller, há soberanias iguais de todos os estados-membros para decidirem em seu território.²²⁹ Assim não existe imposição, nem domínio, nem subordinação de um país sobre o outro.

Ainda segundo Müller essa distinção ou separação (ou mesmo autonomia) tem sido mitigada após a consolidação do Federalismo dos Estados na Comunidade Europeia,²³⁰ apesar de haver certa intransigência em se submeter, por parte da sociedade internacional, às decisões que não são tomadas por seus respectivos governos. Atualmente, o Estado tem aderido com menos dificuldade à criação normativa derivada do órgão responsável por tal atividade, ainda que a norma produzida seja contrária àquela em que foi instituída internamente. Porém, a chama da democracia plena permanece acesa. Prova disso foi o movimento político de saída do Reino Unido da União Europeia, conhecido como *brexít* (*'Britihs'* mais *'exit'*). Tal restou concretizado em 2020.

De qualquer forma, para que haja aceitação unânime e igualitária por parte dos estados-membros, a concretização e o desenvolvimento do Direito comunitário precisam ser compostos por um conjunto de normas jurídicas que disciplinam a forma e o funcionamento das unidades participantes. Por um lado, existem as regras jurídicas que regem e disciplinam as relações entre a União Europeia e as Comunidades Europeias com os respectivos estados-membros; por outro, as regras jurídicas que regem e disciplinam em variados domínios as relações entre cidadãos, empresas, estados-membros, União Europeia e Comunidades europeias. Ainda: as regras jurídicas que instituem a existência das instituições da União Europeia e das Comunidades europeias, como forma de composição, competências,

²²⁹ MÜLLER, Friedrich – **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 2.^a ed., rev. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 232.

²³⁰ *Ibid.*, p. 3237.

funcionamento e relacionamento interinstitucional. E mais: as normas jurídicas que fixam a forma de recurso e tramitação ante as instâncias jurisdicionais da União Europeia e das Comunidades europeias.

Vale destacar que o Direito da União Europeia garante expressamente as liberdades individuais dos cidadãos europeus, especialmente no que tange aos direitos fundamentais. Assim, os Chefes de Estado e de Governo dos estados-membros passaram a perceber a relevância do significado jurídico-político enquanto reconhecimento universal dos direitos fundamentais em nível da Comunidade. Contudo, a vanguarda da inserção e da aceitação prática dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico comunitário foi assegurada por jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Após tal situação, o TJUE passou a fixar regras que pudessem resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos, proibindo discriminações em razão da nacionalidade (Artigo 12º do Tratado UE), ou ainda discriminação referente a raça, sexo, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual (Artigo 13º do Tratado UE), livre circulação dos trabalhadores (Artigo 39º do Tratado UE). Enfim, a partir do reconhecimento de que as garantias fundamentais estavam estabelecidas no Direito da União Europeia, verificou-se que o TJUE integrou à categoria do Direito comunitário uma série de liberdades previstas nos Direitos humanos.

Assim, o Direito da União Europeia vem consagrando um vultoso número de princípios do Estado de direito relacionados com os direitos fundamentais, e isso se deve à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Um dos princípios que possuem maior aplicabilidade é o da proporcionalidade. Estabelece que se esteja atento aos bens e interesses envolvidos, abrangendo elementos de adequação e necessidade da causa em questão. Vale expor também que nos direitos fundamentais também estão inclusos os princípios do direito administrativo e das garantias processuais dos administrados (*due process*). O direito de ação judicial encontra-se consubstanciado tanto nos procedimentos administrativos da Comissão Europeia como na possibilidade de recorrer ao Tribunal de Justiça.

Embora ainda haja o reconhecimento pelo TJUE da definição dos direitos fundamentais, é imperioso constatar que este processo em que se determinam os direitos fundamentais europeus de qualquer cidadão europeu (ou qualquer pessoa coletiva estabelecida num estado-membro) apresenta uma lacuna: o tribunal há de levar em consideração somente os casos em concreto. E nisso surge a omissão do Estado.

Com efeito, o Estado necessitou criar novos mecanismos para auxiliar e aproximar a comunidade, mediante a ampliação de suas funções. Criou-se novos axiomas, como o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade nas escolhas públicas, além da flexibilização do mérito administrativo. Nesse cenário, passou-se também a observar, nos países integrantes da União Europeia, maior peso na atividade da Administração e nos institutos do Direito administrativo.

Mediante tais regras de conduta instituída aos estados-membros, verifica-se que estas estão atreladas ao Direito administrativo, uma vez que as atividades inerentes e as relações admitidas entre os estados-membros são de natureza público-privada. Neste contexto, à medida que as funções do Estado se ampliam, aumentam também as atividades da Administração pública. O que se tem atualmente são atuações gigantescas dos países da União Europeia, como em Portugal.

O Direito administrativo se verifica como fator condicionante de grande parte das relações sociais e econômicas. Faz-se assim uma conexão entre o Direito administrativo e o Direito da União Europeia. Modernamente se afigura tortuoso o estudo do Direito administrativo, à míngua de noções inerentes ao Direito comunitário. Sob este cenário surge um novo Direito administrativo português.

Fausto de Quadros argumenta sobre os motivos do surgimento desse novo Direito. O Direito administrativo português se faz novo pela interferência do Direito comunitário; pelo reforço do sistema nacional de proteção e de garantia dos direitos subjetivos; e pela relação entre Direito administrativo europeu e português.²³¹

Por inevitável, para Quadros, o Direito administrativo e o Direito da União Europeia têm-se aprofundado e assumido novas formas, com consequências para ambos os sistemas jurídicos. Essa influência do Direito comunitário no Direito administrativo faz nascer o conceito de Direito administrativo comunitário ou Direito administrativo da União Europeia, ainda em formação, mas com desafios ao administrativista nos tempos atuais.²³²

Diante de um contexto globalizado, surge um novo Direito administrativo português imbricado ao Direito da União Europeia. Esse novel Direito reforça o sistema nacional de proteção e de garantia dos direitos subjetivos dos particulares. Amplia o direito dos particulares ao Judiciário, razão pela qual as noções de Estado de Direito e de direitos

²³¹ QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra – **Contencioso da União Europeia**. 2.^a ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2007, p. 74.

²³² *Ibid.*, p. 78.

fundamentais dos cidadãos ficam reforçadas nesta realidade. Essa realidade comunitária conduz o Direito administrativo português a fazer do direito fundamental seu centro.

Por todos esses motivos, a europeização do Direito administrativo português tem impulsionado a modernização do sistema administrativo português na sua estrutura interna, rumo à uma nova dimensão, haja vista o Direito da União Europeia. Tem sido reelaborado em seus dogmas, o que exige atenção dos operadores do Direito. Isabel Celeste M. Fonseca chega a falar em *ius commune* europeu, além da europeização do Direito administrativo.²³³

É inegável que novas organizações sociais teriam que ser ressignificadas e é, nesse sentido, que o Direito administrativo e o Direito da União Europeia passam a se constituir de novas formas, com base em outros princípios de uma comunidade complexa.

É nesse contexto de progressão e mudança das relações mundializadas, ou seja, no contexto do Direito da União Europeia e não no Direito nacional, que reside o fundamento do dever do Estado de indenizar os prejuízos por ele causados pelas suas infrações, pelas quais são definidas as condições da responsabilidade do Estado pela violação do Direito comunitário. Os estados-membros ficam com um papel meramente residual: indicar os meios processuais adequados para a efetivação da responsabilidade e o tribunal competente. Mesmo assim, isso só acontece na ausência de regulamentação comunitária, *ex vi* dos seguintes precedentes portugueses que apresentam argumentos reveladores da integração do Direito da União Europeia e do Direito administrativo, com foco na omissão legislativa do Estado.

A situação aponta o caso em que os filhos de R.F (falecida em 24 de maio de 1988), herdeiros únicos e universais, pedem que Portugal seja declarado responsável pela omissão da transposição da Directiva 84/5/CEE, de 30 de dezembro de 1983, e também que seja condenado a pagar aos autores quantia de € 73.378,91, acrescida de juros até ao integral pagamento resultante do prejuízo sofrido pela não transposição da diretiva. A decisão do STJ, colhida na Coletânea de jurisprudência TJUE, I-5357, n. 36, de relatoria do Eminentíssimo Fonseca Ramos, trata de responsabilidade civil do Estado, Direito comunitário, transposição de diretiva comunitária, e omissão como acidente de viação. Diz que os países-membros estão compelidos a reparar os danos causados às partes pela violação do Direito comunitário; que essa ofensa pode resultar da não aplicação no sistema jurídico interno das normas e dos princípios comunitários, por omissão (ou quando ofendidos arestos do TJUE); que a responsabilidade do

²³³ FONSECA, Isabel Celeste M. **Processo Temporalmente Justo e Urgência – contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa**. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 211.

Estado resulta de um comportamento omissivo violador do Tratado; que a omissão é ético e juridicamente censurável; que a mãe dos autores faleceu em consequência das lesões sofridas no acidente de viação constante da ação ordinária n. 104/99; que correu os seus termos pelo Tribunal de Círculo de Vila do Conde; que incide, no caso, a responsabilidade pelo risco; e que a aludida diretiva comunitária é diretamente aplicável à ordem jurídica portuguesa.

Vale destacar que já é abundante a jurisprudência, em matéria de Direito, quanto a indenização pelos prejuízos sofridos pelos particulares, em consequência de violações do Direito comunitário imputáveis a um estado-membro. O julgado Francovich, de 19 nov. 1991, publicado na Coletânea de jurisprudência TJUE, I-5357, n. 36, é emblemático. Entretanto, não resolveu completamente as dúvidas que o assunto suscitava, o que se deu por meio do Acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame*.²³⁴

A ação discutiu prejuízos causados a particulares decorrentes de violações do Artigo 28º UE pela Lei do imposto sobre a cerveja alemã, bem assim dos Artigos 43º UE e 294º UE, por uma lei britânica, de 1988, sobre a Marinha Mercante. A *Brasserie du pêcheur*, sociedade francesa, foi obrigada a interromper as suas exportações de cerveja para a Alemanha, pois as autoridades alemãs consideraram que a cerveja que fabricava não estava em conformidade com a lei da pureza alemã, de 1952, alterada em 1976. Por outro lado, a sociedade *Factortame*, de direito britânico, viu-se impedida de desenvolver a sua atividade, por causa do *Merchant Shipping Act*, de 1988. Esta lei britânica sobre a Marinha Mercante previa a criação de um novo registo para os navios de pesca britânicos, que passou a sujeitar a matrícula a determinadas condições de nacionalidade, residência e domicílio dos proprietários.

Na oportunidade, o TJUE aduziu que o princípio conforme o qual os países-membros são obrigados a reparar o prejuízo causado ao particular em função da violação do Direito da União Europeia deve ser aplicado quando o incumprimento seja atribuído ao legislador nacional; que, quando uma ofensa ao Direito comunitário por um país-membro é imputável ao legislador nacional, os indivíduos lesados têm direito à reparação, desde que presentes as exigências para tanto: regra comunitária violada, dano, além de nexo de causalidade direto entre a violação e o prejuízo sofrido pelos particulares; que as condições estabelecidas pela legislação nacional não podem ser menos favoráveis; que o órgão jurisdicional nacional não pode, no âmbito da legislação local aplicada, vincular a reparação do

²³⁴ TJUE. Tribunal de Justiça da União Europeia – **Coletânea da Jurisprudência 1996**. Acórdão de 5 mar. 1996. *Brasserie du Pêcheur e Factortame*. Processos apensos C-46/93 e C-48/93. Luxemburgo: TJUE, 5 mar. 1996, p. I-1029-I-1163.

prejuízo à existência de negligência ou dolo por parte do órgão estadual a quem o incumprimento é imputável, para além da violação suficientemente caracterizada do Direito comunitário; que a reparação, pelos países membros, dos prejuízos que causaram aos particulares em virtude das violações do Direito comunitário deve ser adequada ao dano sofrido; que uma regulamentação local, ao limitar o prejuízo reparável com exclusão do lucro cessante dos indivíduos, viola o Direito comunitário; que a obrigação dos países membros de repararem os prejuízos causados aos particulares pelas violações do Direito da União Europeia não pode ficar limitada aos danos sofridos após a prolação de um acórdão do TJUE em que se declara o incumprimento imputado; que, em algumas ordens jurídicas internas, o regime jurídico da responsabilidade do Estado foi determinantemente estabelecido pela jurisprudência, como na Irlanda e na França; e que, na falta de disposições comunitárias expressas, a questão é de interpretação do Tratado UE (Artigo 220º).

Para Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro, o Acórdão Francovich traz o reforço às garantias contenciosas dos particulares, sob uma proteção efetiva e eficaz. Representa o desfecho natural de uma jurisprudência que vinha sendo trabalhada pelo TJUE, desde 1960.²³⁵ Anteriormente, o TJUE já consagrava o princípio da responsabilidade do Estado, porém, de maneira pouco explícita, fundamentou-o no Direito da União Europeia. Nada, porém, como o caso Francovich, em que foram submetidas ao TJUE questões interpretativas de dispositivos, bem assim desdobramentos do Tratado da Comunidade, respeitantes à proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência dos empregadores. A Itália, que não honrou tal obrigação, teve seu descumprimento formalmente declarado. O Sr. Andréa Francovich, que trabalhara para a empresa CDN Eletrônica SnC e não percebera remuneração legalmente adequada, ajuizou a ação correspondente e obteve êxito.

Como bem pontua Jorge Pereira da Silva, o projeto originário da Lei n. 67/2007 previa expressamente a responsabilidade estatal por não concretização de normas de direito da União Europeia, o que foi alvo de veto presidencial. Isso significa que os parâmetros de efetivação dessa responsabilidade devem continuar a ser os estabelecidos pela célebre decisão Francovich. O legislador tentou eximir-se, portanto, de uma importante parcela de responsabilidade. Debalde. A matriz constitucional da responsabilidade civil estatal é autoaplicável e exequível por si mesma (CP, Artigo 22º).²³⁶

²³⁵ RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado – **Da Responsabilidade do Estado pela Violação do Direito Comunitário**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 43.

²³⁶ MEDEIROS, Rui (Org.) – **Comentários ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas**. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p. 412.

A ausência de referência expressa à responsabilidade do Estado legislador, por falta de transposição (ou da execução) do Direito da União Europeia, agride o Sistema Jurídico Comunitário. Não obstante a lacuna legal, o Estado é responsável não apenas pela ação, mas também pela omissão de Direito da União Europeia imputável à função político-legislativa, com esteio no próprio Direito comunitário.

Carlos Alberto Fernandes Cadilha afirma, porém, existir sim previsão legal portuguesa para a responsabilização estatal pela ausência de transposição do Direito comunitário. Diz que a não transposição de diretiva (ou a sua transposição deficiente ou incompleta) equivale a uma situação de incumprimento, a qual se amolda ao Artigo 15º, n. 1, da Lei n. 67/2007.

Data venia, tal não procede, justamente, porque o próprio Estado legislador não incluiu, deliberadamente, tal previsão legal no ordenamento português. Destaca-se que o Artigo 15º, n. 3, da Proposta de Lei n. 56/X, que originou o Decreto da Assembleia 150/X, previa textualmente a responsabilidade civil estatal por omissão legislativa do Direito comunitário, porém, o veto do Poder Executivo ao dispositivo restou mantido pelo Legislativo, eliminando referida previsão do texto final do RRCEEP.

Concordamos, assim, com Luís Cabral de Moncada ao defender que, sem dúvida, o RRCEEP pretendeu evitar que o Estado português pague indenizações por omissão das leis necessárias para tornar exequíveis as normas europeias, caso em que o cidadão nacional, para obter adequada tutela jurisdicional, há de recorrer ao Direito europeu.²³⁷

Foi essencial este aporte para a compreensão da responsabilidade extracontratual civil por omissão do estado-membro, decorrente da não adaptação da realidade jurídica interna aos desígnios das diretrizes ditadas por pactos e tratados internacionais. Circunstancialmente, se, na ordem internacional, o Estado se comprometer a viabilizar direitos a seus cidadãos, sobretudo mediante posturas e providências legislativas e administrativas – e não o fizer segundo o compromisso empenhado – atrairá a pecha da omissão. Poderá ser civilmente responsabilizado pelos danos patrimoniais a que der causa.

A realidade da omissão legislativa no contexto europeu é interessante porque se costuma estudar o fenômeno da responsabilidade por omissão estatal no plano interno, calcado

²³⁷ MONCADA, Luís Cabral de – A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. In MIRANDA, Jorge (Coord.). – **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. Vol. 2, p. 9-82, p. 43-44.

na relação Estado/cidadão e não nas redimensões ora descortinadas entre Estado versus ente comunitário versus ente comunitário/cidadão.

3.6 A Responsabilidade Estatal por Omissão Legislativa de Direito da União Europeia, com enfoque na jurisprudência do TJUE

É cabível ação civil indenizatória por omissão estatal legislativa que não dê cumprimento à norma do Direito da União Europeia.

Os particulares podem ser ressarcidos pelos prejuízos que advenham, por exemplo, da não transposição tempestiva e completa de diretivas da União Europeia, o que, em Portugal, há de ser procedida por ato legislativo desde 2004, *ex vi* do Artigo 11º, Inciso VIII, da Constituição da República.

Significa que o particular lesado tem direito de promover uma ação de responsabilidade por violação do Direito comunitário nos tribunais administrativos portugueses, que são aqueles competentes para a matéria.

No campo processual, referido processo segue os trâmites do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Já em sede material, aplica-se o regime jurisprudencial definido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em detrimento do Direito nacional, tendo em vista o primado do Direito da União Europeias.

