



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LEIS
INCONSTITUCIONAIS: DEVER DE COESÃO E INTEGRIDADE DO
SISTEMA JURÍDICO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Vanessa Albuquerque Rocha Guimarães

Orientadores: Professor Doutor Ricardo Lopes Dinis Pedro

Número do candidato: 30001913

Outubro de 2024

Lisboa

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho, primeiramente, a minha filha Giovanna que ressignificou toda a minha existência. Meu pequeno milagre veio ao mundo em circunstâncias tão extremas, e se mostrou tão forte e corajosa, imensa vontade de viver. Todo o meu esforço e dedicação a esse trabalho, mesmo com todas as adversidades, foi por você minha filha.

Ao meu marido Pedro, por seu amor, companheirismo e paciência em todos os momentos, sem o seu apoio nada seria possível.

Aos meus pais, José Luiz e Claudia. Ele me incentivou a querer sempre mais, a me esforçar e dar o melhor para atingir os meus objetivos. À minha mãe que me estendeu a mão quando mais precisava, acolheu e conduziu-me até o mestrado, sem o seu amor, esforço e parceira eu nada seria.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à Universidade Autônoma de Lisboa Luís de Camões e ao corpo docente pelo conhecimento adquirido ao longo do Mestrado em Ciências Jurídicas.

Ao meu orientador, Professor Doutor Ricardo Lopes Dinis Pedro, minha profunda gratidão pela orientação prestada, no decorrer da elaboração desta Dissertação.

Agradeço a minha mãe Claudia, minha colega de Mestrado, que me instigou, compartilhou conhecimento, experiências, livros, ideias, ansiedades com os trabalhos. A pessoa que sempre esteve do meu lado, quem amo muito.

Por fim, meus agradecimentos a todos meus colegas de mestrado, amigos que terei para a vida.

RESUMO

O presente trabalho trata sobre a responsabilidade civil do Estado por lei inconstitucional, analisando sob o prisma do dever de integridade e coesão do sistema normativo. O sistema normativo de Portugal possui regramento com clausula geral de responsabilidade previsto no art. 22 da CRP, e um Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas previsto na Lei nº 67/2007, regulamento sem parâmetro normativo no Brasil que apenas possui uma cláusula geral de responsabilidade prevista no §6º do art. 37 da CF. A doutrina brasileira diverge quanto a responsabilidade do Estado Legislador, contudo, o dever de integridade e coesão somado a necessidade de garantia dos direitos fundamentais impõe a responsabilização estatal. Em razão das similitudes dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, o modelo de responsabilidade português foi utilizado como parâmetro para se fixar as diretrizes da responsabilidade extracontratual por ato legislativo inconstitucional. Na tentativa de criar uma teoria que dê suporte a responsabilidade civil do legislador brasileiro, remetemos as raízes da criação do Estado que possui profunda relação com a evolução do conceito de responsabilidade do ente estatal. A análise do Estado perfilhou os ensinamentos de Rawls para se trabalhar a importância dos princípios estruturantes de justiça, na formação de um consenso estatal de observância da constitucionalidade como direito fundamental sujeito a reparação por danos. Os princípios de justiça devem ser o foco da atuação estatal e o parâmetro de constitucionalidade. O controle judicial tem como objetivo assegurar que os valores estabelecidos no consenso democrático sejam resguardados. O sistema de controle de constitucionalidade português e brasileiro possuem muitas similitudes, são modelos complexos que englobam o modelo austríaco e o modelo americano, assim a fiscalização é realizada no caso em concreto ou em tese. A abrangência do controle judicial, em regra, pode ser *inter parts* no controle difuso ou erga omnes no controle abstrato. Os efeitos da decisão em regra são *ex tunc*, a norma é inválida desde o ingresso no ordenamento jurídico, contudo, ambos modelos permitem a modulação dos efeitos para *ex nunc* ou *pro futuro* da decisão desde que o interesse público justifique a decisão. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são de suma importância para que se fixe o dever de indenizar pelos prejuízos causados pela lei inconstitucional. O ato ilícito é o ato legislativo declarado inconstitucional, de modo que, só surte o dever de indenizar na forma e nos parâmetros fixados na declaração de inconstitucionalidade. Além da inconstitucionalidade do ato legislativo, o Estado deve indenizar pelos prejuízos causados por ato normativo inconstitucional quando preenchido os requisitos de dano certo e imediato, nexo de causalidade. O Estado, por outro lado, possui o

direito de regresso contra o legislador que discutiu, votou e aprovou o projeto de lei, se verificado a caracterização da culpa. A responsabilidade por ato legislativo ilícito está relacionada a proteção dos princípios constitucionais e direitos e garantias individuais.

Palavras-chave: Responsabilidade civil extracontratual