Os parâmetros de efetivação da responsabilidade estatal por olvidar o Direito comunitário continuam os estabelecidos pela decisão Francovich, a qual tem sido ratificada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.²³⁸ O aresto Francovich firmou que o

²³⁸ Exemplos de jurisprudência posterior: TJUE. Tribunal de Justiça da União Europeia – **Colectânea da Jurisprudência 1996**. Acórdão de 5 mar. 1996. *Brasserie du Pêcheur e Factortame*. Processos apensos C-46/93 e C-48/93. Luxemburgo: TJUE, 5 mar. 1996, p. I-1029-I-1163; *ibid.* Acórdão de 7 mar. 1996. *El Corte Inglés SA*. Processo C-192/94. Luxemburgo: TJUE, 7 mar. 1996, p. I-1281-I-1306; *ibid.* Acórdão de 26 mar. 1996. *British Telecommunications*. Processo C-392/93. Luxemburgo: TJUE, 26 mar. 1996, p. I-1631-I-1671; *ibid.* Acórdão de 23 maio 1996. *Hedley Lomas*. Processo C-5/94. Luxemburgo: TJUE, 23 maio 1996, p. I-2553-I-2616; *ibid.* Acórdão de 8 out. 1996. *Dillenkofer e o.* Processos apensos C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. Luxemburgo: TJUE, 8 out. 1996, p. I-4845-I-4896; *ibid.* Acórdão de 17 out. 1996. *Denkavit*. Processos apensos C-283/94, C-291/94 e C-292/94. Luxemburgo: TJUE, 8 out. 1996, 17 out. 1996, p. I-5063-I-5104; *id.* – **Colectânea da Jurisprudência 1997**. Acórdão de 14 jan. 1997. *Comateb*. Processos apensos C-192/95 a C-218/95. Luxemburgo: TJUE, 14 jan. 1997, p. I-165-I-194; *ibid.* Acórdão de 22 abr. 1997. *Eunice Sutton*. Processo C-66/95. Luxemburgo: TJUE, 22 abr. 1997, p. I-2163-I-2193; *ibid.* Acórdão de 10 jul. 1997. *Bonifaci e o. e Berto e o.* Processos apensos C-94/95 e C-95/95. Luxemburgo: TJUE, 10 jul. 1997, p. I-3969-I-4024; *ibid.* Acórdão de 10 jul. 1997. *Maso e o.* Processo C-373/95. Luxemburgo: TJUE, 10 jul. 1997, p. I-4051-I-4083; *ibid.* Acórdão de 10 jul. 1997. *Palmisani*. Processo C-261/95. Luxemburgo: TJUE, 10 jul. 1997, p. I-4025-I-4050; *id.* – **Colectânea da Jurisprudência 2000**. Acórdão de 4 jul. 2000. *Haim*. Processo C-424/97. Luxemburgo: TJUE, 4 jul. 2000, p. I-5123-I-5169; *id.* – **Colectânea da Jurisprudência 2006**. Acórdão de 7 set. 2006. Processo C-470/04. Luxemburgo: TJUE, 7 set. 2006, p. I-7409-I-7470; *ibid.* Acórdão de 12 dez. 2006. *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

direito à reparação tem o seu fundamento no Direito comunitário. Decidiu que os resultados previstos pelas diretivas atribuem direitos aos particulares, se houver nexo causal entre a violação da obrigação por parte do Estado e o dano sofrido pelas pessoas lesadas. Na oportunidade, lançou os fundamentos de um novo Direito administrativo comunitário da responsabilidade extracontratual.

O Tribunal Constitucional português não possui competência para julgar uma eventual desconformidade de atos legislativos com o Direito da União Europeia. Se e somente se, o juízo português de base tiver dúvidas quanto à eventual incompatibilidade entre o ato legislativo e o Direito comunitário, deve provocar o Tribunal de Justiça da União Europeia (Artigo 267º do Tratado/ Funcionamento da UE).

Não havendo dúvida do juiz português, o Estado pode ser eventualmente condenado pela violação do Direito comunitário sem a prévia manifestação do Tribunal Constitucional português, ou mesmo do Tribunal de Justiça da União Europeia.

O Artigo 340º do Tratado de Funcionamento da União Europeia refere-se expressamente ao tema da responsabilidade civil estatal (antigo Artigo 288º), quando determina que, em matéria de responsabilidade extracontratual, a UE deve indenizar os danos causados pelas suas instituições (ou pelos seus agentes) no exercício das suas funções, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos países membros.

Porém, ensina o Professor Ricardo Pedro, quanto à responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa que, efetivamente, as principais coordenadas normativas não se encontram na lei escrita, mas sim em algumas das mais representativas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia. Bem assevera que há vasta jurisprudência sobre responsabilidade dos países membros por violação do *ius commune*; e que os precedentes oferecem os requisitos e as condições da responsabilidade estatal por violação do Direito comunitário.²³⁹

O Professor ensina que as balizas oferecidas pela jurisprudência do TJUE devem ser entendidas como *standards* mínimo; que, assim, os Estados podem adotar medidas mais

Processo C-446/04. Luxemburgo: TJUE, 12 dez. 2006, p. I-11753-I-11886; *id.* – **Colectânea da Jurisprudência 2007**. Acórdão de 25 jan. 2007. Marilyn Robins e o. Processo C-278/05. Luxemburgo: TJUE, 25 jan. 2007, p. I- 1053-I-1106; *ibid.* Acórdão de 13 mar. 2007. Test Claimants in the thin Cap Group Litigation. Processo C-524/04. Luxemburgo: TJUE, 13 mar. 2007, p. I-2107-I-2212; *ibid.* Acórdão de 17 abr. 2007. AGM-COS.MET. Processo C-470/03. Luxemburgo: TJUE, 17 abr. 2007, p. I-2749-I-2838; e *id.* – **Colectânea da Jurisprudência 2008**. Despacho de 23 abr. 2008. Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation. Processo C-201/05. Luxemburgo: TJUE, 23 abr. 2008, p. I-2875-I-2930.

²³⁹ PEDRO, Ricardo – **Responsabilidade Civil do Estado pelo Mau Funcionamento da Administração da Justiça: fundamento, conceito e âmbito**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 62 *et seq.*

favoráveis aos lesados por atos legislativos;²⁴⁰ e que esta operação se encontra em consonância com o princípio da subsidiariedade, enquanto máxima informativa da atuação da União Europeia.

Com efeito, a jurisprudência da responsabilidade dos estados-membros por ofensa ao Direito da União Europeia é importantíssima, pois há de ser invocada quando o Estado lusitano, através dos seus órgãos, aplique o Direito europeu.

Em geral, nas situações de omissão estatal legislativa, no âmbito da aplicação do Direito interno, tem lugar o regime de responsabilidade, definido na Lei n. 67/2017. Já nas situações em que esteja em causa a aplicação de Direito comunitário, o juiz nacional há de ter em conta aquela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Neste caso, os lesados devem ser indenizados à luz das condições substantivas definidas pelo TJUE, tendo em vista os limites impostos ao princípio da autonomia institucional.

Ressalta-se que o juiz nacional conta com dois regimes distintos do controle da atividade estatal pelo exercício da função legislativa, conforme se trate de condutas provocadas com base no Direito interno ou no Direito europeu. No primeiro caso, é aplicável o ordenamento jurídico português. No segundo caso, aplica-se o sistema jurídico local apenas no que tange ao Direito processual (processamento da ação), pois o Direito material aplicável é o comunitário, plasmado nos precedentes do TJUE que cuidam do tema (julgamento da lide).

Na esteira da doutrina de Ricardo Pedro, a responsabilidade do Estado por violar *ius commune* apresenta-se como um princípio geral de Direito comunitário inerente ao sistema do Tratado e imposto aos estados-membros pelo Direito da União Europeia. Ensina que o princípio da responsabilidade dos países integrantes, por violação de Direito da União Europeia, constitui um princípio geral de Direito; que, inclusive, reforça a eficácia do Direito da União Europeia; que, segundo o TJUE, este princípio encontra fundamento na plena eficácia do ordenamento da União Europeia, na proteção efetiva dos direitos dos particulares e no princípio da lealdade comunitária (TFUE, Artigo 4º, Inciso III); que visa a eliminação das consequências ilícitas derivadas de uma violação do sistema jurídico da União Europeia; que tem em vista o pagamento de prejuízos derivados de tais ilícitos; que constitui expressão da obrigação de dotar de pleno efeito o ordenamento da União Europeia;²⁴¹ que este princípio surge como uma

²⁴⁰ Na mesma linha, TORRENS, Joan David Janer – **La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitario**. València: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 222.

²⁴¹ No mesmo sentido, TORRENS, Joan David Janer – **La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitario**. València: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 131.

manifestação do princípio da primazia do Direito da União Europeia; e que o ordenamento da UE confere direitos aos particulares, os quais devem ser exercidos; que, quando tal não é possível, o seu exercício transforma-se no pagamento de uma indenização.²⁴²

Na mesma linha, o espanhol David Ordóñez Solís aponta que para o Tribunal de Justiça da União Europeia o princípio da responsabilidade é a consequência lógica de sua jurisprudência sobre primazia do Direito comunitário, em relação ao Direito nacional.²⁴³

O princípio da responsabilidade dos estados-membros por violação de Direito da União Europeia visa, outrossim, sancionar o descumprimento das obrigações comunitárias pelos países integrantes, através do pagamento de determinada quantia pecuniária por parte destes Estados. Regista-se que o Tribunal de Justiça da União tem condenado também entidades privadas por violação do Direito comunitário,²⁴⁴ justificando a extensão do princípio da responsabilidade a elas com base no princípio da efetividade. Visa, assim, dotar da maior efetividade possível o sistema jurídico europeu, fortalecer o exercício dos direitos e superar as insuficiências na tutela dos direitos dos particulares.

Consoante o professor português Ricardo Pedro, o princípio da responsabilidade dos Estados por violação do Direito comunitário é um complemento aos princípios do efeito direto e da interpretação, em conformidade. São máximas que concorrem para a maior efetividade possível dos direitos garantidos pelo ordenamento jurídico comunitário. O princípio da responsabilidade é a peça que encerra o sistema de garantia dos direitos da União Europeia.

Afinal, como bem assinala Ami Barav, professor da Universidade de Paris, a criação de um sistema de tutela judicial protetor dos direitos dos particulares não está completa e eficaz, sem o reconhecimento do direito ao ressarcimento.²⁴⁵

Leciona o professor britânico Malcolm Ross que o princípio da responsabilidade dos Estados por violação do Direito comunitário possui caráter subsidiário.²⁴⁶ Defende que o

²⁴² No mesmo sentido, GERVEN, Walter Van; PARÉS, Nuria – Fuentes del Derecho de la Comunidad: los principios generales de Derecho. **Foro Internacional**. Vol. 33, n. 2 (132) (Apr./June 1993), p. 206-222, p. 216-217.

²⁴³ SOLÍS. David Ordóñez - SOLÍS, David Ordóñez – La reclamación en España de indemnización de los particulares por violación de Derecho de la Unión Europea. **Boletín del Ministerio de Justicia**. Año 61, n. 2048 (2007), p. 3995-4030.

²⁴⁴ TJUE. Tribunal de Justiça da União Europeia – **Colectânea da Jurisprudência 2001**. Acórdão de 20 set. 2001. Processo C-453/99. *Courage Ltd c. Bernard Crehan*. Luxemburgo: TJUE, 20 set. 2001, p. I-06297-I-6328; e *id.* – **Colectânea da Jurisprudência 2006**. Acórdão de 13 jul. 2006. Processo C-295/04 a C-298-04. *Manfredi c. Lloyd Adriaco SpA*. Luxemburgo: TJUE, 13 jul. 2006, p. I-06619-I-6674.

²⁴⁵ BARAV, Ami – The effectiveness of judicial protection and the role of national courts. In **EUROPEAN LAWYERS' UNION – Judicial protection of rights in the Community legal order**. Brussels: Bruylant, 1997. p. 259-294, p. 282.

²⁴⁶ ROSS, Malcolm – Beyond Francovich. **The Modern Law Review**. Vol. 56 (18 Jan. 1993), p. 55-73, p. 60.

Tribunal de Justiça comunitário afirma, em vários arestos, que os países integrantes devem reparar os danos causados aos particulares resultantes do descumprimento da obrigação de transposição de uma diretiva europeia, quando se torne impossível a proteção dos direitos do particular por meio da garantia oferecida pelo efeito direto (ou pelo efeito indireto) das normas internas, através de interpretação conforme as disposições nacionais com as da diretiva.²⁴⁷ Porém, ao fim e ao cabo, prevalece a linha hermenêutica insculpida pela linha jurisprudencial do TJUE, o que torna questionável a dita subsidiariedade conceituada por Ross.

Fausto de Quadros defende que a primeira referência que se conhece do Tribunal de Justiça à responsabilidade dos Estados por incumprimento do Direito comunitário ocorreu em 1960. Ou seja, antes do Tratado de Maastricht (1993), o qual instituiu a União Europeia nos moldes atuais. Quadros fala do caso Humblet, em que um funcionário de nacionalidade belga propôs uma ação no Tribunal de Justiça, requerendo a restituição de quantidades indevidamente entregues às autoridades belgas. Na oportunidade, o TJ aludiu à conexão entre ação de responsabilidade e declaração por incumprimento. Utilizou o então Artigo 86º do TCECA, como fundamento para obrigar a Bélgica a reparar os ilícitos causados ao particular.²⁴⁸

Na esteira da doutrina pedriana, apesar deste caldo jurídico a fim de se reconhecer a responsabilidade dos estados-membros por incumprimento do Direito comunitário, somente com o aresto Francovich é que o princípio de responsabilidade restou, em definitivo, afirmado no Direito de União Europeia.²⁴⁹ Ensina que, depois do caso Francovich seguiram-se outras decisões semelhantes; que, de 1991 a 1996, julgados do TJ confirmaram a vigência do princípio da responsabilidade; que tais possuem como denominador comum estar em causa a responsabilidade do Estado por não transposição de diretiva europeia; e que, da análise da jurisprudência, comprova-se que a afirmação do princípio da responsabilidade surge inicialmente como resposta alternativa perante a ausência de direito das aludidas diretivas.²⁵⁰

²⁴⁷ Entre outros, TJUE. Tribunal de Justiça da União Europeia – **Colectânea da Jurisprudência 1998**. Acórdão de 24 set. 1998. Processo C-76/97. Walter Tölgel. Luxemburgo: TJUE, 24 set. 1998, p. I-5357-I-5409; e *id.* – **Colectânea da Jurisprudência 1999**. Acórdão de 28 out. 1999. Processo C-81/98. Alcatel Áustria. Luxemburgo: TJUE, 28 out. 1999, p. I-7671-I-7712.

²⁴⁸ QUADROS, Fausto de – Responsabilidade dos Poderes Públicos no Direito Comunitário: Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia e Responsabilidade do Estados por Incumprimento do Direito Comunitário. In VELÁZQUEZ, Antonio Calonge; LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis Martínez (Coords.) – **La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos – III Colóquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo**, 1999. p. 137-154, p. 145.

²⁴⁹ *Id.*

²⁵⁰ TJUE. Tribunal de Justiça da União Europeia – **Colectânea da Jurisprudência 1993**. Acórdão de 16 dez. 1993. Processo C-334/92. Wagner Miret. Luxemburgo: TJUE, 16 dez. 1993, p. I-6911-I-6934; *id.* – **Colectânea da Jurisprudência 1994**. Acórdão de 14 jul. 1994. Processo C-91/92. Faccini Dori. Luxemburgo: TJUE, 14 jul. 1994, p. I-3352-I-3360; e *id.* – **Colectânea da Jurisprudência 1996**. Acórdão de

Com efeito, após o acórdão Francovich, verifica-se uma progressiva europeização dos requisitos (ou condições) geradoras da obrigação de indenizar dos estados-membros por violação de Direito comunitário, bem assim um explícito alargamento da responsabilidade dos países a todas as funções (ou atividades) estatais, nomeadamente à função legislativa.

Segundo Carmen Pérez González, tal fenómeno tornou-se evidente no acórdão *Brasserie*.²⁵¹ Nele o Tribunal de Justiça comunitário equiparou o regime da responsabilidade dos estados-membros ao regime da responsabilidade das instituições da União Europeia. Então, o TJ determinou os requisitos comunitários para a responsabilização do estado-membro por violação do Direito da União Europeia, excluindo-se a necessidade de remissão aos direitos nacionais. Definiu que a regra violada deve ser do direitos dos particulares; que a violação deve ser suficientemente caracterizada; e que deve haver um nexo de causalidade direto entre a violação da obrigação estatal e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas.²⁵² Tais condições definidas no acórdão *Brasserie* mantiveram-se em julgados posteriores, como nos acórdãos *British Telecommunications*²⁵³ e *Hedley Lomas*.²⁵⁴

Em suma, na linha da doutrina pedriana, o Tribunal de Justiça da União Europeia fixa os seguintes pressupostos de responsabilidade dos Países-Membros por violação do Direito da União Europeia: necessidade que os Estados infrinjam manifestamente uma disposição comunitária atributiva de direitos e que haja nexo causal entre a conduta estatal e o prejuízo causado ao particular.

Ricardo Pedro ressalta ainda que o alargamento progressivo (e inacabado) do princípio da responsabilidade dos estados-membros por violação do Direito comunitário abrange, atualmente, todas as funções estatais, a exemplo da função legislativa. Destaca que a responsabilidade do Estado legislador (ou por fato legislativo contrário ao Direito da União Europeia) é afirmada pelo Tribunal de Justiça comunitário, o que se deu, primeira e expressamente, no acórdão Francovich. Traz um conceito autónomo da responsabilidade por

7 mar. 1996. El Corte Inglés SA. Processo C-192/94. Luxemburgo: TJUE, 7 mar. 1996, p. I-1281-I-1306.

²⁵¹ TJUE. Tribunal de Justiça da União Europeia – **Colectânea da Jurisprudência 1993**. Acórdão de 5 mar. 1996. *Brasserie du Pêcheur e Factortame*. Processos apensos C-46/93 e C-48/93. Luxemburgo: TJUE, 5 mar. 1996, p. I-1029-I-1163.

²⁵² PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen – **Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del derecho comunitario**, València: Tirant lo Blanch, 2001, p. 60.

²⁵³ TJUE. Tribunal de Justiça da União Europeia – **Colectânea da Jurisprudência 1996**. Acórdão de 26 mar. 1996. *British Telecommunications*. Processo C-392/93. Luxemburgo: TJUE, 26 mar. 1996, p. I-1631-I-1671.

²⁵⁴ *Id.* – Acórdão de 23 maio 1996. *Hedley Lomas*. Processo C-5/94. Luxemburgo: TJUE, 23 maio 1996. p. I-2553-I-2616.

fato legislativo, razão pela qual os estados-membros não podem invocar limites nacionais a tal responsabilidade.²⁵⁵

As hipóteses que podem gerar responsabilidade dos estados-membros por violação do Direito da União Europeia no âmbito da função legislativa são diversificadas. Veja-se a adoção de medidas nacionais incompatíveis com o Direito da União Europeia, e a inobservância de princípios gerais formulados pelo Tribunal de Justiça Europeu para dar cumprimento às obrigações comunitárias. Na espécie, a maioria das situações de responsabilidade resultam da não transposição de diretivas. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia possui muitos casos de responsabilidade do Estado legislador, em decorrência da não transposição (ou da transposição incorreta) das citadas diretivas.²⁵⁶ Idem, no caso de adoção pelo legislador nacional de disposições internas contrárias ao disposto nos tratados da União Europeia.²⁵⁷

Ressalta-se que, para o Tribunal de Justiça da União Europeia, uma violação é suficientemente caracterizada quando um país membro ofende, de forma manifesta e grave, o exercício da competência normativa para além dos limites estabelecidos ao exercício dessa competência.²⁵⁸ Porém, decisões mais recentes do TJUE têm mitigado o critério para se aferir

²⁵⁵ *Id.* – **Colectânea da Jurisprudência 1996**. Acórdão de 23 maio 1996. Hedley Lomas. Processo C-5/94. Luxemburgo: TJUE, 23 maio 1996. p. I-2553-I-2616.

²⁵⁶ TJUE. Tribunal de Justiça da União Europeia – **Colectânea da Jurisprudência 1991**. Acórdão de 19 nov. 1991. Processo C-6/90. Francovich. Luxemburgo: TJUE, 19 nov. 1991, p. I-5357-I-5418; *id.* – **Colectânea da Jurisprudência 1993**. Acórdão de 16 dez. 1993. Processo C-334/92. Wagner Miret. Luxemburgo: TJUE, 16 dez. 1993, p. I-6911-I-6934; *Id.* – **Colectânea da Jurisprudência 1996**. Acórdão de 8 out. 1996. Dillenkofer e o. Processos apensos C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. Luxemburgo: TJUE, 8 out. 1996, p. I-4845-I-4896; *ibid.* Acórdão de 26 mar. 1996. British Telecommunications. Processo C-392/93. Luxemburgo: TJUE, 26 mar. 1996, p. I-1631-I-1671; *ibid.* Acórdão de 17 out. 1996. Denkavit. Processos apensos C-283/94, C-291/94 e C-292/94. Luxemburgo: TJUE, 8 out. 1996, 17 out. 1996, p. I-5063-I-5104; *ibid.* – **Colectânea da Jurisprudência 1997**. Acórdão de 22 abr. 1997. Eunice Sutton. Processo C-66/95. Luxemburgo: TJUE, 22 abr. 1997, p. I-2163-I-2193; *ibid.* Acórdão de 10 jul. 1997. Bonifaci e o. e Berto e o. Processos apensos C-94/95 e C-95/95. Luxemburgo: TJUE, 10 jul. 1997, p. I-3969-I-4024; *ibid.* Acórdão de 10 jul. 1997. Palmisani. Processo C-261/95. Luxemburgo: TJUE, 10 jul. 1997, p. I-4025-I-4050; *ibid.* Acórdão de 10 jul. 1997. Maso e o. Processo C-373/95. Luxemburgo: TJUE, 10 jul. 1997, p. I-4051-I-4083; e *ibid.* Acórdão de 15 jun. 1999. Processo C-321/97. Anderson. Luxemburgo: TJUE, 15 jun. 1999, p. I-3551-I-4083.

²⁵⁷ *Id.* – **Colectânea da Jurisprudência 1996**. Acórdão de 5 mar. 1996. Brasserie du Pêcheur e Factortame. Processos apensos C-46/93 e C-48/93. Luxemburgo: TJUE, 5 mar. 1996, p. I-1029-I-1163; *Id.* – **Colectânea da Jurisprudência 1997**. Acórdão de 14 jan. 1997. Comateb. Processos apensos C-192/95 a C-218/95. Luxemburgo: TJUE, 14 jan. 1997, p. I-165-I-194; TJUE. Tribunal de Justiça da União Europeia – **Colectânea da Jurisprudência 1999**. Acórdão de 1º jun. 1999. Processo C-302/97. Konle. Luxemburgo: TJUE, 1º jun. 1999, p. I-3099-I-3142; e *ibid.* Acórdão de 20 nov. 1997. Processo C-90/96. Petrie.

²⁵⁸ *Id.* – **Colectânea da Jurisprudência 2000**. Acórdão de 4 jul. 2000. Haim. Processo C-424/97. Luxemburgo: TJUE, 4 jul. 2000, n. 38; e, ainda, *id.* – **Colectânea da Jurisprudência 1996**. Acórdão de 5 mar. 1996. Brasserie du Pêcheur e Factortame. Processos apensos C-46/93 e C-48/93. Luxemburgo: TJUE, 5 mar. 1996, n. 55; Acórdão de 26 mar. 1996. British Telecommunications. Processo C-392/93. Luxemburgo: TJUE, 26 mar. 1996, n. 42; *ibid.* Acórdão de 8 out. 1996. Dillenkofer e o. Processos apensos C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. Luxemburgo: TJUE, 8 out. 1996, n. 212; *id.* – **Colectânea da Jurisprudência 2007**. Acórdão de 25 jan. 2007. Marilyn Robins e o. Processo C-278/05. Luxemburgo: TJUE, 25 jan. 2007,

a margem de apuração de uma violação suficientemente caracterizada, como se dá, por exemplo, no Julgado *Hedley Lomas* (Ac. do TJ de 1996-05-23, Proc. n. C-5/94).

Nele, o TJUE afirma que, no que tange à exigência de uma violação suficientemente caracterizada, a simples infração ao Direito comunitário pode ser suficiente para provar a ocorrência de uma violação grave e manifesta, em caso da inexistência de escolhas normativas (ou de reduzida margem de discricionabilidade legislativa).²⁵⁹ Cria-se uma sorte de violação grave e manifesta presumida da mera violação do Direito da União Europeia. Na mesma linha, há outros julgados do Tribunal.²⁶⁰

É importante pontuar, também, que a jurisprudência do TJUE exige o nexo causal entre o fato e o dano, como pressuposto da responsabilidade do país-membro por incumprimento, entretanto, não requer um dano anormal. Assim, a exigência de caráter anormal do prejuízo não deve ser observada, quando se trate de responsabilidade do Estado por incumprimento imputável à função legislativa, em atenção ao princípio do primado.²⁶¹

Por tudo, efetivamente, é cabível ação civil indenizatória por omissão estatal legislativa que descumpra o Direito da União Europeia.

n. 70; *ibid.* Acórdão de 13 mar. 2007. Test Claimants in the thin Cap Group Litigation. Processo C-524/04. Luxemburgo: TJUE, 13 mar. 2007, n. 118; *ibid.* Acórdão de 17 abr. 2007. AGM-COS.MET. Processo C-470/03. Luxemburgo: TJUE, 17 abr. 2007, n. 80; e *id.* – **Colectânea da Jurisprudência 2008**. Despacho de 23 abr. 2008. Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation. Processo C-201/05. Luxemburgo: TJUE, 23 abr. 2008, n. 121.

²⁵⁹ Na mesma linha, SILVEIRA, Alessandra – A responsabilidade do Estado – juiz por violação do Direito da União Europeia à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça. **Scientia Iuridica**. Tomo LVII, n. 315 (2008), p. 427-452, p. 442. Em sentido diverso, PATRÃO, Afonso Nunes de Figueiredo – **Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 389). Na espécie, Patrão especialmente cuida do julgado Bergaderm (TJUE. Tribunal de Justiça da União Europeia – **Colectânea da Jurisprudência 2000**. Acórdão de 4 jul. 2000. Processo C-352/98. Luxemburgo: TJEU, 4 jul. 2000, p. I-5291-I-5332).

²⁶⁰ *Id.* – **Colectânea da Jurisprudência 2006**. Acórdão de 12 dez. 2006. Test Claimants in the FII Group Litigation. Processo C-446/04. Luxemburgo: TJUE, 12 dez. 2006, p. I-11753-I-11886; *id.* – **Colectânea da Jurisprudência 2007**. Acórdão de 13 mar. 2007. Test Claimants in the thin Cap Group Litigation. Processo C-524/04. Luxemburgo: TJUE, 13 mar. 2007, p. I-2107-I-2212; e *id.* – **Colectânea da Jurisprudência 2008**. Despacho de 23 abr. 2008. Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation. Processo C-201/05. Luxemburgo: TJUE, 23 abr. 2008, p. I-2875-I-2930.

²⁶¹ MESQUITA, Maria José Rangel de – **O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 61.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO LEGISLATIVA, NOS TEMPOS DE CORONAVÍRUS

A humanidade é marcado por pestes que dizimaram milhares. Defrontou-se com varíola, tifo, gripes espanhola e aviária. Entretanto, a Covid-19 chegou com uma rapidez abrupta e se disseminou com a velocidade do som. Revelou que a globalização não é um fenômeno relacionado apenas à cultura, à economia, às comunicações e ao Direito.

Hodiernamente, também as doenças se tornam rapidamente globais, tendo em vista as múltiplas conexões mundializadas de transporte. Assim, merecem absoluto respeito e cuidado, porque ratificam a fragilidade humana. Com a moléstia, voltamos às cavernas. É preciso ficar em casa, por mais difícil que seja suportar o refúgio. O cenário é de uma batalha biológica contra um inimigo que pouco se conhece e que não se vê.

O Coronavírus não apenas tirou a humanidade da sua relativa zona de conforto, também travou o mundo. Não por uma luta entre povos, mas diante de um ser invisível, que atinge do oriental ao ocidental, da criança ao idoso, do pobre ao rico.

A mazela apareceu na China e arrasa a Europa e a América. Na Itália, falecem média de quinhentas pessoas por dia. Jamais se reviu tantas perdas em tempos de paz.

De repente, uma realidade distante e inverossímil está conosco. Corroei-nos com toques de recolher, corridas por mantimentos, quarentenas, instruções médicas, doentes, escassez de leitos hospitalares, e mais mortes.

Sob a perspectiva da sobrevivência, jamais o mundo será o mesmo, depois desta pandemia. Ressalta-se que o vírus traz efeitos colaterais gravíssimos, não apenas econômicos, mas jurídicos.

Pois bem, a questão é, se o Estado não tomar as medidas legislativas necessárias para, razoável e adequadamente, preservar os particulares dos efeitos diretos e indiretos da pandemia, pode ser responsabilizado civilmente por omissão? Muito embora haja uma dificuldade natural de se analisar o tema no clímax do problema, em tese, antecipamos que sim. O Estado, aqui, pode responder pela omissão estatal, em suas três áreas de atuação, nomeadamente, a função legislativa.

Sucedem que a responsabilidade civil do Estado encontra-se em nítido processo de reinvenção, não apenas em termos conceituais e abstratos, como em termos de reavaliação das situações concretas e das alternativas que passaram a prestigiar mais o ser humano, razão pela qual a responsabilização estatal apresenta-se inserida no momento denominado de

Neoconstitucionalismo, que oferece ao cenário sócio-jurídico novos paradigmas com enfoque nos direitos humanos. Hoje em dia, o que se observa é a necessidade da máxima satisfação com o serviço público. Não se admite mais ignorar o serviço público sob o objetivo legítimo de política pública voltada ao desenvolvimento social.

Percebemos que a responsabilidade civil do Estado passa a ser alicerçada sob a primazia do interesse da vítima e da solidariedade social, em busca de uma justiça substantiva e concreta, cuja preocupação prioritária é o cidadão ofendido em seus direitos, o que se potencializa nestes tempos de europeização e de pandemia do Covid-19.

Lembramos que o texto constitucional português, em seu Artigo 22º, determina que o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, solidariamente com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou por omissões praticadas no exercício das suas funções, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem. Portanto, a obrigação de reparar um dano é inerente à responsabilidade pelo prejuízo ocasionado a outrem, ou seja, o fato danoso ativo ou passivo gera uma consequência para quem o pratica, mesmo que tal se dê em um estado de exceção, no qual alguns direitos podem ser suspensos ou mitigados, porém, o direito constitucional de posterior indenização não se pode afastar, se presentes os aludidos pressupostos da responsabilidade civil estatal.

No plano infraconstitucional, a responsabilidade civil está incluída no Direito das Obrigações do Código Civil Português, que, além de cuidar da reparação do dano sofrido por alguém, impõe a sua indenização ao responsável pelo prejuízo. O seu Artigo 493º estabelece que quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade é obrigado a repará-los, salvo se mostrar que empregou todas as cautelas possíveis para a prevenção. A responsabilidade civil do Estado encontra-se especificamente disciplinada nos Artigos 500º e 501º do Código Civil, bem assim na Lei n. 67/2007.

A legislação infraconstitucional tem uma margem de configuração que não pode afetar o núcleo constitucional da responsabilidade civil estatal, na medida em que o Art. 22º da Constituição da República Portuguesa confere dignidade constitucional ao princípio da responsabilidade estatal. Os tutelados por esta norma são todos aqueles capazes de sofrer danos por ação ou omissão dos agentes públicos no exercício das suas funções e por causa delas: pessoas privadas, individuais ou coletivas, além de outros entes públicos, distintos do agente causador do dano.

Destacamos que o Estado pode responder por danos causados pelo exercício de qualquer um de seus poderes, por atos ilícitos, ou mesmo lícitos, motivo pelo qual pode, também, ser responsabilizado pelos danos advindos de suas atividades como legislador, inclusive, quando deixa de editar certas leis, atingindo direitos individuais, causando ao particular danos desproporcionais. Frisa-se que, no caso, a responsabilidade do Estado é objetiva.

O sistema jurídico português explicita ser o Estado responsável pela edição de danosas normas inconstitucionais ou mesmo em desconformidade com a hierarquia normativa ou com o Direito internacional/comunitário. Prevê também a responsabilidade por omissões legislativas que gerem danos anormais aos direitos ou interesses legítimos dos cidadãos (Artigo 15º da Lei n. 67/2007).

Se a *Lex Magna* cria determinada obrigação para o Estado, o Legislativo não tem a prerrogativa de, discricionariamente, cumpri-la ou não. Com dito alhures, o legislador, em um sistema constitucional que reconhece o dever de proteção estatal, não se encontra livre para decidir se edita determinadas leis (ou não). Portanto, quando um indivíduo tem atingido um direito constitucionalmente protegido por uma omissão legislativa, pode aviar demanda indenizatória em face do Estado.

Por exemplo, na Alemanha, a Corte Constitucional afastou a aplicação de uma alteração no Código Penal que permitia o aborto durante os três primeiros meses de gestação. Decidiu, então, que houve mudança legislativa inconstitucional; que o Poder legislativo falhou em seu dever de suficiente proteção à vida humana em desenvolvimento; que se impõe ao legislador a obrigação de legislar, seja porque a Constituição exige, seja em atenção à vedação de medidas insuficientes para garantir os direitos humanos fundamentais (*Untermaverbot*); e que, portanto, é dever do Legislativo proteger os direitos fundamentais contra violações praticadas por terceiros.²⁶²

De modo similar, no caso da pandemia de Covid-19, se o futuro revelar que as medidas estatais legislativas (e administrativas) foram insuficientes, o Estado, em tese, pode ser responsabilizado. O legislador não pode furtar-se do dever de elaborar as leis pelas quais os direitos, garantidos constitucionalmente, tornam-se exequíveis, em especial no que tange a vida

²⁶² ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **Order of the Second Senate of 28 May 1993**. 2 BvF 2/90. [Em linha]. Berlim, 28 May 1993. § 1-434. [Consult. 15 fev. 2017]. Disponível em WWW: http://www.bverfg.de/e/fs19930528_2bvf000290en.html, § 1-434.

e a saúde humana. Um Direito constitucional, que não tem condições de ser exercido, frauda garantias.

É nesse sentido que pode haver responsabilização estatal, se presentes os respectivos pressupostos, *in casu*: o **fato jurídico** consubstanciando em uma omissão legislativa qualificada ou relevante; a **ilicitude** legislativa por violação do dever de agir imposto pela Constituição ao legislador, em detrimento de bens jurídicos protegidos por normas de direitos fundamentais, exatamente por não ter o serviço público atuado para evitar a produção de danos ao longo da pandemia, dentro do razoável, exigível e possível; a **culpa** do legislador que deveria e poderia ter aprovado leis para contornar ou atenuar as consequências pandêmicas; o **dano anormal** que ultrapassa os custos próprios da vida em sociedade, em tempos de restrições pandêmicas; e o **nexo causal** do dano com a omissão legislativa, verificável se a promulgação da lei ausente evitasse o dano, o mal específico.

Quando da eclosão da pandemia, Portugal editou uma série de normas destinadas a atenuar o impacto do Coronavírus, apesar da existência da Lei n. 27/2006, que delineia as bases da proteção civil, nos termos da alínea c do Artigo 161º da Constituição. Em seu Artigo 19º, estabelece que a declaração da situação de calamidade é da competência do Governo e reveste a forma de resolução do Conselho de Ministros.

Editado pelo Governo com fulcro na alínea a do n. 1 do Artigo 198º da Constituição da República Portuguesa, o Decreto-Lei n. 10-A/2020, de 13 de março, estabelece medidas excepcionais e temporárias relativas à situação epidemiológica da doença Covid-19, em atenção à emergência de saúde pública internacional, declarada pela Organização Mundial de Saúde, em 30 de janeiro de 2020, bem como à classificação do vírus como uma pandemia, em dia 11 de março de 2020.

Em sua exposição de motivos, o Decreto-Lei n. 10-A/2020 aponta as medidas de emergência adotadas pelo Estado português. Diz que a situação excepcional que se vive no momento e a proliferação dos casos registados de contágio exigem a aplicação de medidas extraordinárias e de caráter urgente; que é prioritário que se garanta às entidades prestadoras de cuidados de saúde a possibilidade de aquisição célere dos equipamentos, bens e serviços necessários à avaliação de casos suspeitos e ao tratamento dos sintomas e das complicações associadas à doença; que importa a tomada de outras medidas consideradas urgentes e imprescindíveis, especialmente em matéria de gestão de recursos humanos; que importa igualmente adotar os mecanismos processuais que permitam, de maneira célere e responsável, garantir a disponibilidade de produtos essenciais em um quadro de generalizada e elevada

procura mundial destes produtos, em um cenário de diminuição de produção e de constrangimentos à circulação dos bens; que, face à emergência na execução das medidas de contenção recomendadas pelos vários serviços integrados da Saúde, é preciso a suspensão das atividades letivas e não letivas presenciais; que urge também um regime excecional que permita a implementação rápida das medidas propostas, através de um regime excecional em matéria de contratação e realização de despesas públicas, bem assim em matéria de recursos humanos; que, por justo impedimento, suspende-se prazos processuais e procedimentais; que, da mesma forma, considerando a eventual impossibilidade dos cidadãos em renovar ou obter documentos relevantes para o exercício de direitos, importa prever a obrigatoriedade de aceitação pelas autoridades públicas da exibição de documentos, cujo prazo de validade expire durante o período da vigência do decreto-lei; e que, por fim, importa promover medidas que aumentem as possibilidades de distanciamento social e isolamento profilático.

No mesmo esboço, destacamos a Resolução do Conselho de Ministros n. 10-A/2020, de 13 de março, que aprovou um conjunto de medidas relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus; o Decreto do Presidente da República n. 14-A/2020, de 18 de março, que declarou o estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública, nos termos dos Artigos 19º, 134º, alínea d, e 138º da CRP; a Lei n. 1-A/2020, de 19 de março, que criou e autorizou medidas excecionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica provocada pelo Coronavírus; a Lei n. 9-A/2020, de 17 de abril, que criou o regime excecional e temporário de processo orçamental, na sequência da pandemia da doença de Covid-19; e a Lei n. 29/2020, de 31 de julho, que traz medidas fiscais de apoio às micro, pequenas e médias empresas no quadro da resposta à pandemia.

Em ilustração, o Brasil editou a Lei n. 13.979/2020, que prevê medidas para evitar a contaminação (ou a propagação) da peste, como isolamento, quarentena e realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, vacinação e tratamentos médicos específicos. Acaso os entes públicos não venham a cumprir tais determinações, podem ser responsabilizados. Da mesma maneira, se comprovado que as medidas normativas foram insuficientes para garantir os direitos fundamentais – tendo vista um juízo de razoabilidade relativo ao que deveria e poderia ser feito.

Rogério Schietti Cruz fala que, no caso, governos responsáveis marcham, sem timidez ou hesitação, no combate ao inimigo comum, pois o temor de uma inevitável crise econômica não deve prevalecer ante a necessidade de preservar vidas. Se assim não

procederem, a responsabilidade de cada um poderá ser submetida aos tribunais, através de ações. Idem no que tange a responsabilidade criminal dos respectivos governantes.²⁶³

A propósito, ressaltamos que o Estado deve ser rigoroso no manejo das demandas de regresso contra os gestores que ensejarem a responsabilização estatal por omissão, em especial, nestes tempos de pandemia, na esteira do Artigo 8º, n. 3, da Lei n. 67/2007. Inclusive, defendemos a existência de direito de regresso contra os parlamentares que, mediante dolo ou grave negligência, ensejarem a responsabilização civil estatal por ações ou omissões legislativas, mesmo porque a imunidade parlamentar tem natureza de garantia ao exercício do mandato popular, mas não de prerrogativa pessoal (*vide* Capítulo 2.4).

Em breve, demandas judiciais cobrarão, com os rigores normativos, nacionais e/ou internacionais, a responsabilidade daqueles que se tenham colocado como entrave para a minoração dos efeitos dolorosos do Coronavírus, nomeadamente os Estados que, por meios dos seus poderes, tenham sido omissos no dever, razoável e adequado, de proteção aos particulares. Idem, se o futuro revelar que as inúmeras normas produzidas no período pandêmico, em regime de *fast law*, foram inadequadas ou danosas.

Os Entes Públicos demandados, certamente, apresentação defesa no sentido de excluir a sua responsabilidade sob a alegação de força maior, na esteira do Art. 11º da Lei n. 67/2007 cominado com o Art. 505º do Código Civil Português. Tem lugar quando o ato cometido decorre de um evento externo imprevisível, irresistível e incontrolável. Contudo, a falta de diligência com o trato das informações sobre a epidemia impede a excludente de força maior. Isso caso um ente tenha, por meio de seus governantes, assumido o risco de ocorrência da situação, ou de seu agravamento. Especialmente, se desobedecer as orientações da Organização Mundial de Saúde – OMS destinadas a conter a pandemia, pois o Estado tem a responsabilidade de atuar para prevenir que o alcance da Covid-19 não seja largamente ampliado. Ou seja, quando o ente público aceita o risco de ocorrência da situação danosa, não pode beneficiar-se da força maior para eximir-se da responsabilização.²⁶⁴

²⁶³ CRUZ, Rogerio Schietti – A Futura Responsabilização pelas Mortes da Pandemia. [Em linha]. **Estadão**, São Paulo, 25 mar. 2020. [Consult. 15 fev. 2017]. Disponível em WWW:<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-futura-responsabilizacao-pelas-mortes-da-pandemia/>.

²⁶⁴ Na mesma linha, no que tange a responsabilidade estatal internacional: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira – Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China. In MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; PENTINAT, Susana Borràs; CAÚLA, Bleine Queiroz; LEITÃO, Rômulo Guilherme (Coords.) – **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas; Centro de Investigação de Direito Público, 2020. v. 10, p. 568-624, p. 620.

O Professor Paulo Otero pontua que, nas últimas décadas, há um aumento considerável da litigiosidade em torno da responsabilidade civil das entidades públicas. Diz que tal fenómeno decorre de um modelo constitucional de direitos fundamentais que investe o Estado na posição de responsável pela efetividade de direitos, liberdades e garantias, sendo a respectiva violação fonte de responsabilidade civil estatal. Tal se agrava com o desenvolvimento do viés intervencionista do Estado, o qual se imiscui em vários setores da sociedade civil. Diz ainda que a elevação das demandas em face do Estado decorre, outrossim, de uma cultura de litigiosidade experimental, bem assim do alargamento da responsabilidade civil objetiva, o que facilita a incidência da responsabilidade estatal.²⁶⁵

Referido experimentalismo no que se refere às ações de responsabilidade civil contra o Estado, realmente, é preocupante, pois olvida que a responsabilidade civil dos poderes públicos é, ao fim e ao cabo, a responsabilidade civil da coletividade.

Filipa Calvão aponta que, na aplicação das indenizações, especialmente naquelas decorrentes de danos morais, há que se observar o critério da equidade; que a jurisprudência manda atender à culpabilidade do agente, à gravidade dos danos, à situação económica do lesante e do lesado, bem assim aos fins gerais e especiais das indenizações; que os danos extrapatrimoniais são os insuscetíveis de avaliação pecuniária; que são justamente as dores físicas ou outros sofrimentos decorrentes, por exemplo, das omissões dos cuidados de saúde no contexto de unidades públicas de saúde (crf. Acórdão do STA de 24 out. 2006, Proc. 0539/06, e de 28 jan. 2009, Proc. 0852/07).²⁶⁶

Já Mirna Cianci registra que o Poder Público não produz seus próprios recursos financeiros; que a quase totalidade do dinheiro provém dos tributos; que o ressarcimento por uma vítima traz centenas de outras; que a moderação do *quantum* indenizatório é importante; e que o Estado é apenas um meio e não um fim, o que há de ser considerado na fixação moderada da indenização devida pelo Estado.²⁶⁷

Com efeito, é mister seja procedido um juízo de ponderação entre o direito fundamental à responsabilidade civil estatal e a crise financeira que açambarca o mundo, especialmente, com a pandemia do Coronavírus. É necessário um juízo indenizatório

²⁶⁵ OTERO, Paulo – Direito fundamental a responsabilidade civil dos poderes públicos e crise financeira. In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência**. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 23-34, p. 14-16.

²⁶⁶ CALVÃO, Filipa – **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas**. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p. 91.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 121.

ponderado, até porque os entes públicos têm comprometido suas finanças no combate aos vírus, sob pena de bancarrota ou de grave crise das finanças públicas em âmbito mundial.

Na iminência de quebra estatal, deve emanar do Poder Judiciário julgados que modulem os efeitos dos pedidos indenizatórios e dos danos (patrimoniais e extrapatrimoniais), danos estes tanto dos autores das ações indenizatórias, quanto do Estado, o qual representa toda a sociedade.

Por tudo, haja vista a pandemia de Covid-19, é cabível a responsabilização do Estado por omissão legislativa, acaso o futuro revele, caso a caso, que as medidas estatais legislativas foram inexistentes ou insuficientes, devendo as respectivas indenizações serem fixadas mediante um juízo de ponderação entre os danos particulares e os impactos nas combalidas fianças públicas.

4.1 “Fica em Casa”: Omissão como Pressuposto da Responsabilidade

“Fica em casa” é um enunciado familiar, cotidiano, corriqueiro que transita entre várias possibilidades intencionais. Hoje em dia, tornou-se um imperativo que ecoa aos quatro cantos do mundo. Pretende-se fazer, neste momento da pesquisa, cujo objeto é responsabilidade civil por omissão, o construto do sentido desse enunciado para analisar o quanto as palavras são insuficientes para se entenderem dimensões superiores de sentido e apresentarem também os caminhos cognitivos do âmbito da responsabilidade, sobretudo por omissão legislativa, objeto desta pesquisa, a partir da quarentena em tempos de pandemia.

Para aplicar o Modelo dos Espaços Mentais proposto por Fauconnier²⁶⁸ e analisar o enunciado “Fica em Casa”, é preciso primeiro escolher os âmbitos com os quais serão organizados os construtos pelo processo cognitivo para, aplicada a noção de domínios, conjunto de conhecimentos estruturados de forma estável, e os locais, espaços mentais, poder realizar a integração e a projeção entre eles.

Sob muitas perspectivas intencionais, “Fica em Casa” poderia ser enunciado em diálogos entre familiares, entre médico e paciente, entre amigos, entre casais; em ameaça de chuva, em intenção de garantir uma surpresa, ou mesmo alguém em casa para receber uma encomenda ou uma visita e tantas e infinitas outras.

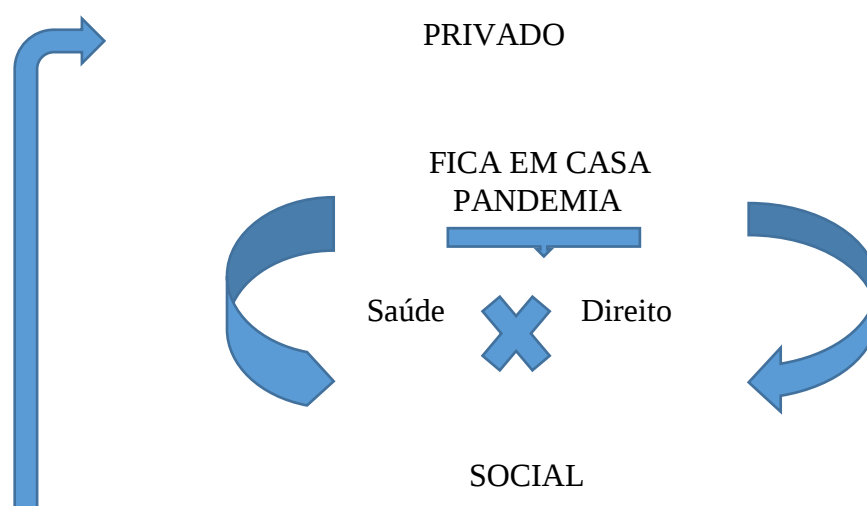
Neste caso específico de análise, a voz imperativa é pública, a situação é de pandemia. Selecionam-se, a partir daí, dois âmbitos rumo à captura da responsabilidade,

²⁶⁸ CALVÃO, Filipa – **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas**. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p. 102.

buscando a causalidade na integração do âmbito da saúde e do âmbito do Direito. Logo de início, percebe-se que “Fica em Casa”, um enunciado tão da ordem privada, assume outro patamar de sentido e passa a ser lido pela ordem pública e, em função disso, assume uma perspectiva social de análise. Isso pode, mais uma vez, comprovar a incompletude das palavras e a gramaticalidade vazia da dimensão da frase que, a partir do momento em que é inserida num construto cognitivo galga espaços para a produção do sentido e passa a enunciado, assentado numa problemática local, situacional.

No momento em que se fala de direito, por exemplo, mesmo com base no senso comum, se esse termo não estiver ancorado num determinado âmbito, o sentido é apenas um potencial, uma hipótese de existir. O mesmo se diz sobre responsabilidade. Antes que ela se sustente num espaço mental, será apenas uma possibilidade. Mais problemático ainda se a hipótese primeira for a travessia por ausência de lei, no caso desta pesquisa.

Gráfico 1: A dimensão pública da ordem “Fica em Casa”



Fonte: O autor.

Para o âmbito da saúde, tem-se o domínio estável, conjunto de conhecimentos estruturados sobre a Pandemia da Covid-19: conceito, principais características, ou seja, dados do conhecimento disponibilizados pelas ciências biológicas e da saúde.

Sobre o domínio estável da Covid-19, a folha da OPAS/OMS informa que há sete Coronavírus humanos (HCoVs), entre eles: o Sars-Cov da síndrome respiratória aguda grave; o Mers-Cov da síndrome respiratória do Oriente Médio e o Sars-Cov-2 da doença Covid-19. Esta é a denominação da doença infecciosa causada pelo Coronavírus, detectado inicialmente em Wuhan, na China, em dezembro de 2019. Seu período de incubação é de um a quatorze

dias. Possui como sintomas febre, cansaço e tosse seca. Alguns podem ter dores no corpo, congestão nasal, coriza, dor de garganta ou diarreia. Outras pessoas são assintomáticas. Uma entre seis, não desenvolvem síndrome respiratória grave. Oitenta por cento dos acometidos pela Covid-19 se recuperam sem tratamento especial.²⁶⁹

A doença se espalha das pessoas que têm o vírus, por meio de pequenas gotículas do nariz ou da boca, quando alguém acometido tosse, espirra ou fala. Os pacientes precisam ser isolados até que dois testes tenham resultado negativado, em um intervalo de vinte e quatro horas.

Infelizmente, ainda não há medicamento nem vacina comprovada contra a doença Covid-19. Para prevenção, é necessário lavar as mãos com água e sabão, ou usar higienizador à base de álcool. É comum a utilização do álcool em gel. Como medida profilática, também é preciso manter a distância de, pelo menos, um metro das outras pessoas, além de evitar tocar nos olhos, nariz e boca. As medidas são as mesmas para prevenir problemas respiratórios, como usar máscaras, observando os cuidados necessários para que ela não seja mais um meio de transmissão.²⁷⁰

Sobre os domínios locais da Covid-19, a folha da OPAS/OMS informa que, desde 30 de janeiro 2020, a Organização Mundial de Saúde declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional; que o surto foi considerado do mais alto nível de alerta da OMS; e que previsto no Regulamento Sanitário Internacional.²⁷¹

Pouco tempo depois, em 11 de março de 2020, a Covid-19 foi caracterizada como pandemia pela mesma OMS, vez que a Covid-19 atingiu 156 países, em sua maioria europeus, oportunidade em que o diretor-geral da OMS convocou um comitê de especialistas. Os casos confirmados no mundo, até 23 de abril 2020, atingiram o total de 2.544.792, com o acréscimo de 73.657 novos casos em relação ao dia anterior. Foram 175.697 mortes, com 6.689 novos óbitos em relação ao dia anterior.²⁷² Tais números só aumentam.

Com esteio nos domínios locais acima listados, especialmente, no espaço mental da pandemia, passa-se a saber acerca da atual realidade mundial pela disseminação da Covid-19, conforme o gráfico a seguir.

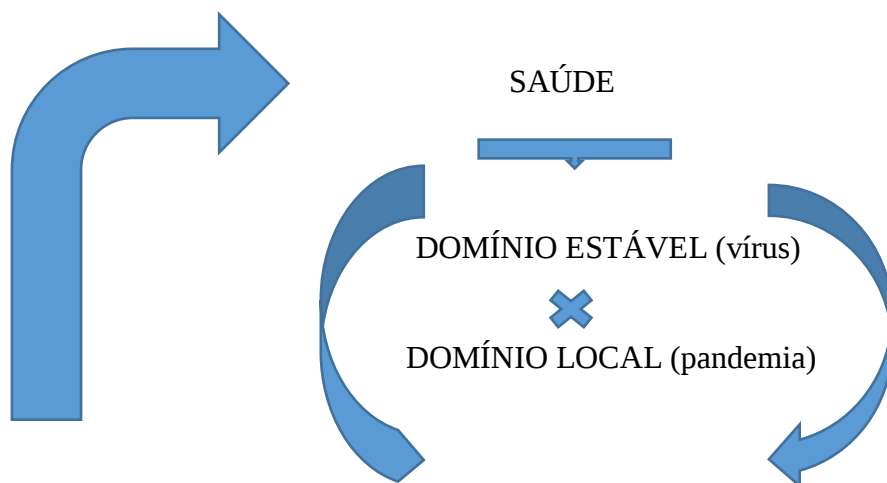
²⁶⁹ OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. **Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil**. [Em linha]. Brasília, 23 abr. 2020. [Consult. 23 jul. 2019]. Disponível em WWW:https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875 (acesso 24 de abril de 2020, 9:36) [atualizada em 23 de abril de 2020].

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² *Ibid.*

Gráfico 2: A atual realidade mundial pela disseminação da Covid- 19



Fonte: O autor.

Observe-se que o esquema acima é um construto inicial limitado a um nível de cognição que mostra apenas o extraordinário do problema de saúde pública: exorbitante número de contaminados, de internados, de mortes, de covas, inferido pelo conhecimento prévio que se tem sobre pandemia de um vírus que provoca a doença Covid-19.

Só que, ao mesmo tempo, o termo pandemia opera, neste caso, como um gatilho (*trigger*) para referir-se a um alvo (*target*), localizado em outro espaço mental:²⁷³ a sociedade, não propriamente uma cidade, um Estado, um país, uma comunidade transnacional, mas o mundo, o globo. O termo problema social de saúde pública, dispara tal gatilho para cidadão, Direito, humanidade, garantias, direitos fundamentais, responsabilidade e Estado, além de estabelecer a projeção entre duas áreas: a da Saúde Pública e a do Direito.

²⁷³ MARINHO, Elyssa Soares; FERRARI, Lilian – Mesclagem conceptual em piadas curtas. **Revista Linguística**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Linguística da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Vol. 12, n. 1 (jan./jun. 2016), p. 147-160.

Gráfico 3: A projeção da Covid-19 entre a Saúde Pública e o Direito

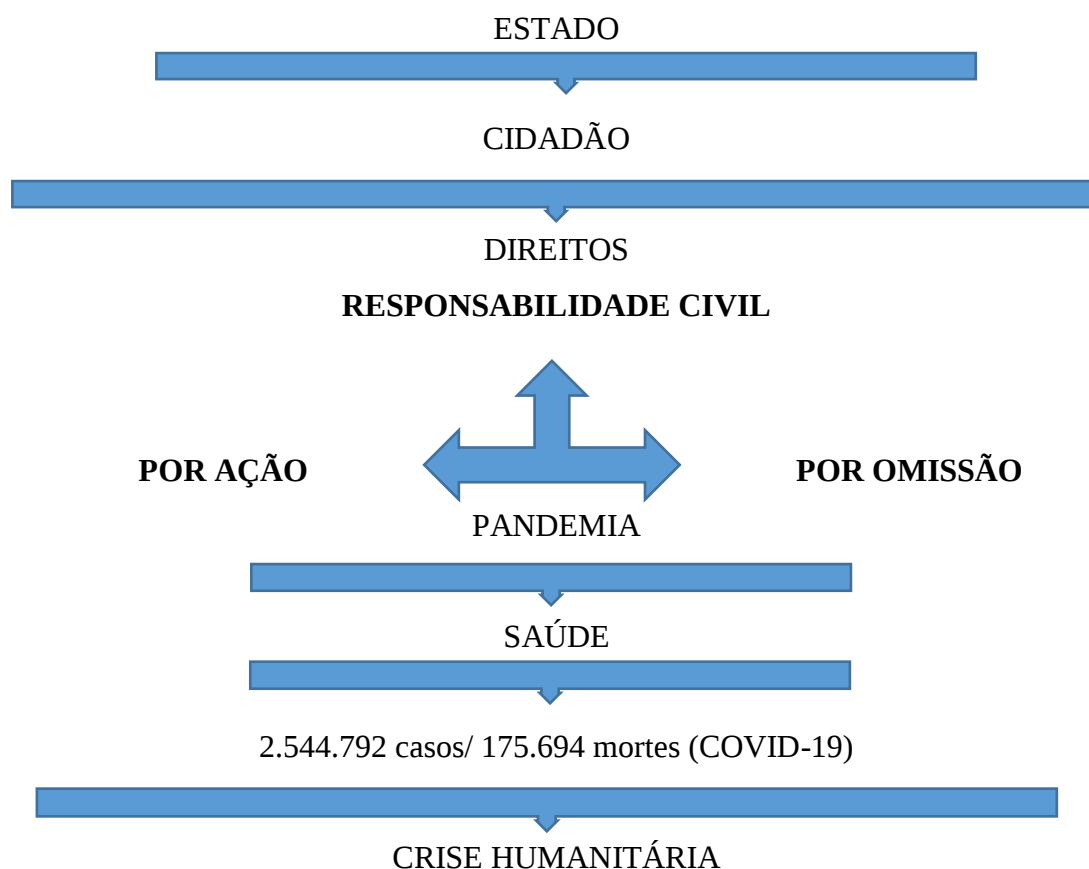


Fonte: O autor.

Caso o processo de cognição analisasse a pandemia de Coronavírus apenas na saúde, o constructo abarcaria os sintomas, o médico, o hospital, a gravidade da doença, a profilaxia, o risco de morte, o sofrimento das famílias, a perda, dentre outras. Como as mortes são em escalas assustadoras, não só pela doença, mas pela falta de leitos, de respiradores, de vacina, de medicamentos, de profissionais da área de saúde, de máscara, dentre outros, pressupõe-se que falta infraestrutura de toda ordem e que a responsabilidade passa a ser imediatamente exposta por um suposto não-fazer que repercute concretamente na pressuposição de um fato omissivo. Veja-se que para a responsabilidade civil ser capturada, o processo cognitivo precisa atravessar a omissão.

Ou seja, o problema de saúde pública cobra a responsabilidade civil e desmascara a omissão: aquilo que o Estado não fez (ou fez insuficientemente), mas que produz efeitos. A análise articula o cenário social de crise à responsabilidade e retorna para o que não foi feito pelo Poder legislativo, o que favoreceu não ter sido feito também pelo Poder executivo, ocasionando, em hipótese, o *quantum* indenizatório pelo dano.

Gráfico 4: O problema na saúde pública gera a responsabilidade civil estatal



Fonte: O autor.

O esquema acima manifesta como é central a responsabilidade civil que pode ser ocasionada também pela omissão. O domínio estável desse conceito, que é do âmbito do Direito, onde a questão pandêmica é projetada, encontra-se em capítulos anteriores desta dissertação que versam sobre a constitucionalidade da responsabilidade civil do Estado e das entidades públicas, por ação ou omissão, quando do exercício de suas funções (Constituição da República, Artigo 22º).

Via de regra, em Portugal, a solução no âmbito da responsabilidade civil do Estado legislador, está com a conversão do direito inconstitucionalmente negado no seu equivalente em pecúnia. A inconstitucionalidade gera a responsabilidade estatal quando o legislador se abstém de editar norma indispensável para a fruição de um preceito constitucional. Ou melhor, quando a ausência de uma norma regulamentadora obstrui o exercício de um direito constitucionalmente assegurado.

Buscam-se os domínios estáveis dessa relação entre os implicados acima e destaca-se que essa mesma responsabilidade civil incide sobre a garantia dos direitos à dignidade

humana nos domínios mais diversos da existência, precisando cada país manifestar constitucionalmente as prerrogativas da Declaração Universal dos Direitos Humanos.²⁷⁴ Nesse documento está declarado, inclusive, que todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.

Observando os Incisos I e VI do Artigo 19º da Constituição da República Portuguesa, o exercício dos direitos, liberdades e garantias apenas pode ser suspenso em caso de estado de sítio, ou de estado de emergência. Porém, em nenhuma hipótese, essa declaração do estado de emergência, que é o caso particular da pandemia do Coronavírus, pode afetar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania. Da mesma forma, não pode afastar a posterior responsabilização do Estado, se o futuro mostrar que as medidas estatais legislativas foram insuficientes ou insatisfatórias, até porque o estado de exceção tende a gerar danos.

Ademais, o legislador não pode eximir-se do dever de elaborar as normas pelas quais os direitos e as garantias constitucionais tornam-se exequíveis, em especial quando se fala de vida e saúde humanas. Portanto, na espécie, pode haver responsabilização estatal, se presentes os seus consabidos pressupostos, a saber: o fato jurídico consubstanciando em uma omissão legislativa relevante ou qualificada; a ilicitude legislativa por ofensa do dever de agir imposto pela Constituição ao legislador, em prejuízo de bens jurídicos protegidos por normas de direitos fundamentais, justamente por não ter o serviço público atuado para evitar a produção de danos ao longo da pandemia, dentro do razoável, exigível e possível; a culpa do legislador que deveria e poderia ter aprovado normas para atenuar ou mesmo contornar as consequências pandêmicas; o dano anormal que ultrapassa os custos próprios da vida em sociedade, ainda que em períodos de restrições excepcionais; e o nexo causal entre o dano e a omissão legislativa, se a promulgação da lei ausente (ou deficiente) evitasse (ou arrefecesse) o mal específico.

Ocorre que, no Século XXI, há princípios plenamente aplicáveis que regem as relações entre Estado e cidadãos, que devem ser levados em consideração pelos três poderes estatais, a luz do que se convencionou clamar de Neoconstitucionalismo (*vide* Capítulo n. 1.1.3), razão pela qual não há concessões constitucionais no que toca às garantias dos referidos direitos fundamentais, mesmo em estado de exceção ou emergência decorrente destes tempos maus de Covid-19.

²⁷⁴ ONU. Organização das Nações Unidas – **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [Em linha]. Rio de Janeiro, jan. 2009. [Consult. 23 jul. 2019]. Disponível em WWW:<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.

De acordo com a chefe do Poder Executivo da União Europeia, Ursula von der Leyen, atualmente, sequer há legislação suficiente que aborde diretamente o espetáculo pandêmico de uma crise humanitária, de onde decorre a dificuldade que a União Europeia tem enfrentado para exercitar a solidariedade comunitária, nestes tempos maus.²⁷⁵ Abaixo, a imagem gráfica do problema.

Gráfico 5: A pandemia como crise humanitária



Fonte: O autor.

O termo colapso é uma metáfora para a projeção da realidade social caótica. Termo da área da saúde. Diz respeito a um evento fatal e súbito. É uma projeção que a voz do sistema público de saúde realiza com frequência para justificar a quarentena, cuja necessidade se manifesta pela repetição incessante do enunciado “Fica em Casa”, de onde se entende que é

²⁷⁵ PINTO, Ana Estela de Souza – Sob pandemia, Europa fecha portas, protege mercados e rediscute união. [Em linha] **Folha de S.Paulo**. São Paulo, 1º abr. 2020. [Consult. 23 maio 2020]. Disponível em WWW:<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/sob-pandemia-europa-fecha-portas-protege-mercados-e-rediscute-uniao.shtml>.

uma exigência pública da qual se pressupõe que é preciso o isolamento social para que o sistema de saúde não se esgote.

Infelizmente, o sistema de saúde não garante esse direito a todos os cidadãos, nem em tempos de normalidade, já que não tem leitos suficientes, nem respiradores, nem profissionais da área da saúde, nem remédio, nem vacina, para um vírus que não é novo, mesmo que desconhecido nesta nova configuração.

Gráfico 6: Colapso



Fonte: O autor.

O esquema anterior é um dos construtos para se chegar ao sentido do enunciado “Fica em Casa”. Invertendo, tem-se o sentido sócio-político:

Gráfico 7: A responsabilidade estatal decorrente do Colapso



Fonte: O autor.

Esta é uma discussão que não se esgota nesta pesquisa e que marca a sua continuidade, porque o suprimento das carências sanitárias exigidas pela pandemia e o desmascaramento da desigualdade social em tempos de crise aguda, colapsa também o sistema econômico, outro âmbito a ser discutido em outras investigações ou em outros construtos. A projeção da pandemia no âmbito econômico muda o rumo deste construto que projeta a pandemia no domínio social do Direito.

Segundo Boaventura de Sousa Santos,²⁷⁶ a pandemia testa a solidariedade. Pandemia significa, sócio politicamente, todo o povo e, ao mesmo tempo, provoca uma comoção mundial, para além de transnacional.²⁷⁷ É um momento em que a carência mundial se manifesta. Impossível falar de um distanciamento social e de quarentena, sob a ordem pública do “Fica em Casa”, enquanto milhares não têm as garantias necessárias para fazê-lo. A exemplo, o campo de Moria, na Grécia, onde ficam refugiados e imigrantes, com uma torneira de água para 1300 pessoas e falta sabão.²⁷⁸ Santos chama de a Europa invisível, que se contrapõe à transparência do vírus que empalidece a luz dos mercados. A realidade pandêmica faz aparecer tudo o que está oculto, escondido, inclusive as consequências do que não foi feito, pensado, escrito, legalizado, diante de medo e morte. Medo da morte, caos que elimina a particularidade das pessoas. É o resultado da guerra entre os homens e o Coronavírus.

²⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa – **A Cruel Pedagogia do Vírus**. Coimbra: Almedina, 2020, p. 5.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 7.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 18.

Diante da ordem pública, transnacional, existe o reino das consequências e efeitos das omissões estatais. Diante da ausência de garantias aos cidadãos fica evidente que os sistemas de saúde não estavam prontos para enfrentar a pandemia. Seria, sob a visão de Santos,²⁷⁹ um Estado de exceção antidemocrático, pois a quarentena faz transparecer a desigualdade, a discriminação dos menos favorecidos, a situação dos trabalhadores informais, a situação daqueles que não têm onde se abrigar e dos 25% da população mundial que vive sem a infraestrutura necessária à vida digna apregoada pela declaração dos direitos fundamentais.

Questiona-se a quem cabe também a responsabilidade de garantir a quarentena a todos os cidadãos. Sem garantia, a quarentena, segundo o mesmo autor, reforça a visibilidade da obrigação não cumprida em tempos de crise. A pandemia do Coronavírus não mata indiscriminadamente, porque atinge, em cheio, primeiro aqueles que não têm a mínima condição de seguir as orientações da Organização Mundial de Saúde. E, nessa realidade pandêmica, o que poderia sobressair da responsabilidade civil estatal sobressai da omissão, inclusive, legislativa.

O Tratado de Funcionamento da União Europeia, em seu Artigo 340º, traz expressamente o tema da responsabilidade civil do Estado e determina que, em matéria de responsabilidade extracontratual, cabe à UE indenizar os danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos países membros.

Em Portugal, nas situações de omissão estatal legislativa, no âmbito da aplicação do Direito interno, tem lugar o regime de responsabilidade estabelecido pela Lei n. 67/2017. Por outro lado, nas situações em que esteja em causa a aplicação de Direito da União Europeia, o juiz português deve ter em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, por meio da qual os lesados devem ser indenizados.

Inegáveis e inevitáveis são os efeitos da crise humanitária nesta pandemia de Coronavírus: o mundo está em fratura. Há uma quebra entre a economia da saúde e a saúde pública,²⁸⁰ enquanto os gastos de emergência não alcançam as necessidades. E tudo fica às claras, inclusive a responsabilidade civil por omissão, também, legislativa.

²⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa – **A Cruel Pedagogia do Vírus**. Coimbra: Almedina, 2020, p. 14.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 24.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil do Estado é um dos temas mais importantes e sedutores da atualidade, e isso se percebe pelo dinamismo e pela pluralidade de questões teóricas relevantes que o envolvem. Nas últimas décadas, este tema foi redescoberto, não apenas em termos de estruturas conceituais e abstratas, mas também pela revalorização das situações concretas, a exemplo da crise do Covid-19. A responsabilidade civil é um dos institutos que mais se enriquece com a adoção dos novos paradigmas em Direito civil.

No decorrer do estudo, percebeu-se que, em relação à responsabilidade civil, passou-se a olhar menos para a culpa e focar no dano e na sua responsabilização, em claro contraste com o que acontecia no passado. Nesse sentido, também se verificou maior preocupação com a vítima que sofreu o dano, buscando-se soluções que amparem cada vez mais tais vítimas.

No corrente século, a responsabilidade civil do Estado é um caminho de progressiva responsabilização estatal. Há um crescente estreitamento dos campos vazios de normatividade em relação às omissões (e ações) estatais. Percebe-se que há princípios plenamente aplicáveis que regem as relações entre o Estado e os cidadãos, os quais exigem consideração pelos intérpretes, quando da análise dos casos de responsabilidade civil estatal (logo, da presença ou não dos seus pressupostos ou condições), razão pela qual, na contemporaneidade, é indispensável o cotejo da responsabilidade civil do Estado com os princípios da responsabilidade civil, a fim de se garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais do lesado. Ressaltamos os princípios da primazia do interesse da vítima, da proteção e da solidariedade social, plasmados nos Artigos 1º, 2º e 9º, Alínea b, da Constituição da República.

Como visto, a responsabilidade civil consiste na necessidade imposta por lei a quem causa prejuízos a outrem de colocá-lo na situação em que estaria sem a lesão, mediante reconstituição natural ou indenização pecuniária. Ademais, o Estado pode responder por danos causados pelo exercício de qualquer um de seus poderes, mesmo se o ato praticado for lícito, porém imponha a uma pequena parcela de pessoas um grande sacrifício em prol do interesse público.

Dessa forma, percebe-se que, no campo doutrinário, é quase unânime a existência de responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. No campo da jurisprudência, há diversos julgados corroborando com tal linha de pensamento. Portanto, conclui-se que o Estado responde pelos danos causados a terceiros, decorrentes de normas inválidas ou válidas que

imponham sacrifício desproporcional a certo segmento social em prol do interesse público. Tal há de ser verificado, no caso concreto, com esteio no princípio da dignidade humana, por meio de um juízo de ponderação entre o dano singular e o benefício coletivo.

Em Portugal, de um modo geral, as demandas promovidas em face do Estado são de competência da Justiça Administrativa, conforme Artigo 4º, Inciso I, Alínea g do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais. Outrossim, quando do julgamento da demanda, somente cabe ao Judiciário fixar a compensação pelos danos decorrentes da omissão legislativa. Não pode haver o suprimento jurisdicional de um vácuo legislativo, sob pena de ocorrer o desequilíbrio da divisão dos poderes estatais.

A proximidade da responsabilidade civil do Estado com vários segmentos do Direito também tornou o tema abordado bastante peculiar. E isso deixou um alerta para o perigo de uma abordagem que pudesse vir a ser unilateral ou segmentada. Do que se observou no decorrer do presente estudo, percebeu-se a necessidade de um permanente diálogo interdisciplinar entre vários ramos do Direito, como constitucional, civil, processual, administrativo e comunitário. E mais: esse diálogo teve como pano de fundo relevantes discussões que fizeram se vislumbrar o quanto superficial seria o estudo da responsabilidade civil do Estado sem considerar as transformações que redefiniram em boa medida o tema, especialmente no que tange ao Direito da União Europeia, haja vista Portugal em tempos de União Europeia.

Um aspecto que não se aceita, no Século XXI, é a ideia, que antes predominava, de que existem, na ordem jurídica, soluções predeterminadas para todos os problemas e que o único papel do intérprete seria o de descobrir quais são as respostas. Hoje se sabe que não bastam apenas regras ou normas pré-estabelecidas que possam resolver as questões jurídicas que permeiam a responsabilidade civil do Estado por omissão. É preciso também observar os princípios que regem este instituto. E em se tratando dos princípios, mesmo que haja eventual tensão entre eles, a precitada ponderação deve equacioná-los, com proporcionalidade. E esta pode ser exercida sob três aspectos: primeiro, a existência de casos concretos; segundo, a necessária adequação de determinada situação a contextos distintos; e terceiro, a ponderação dos interesses envolvidos para que o intérprete chegue à solução.

Em regra, nas situações em que houver danos, ali deverá haver o reparo. E, em se tratando de danos ocasionados por inércia estatal, o legislador lusitano, por mais que perceba que a regra geral do país é que a responsabilidade civil seja subjetiva, posto que em princípio somente terá a obrigação de ressarcir o dano aquele que tiver sido culpado por ele, este mesmo

legislador, dependendo do caso, deverá observar a regra especial, em que a responsabilidade é objetiva. Dessa forma, caberá ao legislador também agir com ponderação ao caso concreto.

Sobre a responsabilização estatal, o Estado ocupa uma posição peculiar, uma vez que, possuindo o domínio do poder, é um forte candidato a violar direitos fundamentais. Nestes casos, é dever do Estado atuar preventivamente, a fim de evitar lesões aos direitos e proteger o cidadão. Ou seja, o Estado está obrigado não apenas a se abster de determinadas ações que violariam os direitos fundamentais, como está obrigado a agir quando os bens protegidos pelos direitos fundamentais estiverem ameaçados ou ofendidos.

Em Portugal, na situação ocorrida no Caso Aquaparque (1993), se a ação fosse julgada atualmente sob o pálio da Lei n. 67/2007 – ainda assim – deveria ser novamente julgada procedente, tendo em vista que a responsabilidade objetiva do Estado possui matriz constitucional (CP Artigo 22º). Porém, os tribunais lusitanos tem hodiernamente interpretado de forma restritiva o Artigo 15º daquela norma, razão pela qual provavelmente seria hoje julgada em desfavor dos autores, com espeque em análise dos recentes precedentes portugueses, no que tange à responsabilidade estatal por omissão normativa. É oportuno concluir que os tribunais de Portugal não aplicam, com a adequada amplitude, a Lei n. 67/2007. Talvez não se ativeram ao espírito do legislador, bem assim a sua ontologia constitucional.

O julgado Aquaparque é de 1993. Desde então, trouxe preocupações ao poder público, o qual temia que a jurisprudência se consolidasse e gerasse efeito multiplicador. Não surpreende, portanto, o fato de o legislador ter procurado atar as mãos dos tribunais comuns, ao exigir prévia manifestação do Tribunal Constitucional para enfrentamento da responsabilidade civil por omissão legislativa. Estabelece o Artigo 15º, n. 5, da Lei n. 67/2007 que a constituição de responsabilidade fundada em omissão legislativa depende de prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional. No caso Aquaparque, não se exigiu aludida manifestação pretérita, por não haver a exigência legislativa ocorrida em 2007.

Tal dispositivo legal padece de inconstitucionalidade, pois limita o direito fundamental auto executável estabelecido no Artigo 22º da Constituição da República Portuguesa (leia-se: direito ao ressarcimento dos danos causados por omissões legislativas), bem como viola o direito de acesso aos tribunais comuns (Inciso I do Artigo 20º da CRP), pois condiciona e compromete a resolução dos litígios respeitantes à responsabilidades por omissões legislativas. A ação indenizatória tem natureza autônoma, mesmo porque a responsabilidade civil por omissão legislativa difere da inconstitucionalidade por omissão, na medida em que possuem objetivos/efeitos díspares, respectivamente, declaratórios e ressarcitórios.

Percebe-se que o n. 5 do Artigo 15º da Lei n. 67/2007 é inconstitucional. Limita o direito fundamental autoexecutável previsto no Artigo 22º da Constituição da República Portuguesa. Cria um tipo de pressuposto processual, que obstaculiza a indenização estatal por omissão legislativa. Efetivamente, viola o princípio da tutela jurisdicional efetiva estampado nos Artigos 20º e 268º da Constituição. Antes de 2007, mesmo inexistindo decisão do Tribunal Constitucional sobre a inconstitucionalidade por uma omissão legislativa, o particular lesado tinha condições de propor ação civil, com esteio direto no Artigo 22º da CRP.

O Artigo 15º, n. 5, representa um retrocesso do sistema jurídico português. Antes da edição da Lei n. 67/2007, não havia tal questionável pré-requisito no ordenamento lusitano. A norma concede uma espécie de isenção de responsabilidade, vez que – ao exigir a aludida prévia manifestação do TC – cria um elemento de exclusão legal da responsabilidade civil estatal por omissão legislativa. É uma distorção jurídica fazer depender a responsabilização civil por omissão legislativa do controle prévio de inconstitucionalidade. Acaso mantida em vigor a atual redação do Artigo 15º, n. 5, do RRCEEP, haverá a desidratação das situações de responsabilidade civil do legislador. É ilusória a ideia de que não existindo uma prévia declaração de inconstitucionalidade por omissão não haverá uma omissão do legislador passível de indenização estatal. O citado Artigo 15º, n. 5, somente se traveste de aliado da responsabilidade civil pública. Porém é algoz do instituto. A norma põe uma trava na porta de acesso à responsabilidade civil por omissão. Isto exige uma medida, por parte do Poder Legislativo português, no sentido de alterar ou mesmo de revogar o dispositivo.

Enquanto não se reforma ou revoga a lei, entendemos que, em Portugal, o juiz da ação de indenização por danos estatais decorrentes da omissão legislativa deve diretamente receber, processar e julgar a demanda – independentemente de cumprimento do pré-requisito da manifestação prévia do Tribunal Constitucional. Basta afastar a exigência da regra, reputando-a inconstitucional *incidenter tantum*, mesmo que de ofício, ou seja, sem o requerimento expresso das partes, na medida em que se trata de questão de ordem pública. Ajuizada a ação, a existência da responsabilidade civil por omissão legislativa deve ser objeto de fiscalização imediata e concreta do juiz titular do processo.

Verificamos, na espécie, um problema de efetividade, pois o próprio Estado tem adotado mecanismos alternativos, pontualíssimos, que tangenciam a sua aplicação ampla, como condições ou pré-requisitos para o exercício do direito fundamental à indenização estatal, plasmado no Artigo 22º da Constituição da República Portuguesa. Existe, portanto, um abismo entre o direito efetivo e o direito do livro, *low book*.

Apesar do abismo dessa problemática com a efetividade, não deve haver tolerância em o Estado se abster, ou seja, em ser omissor. Há um dever qualificado de agir, desde que esta ação seja pautada na razoabilidade e na prudência, razão pela qual o Estado deverá responder pelos danos causados por omissão. A inércia legislativa pode gerar não apenas o dano ao indivíduo em casos onde era primordial a atuação de uma lei: se houver mora, também, presencia-se um desrespeito à Constituição.

Em um sistema constitucional, em que há o dever de proteção do Estado, este não está livre para decidir se edita determinadas leis ou não. O indivíduo, cujo interesse é constitucionalmente protegido, pode ter seus direitos violados pela inércia legislativa, oportunidade em que surge uma pretensão contra o Estado. Em outras palavras, o legislador que permanece omissor, ou se recusa a agir, viola não somente o Direito constitucional objetivo, mas também o direito individual do cidadão.

Ainda o presente estudo demonstrou que, em se tratando da violação dos direitos dos cidadãos que sejam de países-membros e que de alguma forma tenham sofrido dano em um país coirmão, ali o Estado se responsabilizará. Aqueles deverão ser protegidos pelo Direito da União Europeia. Especialmente nos casos de violação dos direitos fundamentais dos referidos cidadãos, a jurisprudência comunitária evoluiu para um direito europeu de responsabilidade extracontratual dos Estados por violação do sistema normativo comunitário.

Os danos resultantes da ofensa ao Direito comunitário não se encontram expressos no direito originário da União Europeia. Contudo, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) considerou que a responsabilização dos estados-membros é inerente ao sistema do Tratado. Vale ressaltar que o Direito nascido do Tratado não se submete às oposições judiciais ou legais internas. Isso independente da natureza da norma e de sua vigência. Mesmo que a lei seja posterior à norma Comunitária, esta última sempre prevalecerá. Dito isto, o que se compreende é que o primado do Direito comunitário é pressuposto de existência deste, não podendo ser derogado ou alterado por norma de direito interno – salvo em caso extremo de saída da UE, como recentemente se deu com o Reino Unido, por meio de decisão local soberana.

O ato legislativo nacional é frequentemente de execução de um prévio ato de Direito da União Europeia. Ocorre uma redução do âmbito da liberdade de conformação do legislador nacional, portanto. Há ilicitude na omissão do legislador nacional por ausência de transposição de diretivas comunitárias. Esse é o argumento favorável e adicional da tese da autonomia da ação de responsabilidade civil por ato legislativo, independentemente de qualquer declaração

prévia de inconstitucionalidade por parte do TC, pois o TJUE afasta a tese de que os supremos tribunais nacionais possam servir de último parâmetro conformador de normas nacionais com o Direito da União Europeia.

Ressalta-se haver responsabilidade do Estado por incumprimento, caso o legislador nacional aprove normas de direito interno desconformes com o Direito da União Europeia que é relevante.

No Direito da União Europeia, repousa a questão da supremacia. Há prevalência na aplicabilidade de suas normas, em detrimento das leis locais. Contudo, tal situação encontra amenidades quando o TJUE submete o regime de responsabilidade civil por violação de Direito Comunitário aos moldes processuais/procedimentais locais. Efetivamente, e à semelhança da jurisprudência comunitária no âmbito de ações por omissão estatal legislativa, a UE é tratada pelo Direito Comunitário como uma unidade, e tal situação independe das regras internas de distribuição de competências ou de exercício das suas diversas funções.

Estando todas as funções do Estado submetidas ao Direito da União Europeia, por força do princípio do primado, o âmbito da responsabilidade por omissão do Poder Legislativo fez surgir os primeiros acórdãos relativos à responsabilidade dos estados-membros por violação de Direito comunitário. A ausência de atendimento a uma diretiva e a falta de aprovação de diplomas necessários à concretização de Regulamentos, dentre outras situações, ensejam a responsabilização dos estados-membros por omissão, haja vista a proteção efetiva dos direitos dos particulares explicitados no ordenamento jurídico da União. Foi o que se deu, por exemplo, no paradigmático Caso Francovich. A decisão do STJ, colhida na Coletânea de jurisprudência TJUE, I-5357, n. 36, cuida de responsabilidade civil do Estado, Direito comunitário, transposição de diretiva comunitária, e omissão como acidente de percurso. Aduz que os países membros estão obrigados a reparar os prejuízos causados às partes pela violação do Direito da União Europeia; que essa violação pode resultar da não aplicação na ordem jurídica interna das normas e princípios comunitários, por omissão (ou quando desrespeite acórdãos do TJUE); que a responsabilidade do Estado resulta de um comportamento omissivo violador do Tratado; e que a omissão é ético e juridicamente censurável.

O projeto originário da Lei n. 67/2007, inclusive, previa textualmente a responsabilidade estatal por não concretização de normas de direito da União Europeia, o que restou barrado por veto presidencial. Assim, os parâmetros de efetivação dessa responsabilidade continuam aqueles estabelecidos pela decisão Francovich, confirmada por julgamentos subsequentes. Verifica-se que o legislador português tentou eximir-se de uma relevante parcela

de responsabilidade. Em vão, o Artigo 22º da Constituição da República é autoaplicável. A amplitude de um direito constitucional exequível por si mesmo jamais poderia ser limitada por uma norma de hierarquia inferior.

Significa que o Direito Administrativo Europeu diante de um contexto globalizado faz surgir um novo Direito Administrativo Português, fato que vem inevitavelmente do Direito da União Europeia. Fala-se do *ius commune* europeu, para além da europeização do Direito Administrativo.

Esse novo Direito reforça o sistema nacional de proteção e de garantia dos direitos subjetivos dos particulares. As noções de Estado de Direito e de direitos fundamentais dos cidadãos ficam reforçadas nesta realidade para a qual precisam se articular e se ajustar. Tal realidade comunitária inclusive obriga o Direito Administrativo português a fazer do direito subjetivo seu centro.

A europeização do Direito administrativo tem impulsionado a modernização do sistema administrativo lusitano, no âmbito da estrutura interna, rumo à nova dimensão do Direito Administrativo português. Está sendo, pode-se dizer, reelaborado em seus dogmas.

É nesse sentido que o Direito Administrativo e o Direito da União Europeia passam a se constituir de novas formas, com base em outros princípios de uma comunidade complexa. A ciência, o legislador e o juiz precisam compreender esse fato: o regime de DUE remodelou o regime nacional português.

É nesse contexto de progressão e de mudança das relações mundializadas que reside a ratificação do dever estatal de indenizar os prejuízos causados pelo próprio Estado. No mesmo logos, são definidas as condições da responsabilidade do Estado pela violação do Direito da União Europeia.

Qualquer alteração normativa referente à responsabilidade extracontratual estatal não pode olvidar o Direito comunitário, em matéria de responsabilidade do Estado por incumprimento. Também não pode esquecer dos requisitos comunitários de tal responsabilidade insculpidos em julgados sucessivamente do Tribunal de Justiça da União Europeia. Da mesma forma que o princípio constitucional da responsabilidade do Estado condiciona o regime infraconstitucional português (CRP, Artigo 22º), o princípio comunitário da responsabilidade dos países integrantes por incumprimento condiciona a normatização nacional.

Sequer remanesce impasse na aplicação de normas jurídicas pelo fato de Portugal fazer parte da União Europeia, haja vista o princípio da primazia da norma comunitária sobre a

nacional. O fato de Portugal ser um estado-membro da União Europeia é inclusive um agravante para a responsabilidade estatal por omissão legislativa, pois tal vácuo pode decorrer tanto da inércia legislativa referente ao direito local, quanto da leniência legiferante comunitária. Logo, há implicações gravosas para a omissão legislativa nesse cenário, para além das configurações do Estado-nação. Os novos paradigmas que compõem a Responsabilidade Civil do Estado, buscam a realização de uma justiça substantiva e concreta cuja preocupação prioritária é a vítima, ou seja, o cidadão ofendido em seu direito, pelo qual o Estado é responsável, especialmente no que tange aos danos decorrentes da omissão legislativa.

Ao investigar a orientação jurídica da Responsabilidade Civil do Estado por Omissão Legislativa, analisando a interferência do fato de ser Portugal um estado-membro da União Europeia, pensou-se essa realidade em movimento a partir da complexidade própria não só dos elementos abstratos do fato jurídico, objeto desta investigação, mas também do contexto transnacional que coloca o problema sob uma ótica ampliada e articulada.

Retomando o objetivo a partir do qual se investiga a interferência da europeização na responsabilidade civil da omissão legislativa em Portugal, tornou-se necessário percorrer espaços aparentemente distantes, porque foi preciso resgatar o ato legislativo como fundamento dos atos administrativos estatais, para buscar a relevância da omissão legislativa, especialmente, quando fragiliza as garantias e os direitos fundamentais.

Além disso, sendo Portugal um estado-membro da União Europeia, seria limitado tratar apenas do Direito interno ao Estado-nação. Se assim tivesse sido feito, os resultados mesclariam os efeitos da realidade transnacional, porque está no princípio da índole comunitária, que não pode ser desrespeitado por nenhum estado-membro, o suprimimento da responsabilidade civil por omissão legislativa, mesmo porque o princípio da responsabilidade do Estado por incumprimento é um instrumento fundamental na ordem jurídica comunitária.

Ressalta-se que o caráter comunitário desse princípio tem, de igual modo, reflexos ao nível do regime material e processual nacional, se presente a responsabilidade civil extracontratual do Estado. Este regime não pode contrariar o disposto pela Ordem Jurídica comunitária, como também os estados-membros não podem tornar impossível ou excessivamente difícil a efetivação desse direito. Em suma, são os tribunais locais competentes para aferir tal responsabilidade dos respectivos estados-membros, enquanto tribunais comuns de aplicação do Direito da União Europeia; a responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares se refere a qualquer hipótese de violação do Direito comunitário cometida por

um estado-membro, independentemente do órgão deste último, cuja ação ou omissão tenha dado origem ao descumprimento.

Portugal e qualquer outro país-membro da União Europeia está obrigado à aplicação do princípio comunitário da responsabilidade civil extracontratual por incumprimento, sempre que ocorrer descumprimento estadual e que preenchidos os requisitos cumulativos fixados pela jurisprudência, até porque é efetiva a responsabilidade do Estado português por incumprimento do Direito da União Europeia, antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 67/2007. É concreto o princípio comunitário da responsabilidade civil por incumprimento, bem assim o modo como os tribunais nacionais aplicam os requisitos comunitários no que tange à responsabilidade estatal

Sem dúvida, com a transnacionalização, necessitou-se criar novos mecanismos para auxiliar e aproximar a comunidade, mediante a ampliação de suas funções, como novos axiomas, com ênfase na adoção do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade nas escolhas públicas, em defesa dos direitos humanos. Tal ensejou uma revolução da Administração focada nos institutos do Direito Administrativo para a União Europeia.

Em arremate, a ausência de referência expressa à responsabilidade do Estado legislador, por falta de transposição (ou da execução) do Direito da União Europeia, agride o Sistema Jurídico Comunitário. Não obstante a lacuna legal, o Estado é responsável não apenas pela ação, mas também pela omissão de Direito da União Europeia imputável à função político-legislativa, com esteio no próprio Direito comunitário, sendo cabível ação civil indenizatória por omissão estatal legislativa que não dê cumprimento à norma do Direito europeu. Assim, a europeização do Direito administrativo tem impulsionado a modernização do sistema administrativo lusitano, no âmbito da estrutura interna, rumo à nova dimensão do Direito Administrativo português.

O Direito está sendo, pode-se dizer, repensado em seus dogmas e, sem dúvida, Portugal – também por serem estes tempos de União Europeia – é responsável civilmente pelos danos causados a pessoas físicas ou jurídicas por omissão legislativa, inclusive no que tange a pandemia de Covid-19.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Maria Emilia – **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. ISBN 978-852-03-0641-3.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **Order of the Second Senate of 28 May 1993**. 2 BvF 2/90. [Em linha]. Berlim, 28 May 1993. § 1-434. [Consult. 15 fev. 2017]. Disponível em WWW: http://www.bverfg.de/e/fs19930528_2bvf000290en.html

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente – **Direito administrativo descomplicado**. 16.^a ed. São Paulo: Método, 2016. ISBN 978-853-09-6819-9.

ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos fundamentais**. Trad. Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN 978-85-7420-872-5.

ALVES, Luísa Verdelho – Tutela ressarcitória e outras respostas do sistema de justiça da Comunidade Europeia perante o incumprimento dos Estados. **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**. ISSN 1646-1029. N. 12 (2007), p. 137-163.

AMARAL, Diogo Freitas do – **Curso de Direito Administrativo**. 3.^a ed. São Paulo: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6496-3.

AMARAL, Maria Lúcia – Responsabilidade do Estado-legislador: Reflexões em torno de uma reforma. THEMIS – **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa**. ISBN 978-972-40-0640-1. Ano 2, n. 4, (jul. 2001), p. 5-21.

AUSTIN, John Langshaw – **Quando dizer é fazer: palavras e ação**. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. ISBN 978-019-28-1205-6.

BARAV, Ami – The effectiveness of judicial protection and the role of national courts. In EUROPEAN LAWYERS' UNION – **Judicial protection of rights in the Community legal order**. Brussels: Bruylant, 1997. p. 259-294.

BARROSO, Luís Roberto – **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999. ISBN 850-20-1938-4.

BINENBOJM, Gustavo – A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.) – **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ISBN 978-857-38-7978-0. p. 743-780.

BOBBIO, Norberto – El poder y el Derecho. In BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo – **Origen y fundamentos del poder político**. México: Grijalbo, 1985. ISBN 970-05-0322-4. p. 19-64.

CABRAL, Pedro; CHAVES Mariana Cima – A Responsabilidade por actos jurisdicionais em Direito comunitário. **Revista da Ordem dos Advogados**. ISSN 0870-8118. Ano 66, vol. 2 (set. 2006).

CAHALI, Yussef Said – **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. ISBN 978-852-03-3076-0.

CALVÃO, Filipa – **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas**. Lisboa: Universidade Católica, 2013. ISBN 978-97-254-0384-6.

CAMACHO, Alberto; CRUJEIRA, Carlos A.; LUCENA, José M.; PINHO, Ivo – **Gestão Pública: uma abordagem Integrada**. Lisboa: Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos Ltda., 1982. ISBN 978-98-984.4904-7.

CAMARA, Miguel Bettencourt da – **A Acção de Responsabilidade Civil por omissão legislativa e a norma do n. 5 do Art. 15º da Lei n. 67/2007: Alguns efeitos substantivos e processuais**. Coimbra: Coimbra, 2011. ISBN 978-97-232-1940-1.

_____ – **A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos: Algumas Ponderações do Legislador (Limites à elasticidade da norma do Art. 22º da CRP)**. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-97-262-9113-8.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpr., ed. limit. Coimbra: Coimbra, 2007. ISBN 978-97-232-0996-9.

CARNEIRO, Wálber Araujo – **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. ISBN 857-34-872-1.

CARRAZZA, Roque Antonio – **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2000. ISBN 978-857-42-0447-5.

CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 15.^a ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2014. ISBN 978-859-70-0401-4.

CAUPERS, João – **A Responsabilidade do Estado e outros entes públicos**. [Em linha]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2019. [Consult. 15 fev. 2017]. Disponível em WWW: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jc_MA_5351.doc

_____ – **Introdução ao Direito Administrativo**. 11.^a ed. Lisboa: Âncora, 2013. ISBN 978-97-278-0418-4.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

CAVALIERE FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito administrativo**. 15.^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2014. ISBN 978-85-97-00180-8.

CHIOVENDA, Giuseppe – **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 2. Trad. J. Guimarães Menegale. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1969. ISBN 857-046-8067-2.

CIANCI, Mirna – **O Valor da Reparação Moral**. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN 978-850-20-5746-3.

COSCARELLI, Carla Viana – Uma conversa com Gilles Fauconnier. **Revista Brasileira de Linguística Aplicada**. ISSN 1984-6398. Vol. 5, n. 2 (2005), p. 291-303.

COXO, Ana Raquel. A responsabilidade civil extracontratual do Estado-Legislator por omissões legislativas inconstitucionais e a incógnita em torno dessa responsabilidade no caso de omissões legislativas ilegais: o caso das leis reforçadas. **Revista Eletrônica de Direito Público**. ISSN 2183-184X. Vol. 4, n. 2 (2017), p. 246-272.

CRETELLA JÚNIOR, José – **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. ISBN 978-853-09-0521-7.

_____ – Responsabilidade do Estado por ato legislativo. **Revista de Direito Público**. ISBN 9989724006904. Ano 1, n. 71 (jul./set. 1984), p. 60-75.

_____ – **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. 8. São Paulo: Forense, 1998. ISBN 978-853-09-2254-2.

CRUZ, Rogerio Schietti – A Futura Responsabilização pelas Mortes da Pandemia. [Em linha]. **Estadão**, São Paulo, 25 mar. 2020. [Consult. 15 fev. 2017]. Disponível em WWW:<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-futura-responsabilizacao-pelas-mortes-da-pandemia/>

CUNHA, Maria Angélica Furtado da; OLIVEIRA, Mariangela Rios de; MARTELOTA, Mário Eduardo – **Linguística Funcional: teoria e prática**. São Paulo: Parábola, 2015. ISBN 978-857-93-4105-2.

DALLARI, Dalmo de Abreu – **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-850-20-7329-6.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 27.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 852-24-8680-8.

DIAZ, Elías – **Estado de Derecho y Legitimidad democrática en Estado de Derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina**. Ciudad de México: Siglo XXI, 2002. ISBN 978-9977-68-274-7.

DINIZ, Maria Helena – **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada**. 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-850-21-4330-2.

DUARTE, Maria Luísa – **A Cidadania da União e a responsabilidade dos Estados por violação do Direito comunitário**. Lisboa: Lex, 1994. ISBN 972-9495-25-4.

DUCROT, Oswald – **Dizer e não dizer: Princípios de semântica linguística**. São Paulo: Cultrix, 1977. ISBN 978-857-11-3002-9.

DURÁN, Víctor. **Estado Social de Derecho, Democracia y Participación**. [Em linha]. Valle de Bravo, México, 22-25 abr. 2001. [Consult. 15 fev. 2018]. Disponível em WWW:https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/4/44/Estado_Social_de_Derecho,_Democracia_y_Participaci%C3%B3n.pdf

ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy Andrés – En torno al debido proceso en sede administrativa y si viabilidad en el escenario peruano y mundial. [Em linha]. **Revista Jurídica Cajamarca**. ISSN 2224-4123. Año 4, n. 12, (jul./sept. 2015). [Consult. 20 ago. 2019]. <https://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista12/debido.htm>

ESTEVES, Júlio César dos Santos – **Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. ISBN 278-972-40-0660-0.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila – **Direito e holismo: introdução a uma visão jurídica de integridade**. São Paulo: LTr, 2000. ISBN 857-32-2895-4.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson – **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9955-7.

FAUCONNIER, Gilles – **Mental Spaces**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. ISBN 978-05-21-44499-6.

_____; TURNER, Mark – **The way we think: conceptual blending and the mind's hidden complexities**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. ISBN 978-04-65-08785-3.

FERIGUETTI, Karen Muniz – Lógica, Enunciação e Cognição: Três Momentos no Estudo da Pressuposição. [Em linha]. **Revista (Con)Textos Linguísticos** (Edição Especial). ISSN 1982-291X. Vol. 3, n. 3.1 (2009), p. 197-216. [Consult. 23 jul. 2019]. Disponível em WWW:<http://periodicos.ufes.br/contextoslinguisticos/article/view/5273>

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery – Aspectos Polêmicos da Responsabilidade do Estado Decorrente de Atos Legislativos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. ISSN 1518-272X. Vol. 39, n. 2 (abr./jun. 2002), p. 97-114.

FONSECA, Isabel Celeste M. **Processo Temporalmente Justo e Urgência – contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa**. Coimbra: Coimbra, 2009. ISBN 978-97-232-1690-5.

FOUCAULT, Michel – **Em Defesa da Sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ISBN 978-857-82-7300-2. p. 151-155.

FREGE, Gottlob – **Lógica e Filosofia da Linguagem**. Trad. Paulo Alcoforado. São Paulo: Cultrix, 1978. ISBN 978-853-49-3173-1.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de – **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: Unesp, 2001. ISBN 978-858-64-2034-4.

FREITAS, Tiago Fidalgo de; BRÁS, Afonso – Artigo 15.º: responsabilidade no exercício da função político-legislativa. In GOMES, Carla Amado; SERRÃO, Tiago; PEDRO, Ricardo – **O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa Editora, 2017. ISBN 978-97-262-9204-3. p. 741-785.

GABINETE de Juízes Assessores do Supremo Tribunal de Justiça Assessoria Cível – A responsabilidade civil extracontratual do Estado na jurisprudência das Secções Cíveis do

Supremo Tribunal de Justiça. **Sumários de Acórdãos de 1996 a dezembro de 2012**. Lisboa: STJ, nov. 2014.

GARRIDO FALLA, Fernando – **Tratado de Derecho Administrativo**. Vol. 1, 13.^a ed. Madrid: Tecnos, 2002. ISBN 84-309-3917-2.

GASPARINI, Diógenes – **Direito Administrativo**. 10.^a ed., rev. e atual. de acordo com a Lei das Parcerias Público-Privadas Lei n. 11.079/2004. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN 850-20-5012-5.

GERVEN, Walter Van; PARÉS, Nuria – Fuentes del Derecho de la Comunidad: los principios generales de Derecho. **Foro Internacional**. ISSN 0185-013X. Vol. 33, n. 2 (132) (Apr./June 1993), p. 206-222.

GIDDENS, Anthony – **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Presença, 2000. ISBN 978-04-159-2719-2.

GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência**. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-97-262-9089-6.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020. ISBN 978-854-72-2246-8. Vol. 4.

GORDILLO, Agustín – **Introducción al Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962. ISBN 978-95-095-0244-4.

GRIMM, Dieter – **A função Protetiva do Estado**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coords.) – **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ISBN 978-857-38-7978-0. p. 149-165.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – **Enciclopédia das Ciências Filosóficas. Em compêndio (1830)**. Trad. Paulo Meneses e José Nogueira Machado. São Paulo: Loyola, 1995. ISBN 978-851-50-1069-1. Vol. 1: A ciência da lógica.

HESSE, Konrad – **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. ISBN 978-858-82-7818-9.

HOBBES, Thomas – **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Victor Civita, 1983.

IRISARRI BOADA, Catalina. **El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano**. 2000. Tesis (Para optar al título de Abogado) – Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 2000.

JÚDICE, Mônica Pimenta – Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras. [Em linha]. **Consultor Jurídico**. ISSN 1809-2829. (2 mar. 2017). [Consult. 23 jul. 2019]. Disponível em WWW:http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras

KANT, Immanuel – **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. ISBN 978-855-21-0007-2.

KAUFMANN, Franz-Xaver – Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von Unsicherheit: Die Sicht der Soziologie. In BAYERISCHE RÜCKVERSICHERUNG (Org.). **Gesellschaft und Unsicherheit**. Karlsruhe: VVW, 1987. ISBN 978-3-884-87122-5. p. 37-48.

_____ – Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften. **Soziologische Gegenwartsfragen**. Neue Folge, 1973. ISBN 978-3-432-01762-4. Vol. 31.

LAKOFF, George; JOHNSON, Mark – **Metáforas da vida cotidiana**. Coord. Trad. Maria Sophia Zanotto. Campinas: Mercado das Letras; São Paulo: Educ, 2002. ISBN 978-858-57-2597-6.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo – Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos. **Boletim Científico ESMPU**. ISSN 1676-4781. Ano 1, n. 1 (out./dez. 2001), p. 112-119.

LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-16128-3.

LISBOA, Roberto Senise – **Manual de direito civil: teoria geral do direito civil**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 978-850-20-7667-9. Vol. 1.

LÔBO, Paulo – **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-850-20-8169-7.

LOCKE, John – **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Anuar Alex e E. Jacy Monteiro. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 978-857-23-2494-6.

LUHMANN, Niklas – La Costituzione come acquisizione evolutiva. In ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Org.) – **Il futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. ISBN 978-88-348-4294-2. p. 83-128.

MACÊDO, Mariana Velozo – **A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado pelos Danos Ambientais**. 2015. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015.

MALUF, Sahid – **Teoria geral do Estado**. 26.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN 978-850-20-4202-5.

MAQUIAVELO, Nicolás – **El Príncipe**. 7.^a reimpr. Bogotá: Panamericana Editorial, 2007. ISBN 978-15-302-9155-7.

MARIENHOFF, Miguel S. – **Tratado de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. ISBN 95-020-0006-4. vol. 2.

MARINELA, Fernanda – Atos Administrativos. 2012. [Em linha]. **Marinela.ma**, 2017. [Consult. 5 jun. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.marinela.ma/wpcontent/uploads/2017/11/cadernodeaulaintensivoiaula10atosadministrativosii.pdf>

MARINHO, Elyssa Soares; FERRARI, Lilian – Mesclagem conceptual em piadas curtas. **Revista Linguística**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Linguística da Universidade Federal do Rio de Janeiro. ISSN 2238-975X 1. Vol. 12, n. 1 (jan./jun. 2016), p. 147-160.

MARTINS, Ana Maria Guerra – **Curso de Direito Constitucional da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 978-97-240-2353-3.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira – Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China. In MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; PENTINAT, Susana Borràs; CAÚLA, Bleine Queiroz; LEITÃO, Rômulo Guilherme (Coords.) – **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas; Centro de Investigação de Direito Público, 2020. ISSN 978-98-987-2242-3. v. 10, p. 568-624.

MEDAUAR, Odete – **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. ISBN 978-852-03-4279-4.

MEDEIROS, Rui – **Ensaio sobre a Responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992. ISBN 97-240-0660-3.

____ (Org.) – **Comentários ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas**. Lisboa: Universidade Católica, 2013. ISBN 978-97-254-0384-6.

MEIRELES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010. ISBN 852-03-0771-X.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de Direito Administrativo**. 27.^a ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. ISBN 978-857-42-0994-4.

____ – Responsabilidade do Estado por Intervenção na Esfera Econômica. **Revista de Direito Público**. ISSN 2236-7284. Ano 15, n. 64 (out./dez. 1982), p. 75-83.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-850-20-9033-0.

MENEZES, Anderson de – **Teoria Geral do Estado**. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. ISBN 853-09-0255-6.

MENEZES, Edmilson – Apresentação. In KANT, Immanuel – **Começo conjectural da história humana**. Trad. Edmilson Menezes. São Paulo: Unesp, 2010. ISBN 978-853-93-0016-7.

MESQUITA, Maria José Rangel de – Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico constitucional vigente. In QUADROS, Fausto de (Coord.) – **Responsabilidade civil extracontratual da Administração pública**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 978-97-240-2090-7. p. 39-134.

____ – **O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-97-240-3760-8.

MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed., rev. e actual. Coimbra, 2008. ISBN 97-232-1264-1. Tomo V.

_____ – **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra, 2012. ISBN 97-232-0480-0. Tomo IV: Direitos fundamentais.

_____ – **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 1997. ISBN 97-232-0793-1. Tomo I.

_____ – **Manual de Direito Constitucional**. 7.^a ed. 2003. ISBN 97-232-0419-3. Tomo II.

MIRANDA, Neusa Salim — Domínios conceptuais e projeções entre domínios: uma introdução ao Modelo dos Espaços Mentais. [Em linha]. **Veredas: Revista de Estudos Lingüísticos**. ISSN 1982-2243. Vol. 3, n. 1 (2009), p. 81-95. [Consult. 23 jul. 2019]. Disponível em WWW:<http://www.ufjf.br/revistaveredas/files/2009/12/artigo45.pdf>.

MOHNHAUPT, Heinz – L'État de Droit. **Cahiers de philosophie politique et juridique**. ISBN 2-84133-000-1. n. 24 (1993).

MONCADA, Luís Cabral de – A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. In MIRANDA, Jorge (Coord.). – **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. ISBN 978-00-000-5638-2. Vol. 2, p. 9-82.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de – **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-850-20-6644-1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.) – **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. ISBN 978-857-70-0155-2. p. 12-23.

MORIN, Edgar – **O Método**. Porto Alegre: Sulina, 2005. ISBN 978-85-205-395-9. Vol. 1.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da – **Responsabilidade civil do Estado legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. ISBN 857-38-7013-3.

MÜLLER, Friedrich – **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 2.^a ed., rev. São Paulo: Max Limonad, 2000. ISBN 858-63-0061-6.

NETTO, Felipe Peixoto Braga – **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. Salvador: Juspodivm, 2017. ISBN 978-85-442-0836-0.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira – A União Europeia e suas instituições. **Revista de Informação Legislativa**. ISSN 2596-0466. Ano 48, n. 192 (out. /dez. 2011), p. 21-30.

ONU. Organização das Nações Unidas – **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [Em linha]. Rio de Janeiro, jan. 2009. [Consult. 23 jul. 2019]. Disponível em WWW:<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>

OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. **Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil.** [Em linha]. Brasília, 23 abr. 2020. [Consult. 23 jul. 2019]. Disponível em WWW:https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:COVID-19&Itemid=875 (acesso 24 de abril de 2020, 9:36) [atualizada em 23 de abril de 2020].

OTERO, Paulo – Direito fundamental a responsabilidade civil dos poderes públicos e crise financeira. In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência.** Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-972-629-089-6. p. 23-34.

_____. – **Manual de Direito Administrativo.** Almedina: Lisboa, 2016. ISBN 978-97-240-5388-2. Vol. 1.

PATRÃO, Afonso Nunes de Figueiredo – **Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia.** Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-97-240-3643-4.

PAZZAGLINI FILHO, Marino – **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública.** São Paulo: Atlas, 2013. ISBN 978-852-24-3495-4.

PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado.** Lisboa: AAFDL, 2016. ISBN 978-972-629-062-9.

_____. – **Responsabilidade Civil do Estado pelo Mau Funcionamento da Administração da Justiça: fundamento, conceito e âmbito.** Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-6607-3.

PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen – **Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del derecho comunitario,** València: Tirant lo Blanch, 2001. ISBN 978-84-844-2384-3.

QUADROS, Fausto de – Introdução. In QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra – **Contencioso da União Europeia.** 2.^a ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-97-240-3084-5. p. 31-36.

_____. – Responsabilidade dos Poderes Públicos no Direito Comunitário: Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia e Responsabilidade do Estados por Incumprimento do Direito Comunitário. In VELÁZQUEZ, Antonio Calonge; LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis Martínez (Coords.) – **La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos – III Colóquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo,** 1999. ISBN 84-7248-694-X. p. 137-154.

_____.; MARTINS, Ana Maria Guerra – **Contencioso da União Europeia.** 2.^a ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-97-240-3084-5.

RAMÓN REAL, Alberto – Principio de legalidad y validez del acto administrativo en el Estado de Derecho. **Revista Uruguaya de Estudios Administrativos.** ISSN 18. Vol. 2, n. 2 (jul./dic. 1978), p. 59-65.

RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado – **Da Responsabilidade do Estado pela Violação do Direito Comunitário**. Coimbra: Almedina, 1996. ISBN 97-240-0944-0.

_____ – O regime da responsabilidade civil extracontratual dos estados-membros, pela violação do Direito comunitário. Delineamento e aperfeiçoamento progressivo. **Temas de integração**. Coimbra: Almedina, 2000. ISBN: 978-37-000-0000-6. Vol. 5, n. 9, p. 67-89.

ROSENVALD, Nelson – **As Funções da Responsabilidade Civil do Estado**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-854-72-1353-4.

ROSS, Malcolm – Beyond Francovich. **The Modern Law Review**. ISSN 1468-2230. Vol. 56 (18 Jan. 1993), p. 55-73.

RUSSELL, Bertrand – Da denotação. In RUSSELL, Bertrand – **Ensaio escolhido**. Seleção de textos de Hugh Matthew Lacey. Trad. Pablo Rubén Mariconda. 3.^a ed. São Paulo: Nova Cultural, 1989. ISBN 19-89-322-1. p. 3-14. (Os Pensadores).

SALOMÃO, Maria Margarida Martins – Gramática e Interação: o enquadre programático da hipótese sócio-cognitiva sobre a linguagem. **Veredas: Revista de Estudos Lingüísticos**. ISSN 1982-2243. Vol. 1, n. 1. (1999), p. 23-39.

SAMPAIO DA CRUZ, Gisela – **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. ISBN 857-14-7517-2.

SAN MARTINO, Laura Dromi – **Derecho Constitucional de la Integración**. Buenos Aires: Ciudad Argentina; Madrid: Marcial Pons Servicio de Publicaciones, 2002. ISBN 978-84-724-8972-1.

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel – **Acto Administrativo, Teoría General**. 3.^a ed, Bogotá, D. C.: Legis Editores, 2003. ISBN 978-95-894-2101-7.

SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente – **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid: Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, 1885. ISBN 978-12-474-3584-8.

SANTOS, Boaventura de Sousa – **A Cruel Pedagogia do Vírus**. Coimbra: Almedina, 2020. ASIN B0872KRV18.

SARMENTO, Daniel – **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ISBN 978-857-38-7978-0.

_____ – **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens**. In TORRES, Ricardo Lôbo (Org.) – **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. ISBN 978-853-92-0073-3. p. 35-93.

SAYAGUES LASO, Enrique – **Tratado de Derecho Administrativo**. Montevideo: Martin Bianchi, 1959. ISBN 47-79-641-3. Tomo 2.

SEGADO, Francisco Fernández – La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**. ISSN 0211-574. Año 13, n. 39 (sept./dic. 1993), p. 195-247.

SILVA, Almiro Couto – A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. ISSN: 2238-5177. n. 202 (out./dez 1995), p. 19-41.

SILVA, Jorge Pereira da – **Dever de legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003. ISBN 97-254-0064-x.

_____ – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009. ISBN 978-85-742-0996-8.

SILVA, Juary C. – **A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos: teoria da responsabilidade unitária do poder público**. São Paulo: Saraiva, 1985. ISBN 198-500-00-8032-6.

SILVA, Wilson Melo da – **O Dano Moral e sua reparação**. 3.^a ed. rev. e ampl., 3. tiragem, edição histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999. ISBN 853-09-0806-6.

SILVEIRA, Alessandra – A responsabilidade do Estado – juiz por violação do Direito da União Europeia à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça. **Scientia Iuridica**. ISSN 0870-8185. Tomo LVII, n. 315 (2008), p. 427-452.

SOARES, Mário Lúcio Quintão – **Direitos Humanos, Globalização e Soberania**. Belo Horizonte: Inédita, 1997. ISBN 978-857-30-8291-3.

SOLÍS, David Ordóñez – La reclamación en España de indemnización de los particulares por violación de Derecho de la Unión Europea. **Boletín del Ministerio de Justicia**. ISSN 0211-4267. Año 61, n. 2048 (2007), p. 3995-4030.

PINTO, Ana Estela de Souza – Sob pandemia, Europa fecha portas, protege mercados e rediscute união. [Em linha] **Folha de S.Paulo**. São Paulo, 1º abr. 2020. [Consult. 23 maio 2020]. Disponível em WWW:<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/sob-pandemia-europa-fecha-portas-protege-mercados-e-rediscute-uniao.shtml>

STF. Supremo Tribunal Federal – **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 29 maio. 2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 96, 28 maio 2010.

_____ – **Agravo no Recurso Extraordinário n. 655.277/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ, 12 jun. 2012.

_____ – **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 697.326/RS**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento: 5 mar. 2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ, 26 abr. 2013.

_____ – **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 677.283/PB**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 17 abr. 2012. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ, 08 maio 2012.

_____ – **Habeas Corpus n. 104.410/RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ, 27 mar. 2012.

_____ – **Mandado de Injunção n. 712/PA**. Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Julgamento: 25 out. 2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ, 31 out. 2008.

_____ – **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.063-8/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 18 maio 1994. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ, 27 abr. 2001.

_____ – **Recurso Extraordinário n. 422.941/DF**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 6 dez. 2005. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ, 24 mar. 2006.

_____ – **Recurso Extraordinário n. 571.969/DF**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 12 mar. 2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe, 23 jun. 2014.

STJ. Superior Tribunal de Justiça – **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.249.851/SP**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento: 20 set. 2018. Primeira Turma. Publicação: DJ, 26 set. 2018.

_____ – **Processo n. 476/96**. 2.^a Secção. Relator: Conselheiro Nascimento Costa. Lisboa: STJ, 30 out. 1996.

_____ – **Revista n. 324/99**. 7.^a Secção. Relator: Herculano Namora; Sousa Dinis e Miranda Gusmão. Lisboa: 23 set. 1999.

_____ – **Revista n. 3952/07**. 6.^a Secção. Relator: Fonseca Ramos. Lisboa: STJ, 2007.

_____ – **Revista n. 540/99**. 1.^a Secção. Relator: Lopes Pinto; Ribeiro Coelho e Garcia Marques. Lisboa: STJ, 23 set. 1999.

_____ – Sumários de Acórdãos 2000. Secções Cíveis. **Revista n. 1739/00**. Relatores: Lopes Pinto, Ribeiro Coelho, Garcia Marques, Aragão Seia, vencido e Ferreira Ramos, vencido. 1.^a Secção. Lisboa: STJ, 2000.

STRAWSON, Peter Frederick – Sobre referir. In STRAWSON, Peter Frederick – **Escritos Lógico-Linguísticos**. Organizado por Osvaldo Porchat de Assis Pereira da Silva. Trad. Balthazar Barbosa Filho. São Paulo: Abril, 1975 (Os Pensadores). ISBN 978-85-328-0725-0. p. 265-351.

TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**. 5.^a ed. São Paulo: Método, 2015. ISBN 978-853-09-7796-2.

TJMA. Tribunal de Justiça do Maranhão – **Agravo Regimental n. 52.760/2013**. Relatora: Desembargadora Maria das Graças de Castro Duarte Mendes. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Publicação: 11 nov. 2013.

_____ – **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração n. 3830/2014**. Relator: Desembargador Kleber Costa Carvalho. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Publicação: 06 fev. 2014.

_____ – **Apelação Cível n. 4.229/2011**. Relatora: Desembargadora Raimunda Santos Bezerra. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Publicação: 24 maio 2012.

_____ – **Remessa Necessária n. 20.494/2011**. Relator: Desembargador Raimundo Freire Cutrim. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Publicação: 5 dez. 2011.

TJRJ. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – **Apelação Cível n. 2009.001.57129**. Relator: Desembargador Ismenio Pereira de Castro. Julgamento: 29 set. 2009. Órgão Julgador: 14ª Câmara Cível. Publicação: 1º out. 2009.

TJUE. Tribunal de Justiça da União Europeia – **Colectânea da Jurisprudência 1998**. Acórdão de 24 set. 1998. Processo C-76/97. Walter Togel. Luxemburgo: TJUE, 24 set. 1998, p. I-5357-I-5409.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1996**. Acórdão de 5 mar. 1996. Brasserie du Pêcheur e Factortame. Processos apensos C-46/93 e C-48/93. Luxemburgo: TJUE, 5 mar. 1996, p. I-1029-I-1163.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1996**. Acórdão de 7 mar. 1996. El Corte Inglés SA. Processo C-192/94. Luxemburgo: TJUE, 7 mar. 1996, p. I-1281-I-1306.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1996**. Acórdão de 26 mar. 1996. British Telecommunications. Processo C-392/93. Luxemburgo: TJUE, 26 mar. 1996, p. I-1631-I-1671.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1996**. Acórdão de 23 maio 1996. Hedley Lomas. Processo C-5/94. Luxemburgo: TJUE, 23 maio 1996, p. I-2553-I-2616.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1996**. Acórdão de 8 out. 1996. Dillenkofer e o. Processos apensos C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. Luxemburgo: TJUE, 8 out. 1996, p. I-4845-I-4896.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1996**. Acórdão de 17 out. 1996. Denkavit. Processos apensos C-283/94, C-291/94 e C-292/94. Luxemburgo: TJUE, 8 out. 1996, 17 out. 1996, p. I-5063-I-5104.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1997**. Acórdão de 14 jan. 1997. Comateb. Processos apensos C-192/95 a C-218/95. Luxemburgo: TJUE, 14 jan. 1997, p. I-165-I-194.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1997**. Acórdão de 22 abr. 1997. Eunice Sutton. Processo C-66/95. Luxemburgo: TJUE, 22 abr. 1997, p. I-2163-I-2193.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1997**. Acórdão de 10 jul. 1997. Bonifaci e o. e Berto e o. Processos apensos C-94/95 e C-95/95. Luxemburgo: TJUE, 10 jul. 1997, p. I-3969-I-4024.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1997**. Acórdão de 10 jul. 1997. Maso e o. Processo C-373/95. Luxemburgo: TJUE, 10 jul. 1997, p. I-4051-I-4083.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1997**. Acórdão de 10 jul. 1997. Palmisani. Processo C-261/95. Luxemburgo: TJUE, 10 jul 1997, p. I-4025-I-4050.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 2000**. Acórdão de 4 jul. 2000. Haim. Processo C-424/97. Luxemburgo: TJUE, 4 jul. 2000, p. I-5123-I-5169.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 2006**. Acórdão de 7 set. 2006. Processo C-470/04. Luxemburgo: TJUE, 7 set. 2006, p. I-7409-I-7470.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 2006**. Acórdão de 12 dez. 2006. Test Claimants in the FII Group Litigation. Processo C-446/04. Luxemburgo: TJUE, 12 dez. 2006, p. I-11753-I-11886

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 2007**. Acórdão de 25 jan. 2007. Marilyn Robins e o. Processo C-278/05. Luxemburgo: TJUE, 25 jan. 2007, p. I- 1053-I-1106.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 2007**. Acórdão de 13 mar. 2007. Test Claimants in the thin Cap Group Litigation. Processo C-524/04. Luxemburgo: TJUE, 13 mar. 2007, p. I-2107-I-2212.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 2007**. Acórdão de 17 abr. 2007. AGM-COS.MET. Processo C-470/03. Luxemburgo: TJUE, 17 abr. 2007, p. I-2749-I-2838.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 2008**. Despacho de 23 abr. 2008. Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation. Processo C-201/05. Luxemburgo: TJUE, 23 abr. 2008, p. I-2875-I-2930.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 2001**. Acórdão de 20 set. 2001. Processo C-453/99. Courage Ltd c. Bernard Crehan. Luxemburgo: TJUE, 20 set. 2001, p. I-06297-I-6328.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 2006**. Acórdão de 13 jul. 2006. Processo C-295/04 a C-298-04. Manfredi c. Lloyd Adriaco SpA. Luxemburgo: TJUE, 13 jul. 2006, p. I-06619-I-6674.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1999**. Acórdão de 28 out. 1999. Processo C-81/98. Alcatel Áustria. Luxemburgo: TJUE, 28 out. 1999, p. I-7671-I-7712.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1993**. Acórdão de 16 dez. 1993. Processo C-334/92. Wagner Miret. Luxemburgo: TJUE, 16 dez. 1993, p. I-6911-I-6934.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 2000**. Acórdão de 4 jul. 2000. Processo C-352/98. Luxemburgo: TJEU, 4 jul. 2000, p. I-5291-I-5332.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1991**. Acórdão de 19 nov. 1991. Processo C-6/90. Francovich. Luxemburgo: TJUE, 19 nov. 1991, p. I-5357-I-5418.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1999**. Acórdão de 15 jun. 1999. Processo C-321/97. Anderson. Luxemburgo: TJUE, 15 jun. 1999, p. I-3551-I-4083.

_____ – **Colectânea da Jurisprudência 1994**. Acórdão de 14 jul. 1994. Processo C-91/92. Faccini Dori. Luxemburgo: TJUE, 14 jul. 1994, p. I-3352-I-3360.

TORRENS, Joan David Janer – **La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitario**. València: Tirant Lo Blanch, 2002. ISBN 978-84-844-2546-5.

WILSON, Thomas Woodrow – The study of Administration. **Political Science Quarterly**.
ISSN 1538-165X. Vol. 2 (June 1887), p. 197-222.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ABREU, Jorge de – **Responsabilidade civil extracontratual do Estado** – a Lei n. 67/2007 de 31 de dezembro. Lisboa: Edição Abreu & Marques Vinhais Associados, 2008. ISBN 978-97-240-0660-3.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo – **De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil**. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981. ISBN 978-95-610-1644-6.

ALESSI, Renato – **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970. ISBN 978-84-716-2333-1.

AMARAL, Diogo Freitas do; MEDEIROS, Rui – Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso aquaparque. **Revista de Direito e Estudos Sociais**. ISSN. 0870-3965. Ano 41, n. 3 e 4, (ago./dez. 2000), p. 299-383.

AMARAL, Maria Lúcia – Dever de legislar e dever de indemnizar: a propósito do caso parque Aquaparque do Restelo. **THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa**. ISSN 2182-9438. Ano 1, n. 2, (maio 2000), p. 67-98.

_____ – **Responsabilidade do Estado e dever de indenizar do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1998. ISBN 978-97-232-0830-6.

AMENÁBAR, María Del Pilar – **Responsabilidad extracontractual de la administración pública**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. ISBN 978-95-072-7949-2.

ARAÚJO, Flávio de – **Temas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. ISBN 978-85-519-0095-6.

AZEVEDO, Álvaro Villaça – **Teoria Geral das Obrigações: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2004. ISBN 852-24-3838-2.

BARROSO, Luís Roberto – **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum; Saraiva, 2013. ISBN: 978-85-7700-639-7.

_____ – **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-22804-7.

BITTAR, Carlos Alberto – **Os Direitos da Personalidade**. 3.^a ed. São Paulo: Forense Universitária, 2010. ISBN 852-18-0244-7.

BONAVIDES, Paulo – **Ciência Política**. 20.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013. ISBN 978-85-392-0411-3.

BRASIL – **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: DOU, 5 out. 1988.

BRASIL. Presidência da República – **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____ – **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília-DF: DOU, 11 set. 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 1999. ISBN 978-97-240-2106-5.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes – **Principais julgados do STF e do STJ comentados**. Manaus: Dizer o Direito, 2014. IBSN 978-85-67168-04-3.

CAVALIERI FILHO, Sergio – **Programa de Responsabilidade Civil**. 10.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. ISBN 978-859-70-0075-7.

CLÈVE, Clèmerson Merlin – **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. ISBN 978-852-03-1111-0.

COELHO, Fábio Ulhoa – **Curso de Direito Civil: Obrigações. Responsabilidade Civil**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-852-03-6686-8.

COELHO, Márcio Xavier – **Fundamentos da responsabilidade civil estatal**. Brasília: OAB, 2005. ISBN 85-87260-49-9.

CORTEZ, Margarida – **Responsabilidade civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado**. Coimbra: Coimbra, 2000. ISBN 778-97-240-0360-1.

CRUZ, Gisela Sampaio da – **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. ISBN 857-14-7517-2.

DALLARI, Dalmo de Abreu – **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998. ISBN 978-851-60-2180-1.

DIAS, Gilberto – **A Responsabilidade Civil por Facto Legislativo Inválido na Lei n. 67/2007, de 31 de dezembro: Pressupostos e Insuficiências**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2010. ISBN 978-989-97410-4-1.

DIAS, José de Aguiar – **Da Responsabilidade Civil**. 12.^a ed., rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. ISBN 978-853-75-0992-0.

FONSECA, Guilherme; MIGUEL, Bettencourt da Câmara – **A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – A Responsabilidade do Legislador, do Juiz e da Administração Pública, A Acção Contra o Estado**. Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN 978-97-223-45666-3.

FRAGA, Luís Alves de – **Metodologia da investigação**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. ISBN 978-85-02-07361-6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-850-21-8510-4.

GOMES, Carla Amado – **Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas**. Lisboa: AAFDL, 2010. ISBN 560-69-390-0657-8.

_____ – **Três textos sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: Lei n. 67/2007, de 31 de dezembro**. Lisboa: AAFDL, 2008. ISBN. 978-97-262-9046-9.

GOMES, Orlando – **Introdução ao Direito Civil**. 18.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ISBN 978-853-09-6967-7.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – **Direito Comunitário**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-97-240-3666-3.

KELSEN, Hans – **Teoria geral do Estado e do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998/2000. ISBN 978-188-63-6374-8.

LINARES, Antonio – **Derecho Internacional Público**. Tomo I. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1992. ISBN 978-85-7631-192-8

LOPES, Miguel Maria de Serpa – **Curso de direito civil. Fontes contratuais das obrigações. Responsabilidade Civil**. 4.^a ed., rev. e atual. por Jose Serpa Santa Maria. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1991. ISBN 853-53-021-8.

MARTINS, Fernando Rodrigues – **Controle do Patrimônio Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. ISBN 978-85-203-3459-1.

MARZAGÃO, Gustavo Henrique Bretas – Relação de causalidade no Direito Penal. Teorias da equivalência das condições, da causalidade adequada e da imputação objetiva sem mistérios. [Em linha]. **Revista Jus Navigandi**. ISSN 1518-4862. Ano 9, n. 395 (10 ago. 2019). [Consult. 5 jun. 2019]. Disponível em WWW:<https://jus.com.br/artigos/5539>

MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de Direito Internacional Público**. 12.^a ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. ISBN 857-14-7150-9. Vol. 1.

_____ – **Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. ISBN 852-03-0811-2.

MELLO, Marcos Bernardes de – **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 15.^a ed., rev. São Paulo, 2008. ISBN 978-850-20-7149-0.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de – **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense, 1999. ISBN 978-857-42-0775-9. Vol. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira – **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-850-21-3426-3.

MESQUITA, Maria José Rangel de – **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**. Coimbra: Almeida, 1997. ISBN 978-97-240-0973-5.

MIRANDA, Jorge – **Atos Legislativos**. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7812-0.

MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 24.^a ed. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-8810-0.

NERY JUNIOR, Nelson – **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-6642-4.

ORDOQUÍ, Gustavo; OLIVERA Ricardo – **Derecho Extracontractual. Compendio de Responsabilidad Extracontractual**. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M Fernández, 1974. Vol. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Responsabilidade Civil**. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. ISBN 978-853-09-7998-0.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves – **Direito Internacional Público e Privado: incluindo direitos humanos e direito comunitário**. 9.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2017. ISBN 978-854-42-1984-3.

PORTUGAL. Assembleia da República – **Decreto-Lei n. 67/2007**. Aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas. [Em linha]. Lisboa: Diário da República Eletrónico, Série 1, 13 dez. 2007, p. 9117-9120. [Consult. 15 fev. 2017]. Disponível em WWW: http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/responsabilidadecivil/downloadFile/attachedFile_f0/L EI_67.2007.pdf

_____. – **Código Civil. Atualizado de acordo com a Lei n. 8/2017**. [Em linha]. Lisboa: Diário da República Eletrónico, n. 45/2017, Série I, 03 mar. 2017. [Consult. 5 ago. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.codigocivil.pt/>

_____. – Constituição da República Portuguesa. **VII REVISÃO CONSTITUCIONAL**. [Em linha]. Lisboa, 2005. [Consult. 5 jun. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>

_____. – Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **Decreto-Lei n. 47344. (Código Civil 1966)**. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. [Em linha]. Lisboa: Diário do Governo, n. 274/1966, Série I, 25 nov. 1966. [Consult. 5 jun. 2019]. Disponível em WWW: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=75&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo

PRONER, Carol; PAULA, Vera Cecília Abagge de – Corrupção e o marco convencional internacional. [Em linha]. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. ISSN 1678-2933. Vol. 17 (2012), p. 225-250. [Consult. 27 maio 2018]. Disponível em WWW: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/812/767>

REINICKE, Wolfgang, H.; MARTIN WITTE, Jan – Challenges to the International Legal System Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords. In SHELTON, Dinah (Ed.). – **Commitment and Compliance. The Role of Non-binding Norms in the International Legal System**. New York: Oxford University Press, 2000. ISBN 978-0-19-927098-9. p. 75-114.

RESTREPO, Hernán Valencia – **Derecho Internacional Público**. [Em linha]. Medellín, Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana/ Biblioteca Jurídica Diké, 2003. ISBN 978-95-869-6328-2. (Colección Ciencias Sociales y Humanas). [Consult. 10 jun. 2019]. Disponível em WWW:<https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/view/35510/37188>

REZEK, José Francisco – **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13.^a ed., rev., aum., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-850-21-8909-6.

RIBEIRO, Martha Chantal da Cunha Machado – **Da Responsabilidade do Estado pela Violação do Direito Comunitário**. Coimbra: Almedina, 1996. ISBN 97-240-0944-0.

RODAS, João Grandino – Tratado internacional só é executório no Brasil depois da promulgação e publicação. [Em linha]. **Consultor Jurídico**. ISSN 1809-2829. (14 dez. 2015), p. 1. [Consult. 7 jun. 2018]. Disponível em WWW:<https://www.conjur.com.br/2015-dez-24/olhar-economico-tratado-executorio-depois-promulgacao>

RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil**. 19.^a ed. atual. de acordo com o novo Código civil, Lei n. 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 850-20-2177-x.

SAAD, Renan Miguel – **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994. ISBN 978-000-01-1412-9.

SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. ISBN 857-34-8248-6.

SEABRA JÚNIOR, Fernando Estima – **Responsabilidade civil pela perda de chance. Aplicabilidade no direito português**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões, Lisboa, 2017.

SILVA, Luiz Cláudio – **Responsabilidade civil: teoria e prática das ações**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. ISBN 978-853-09-0813-3.

STJ. Supremo Tribunal de Justiça – **Sumários de Acórdãos de 1996 a outubro de 2014. A responsabilidade civil extracontratual do Estado na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça Secções Cíveis**. Revista n. 3762/00. Relator: Azevedo Ramos, Pais de Sousa e Silva Salaza. Lisboa: STJ, 8 fev. 2001.

TJMG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – **Apelação Cível n. 1.0686.13.017063-8/001**, Relatora: Desa. Ana Paula Caixeta. Julgamento: 12 nov. 2015. Órgão Julgador: 4.^a Câmara Cível. Publicação: 18 nov. 2015.

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo – **Apelação Cível n. 4001499-94.2013.8.26.0292**. Relator: Marrey Uint. Comarca: Jacareí. Julgamento: 03 nov. 2015. Órgão julgador: 3.^a Câmara de Direito Público. Registro: 05 nov. 2015.

TOFFOLI, José Antonio Dias; CESTARI, Virgínia Charpinel Junger – Mecanismos de cooperação jurídica internacional no Brasil. In **MANUAL de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal**. [Em linha]. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2008. ISBN 978-85-85820-42-8. p. 21-29. [Consult. 9 abr. 2018]. Disponível em WWW:www.agu.gov.br/page/download/index/id/1070064

UEDA, Andréa Silva Rasga – Responsabilidade contratual: a causalidade do dano (nexo de causalidade) é a mesma na responsabilidade contratual e na extracontratual? [Em linha]. **Revista Jus Navigandi**. ISSN 1518-4862. Ano 17, n. 3373 (25 set. 2012), p. 1. [Consult. 23 jul. 2019]. Disponível em WWW:<https://jus.com.br/artigos/22673>.

VARELA, João de Matos Antunes – **Das Obrigações em geral**. 10.^a ed. Lisboa: Almedina, 2014. ISBN 978-97-240-1389-3.

VARELLA, Marcelo D. – **Direito internacional público**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-472-2320-5.

VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito civil: parte geral**. Vol. 1, 14.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 978-859-70-2377-0.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc – **Responsabilidade Civil Especial**. São Pulo: Revista dos Tribunais, 1993. ISBN 85-203-1074-5.

WERLE, Gerhard – **Tratado de derecho penal internacional**. 2.^a ed. València: Tirant lo Blanch, 2005. ISBN 978-84-900-4110-9.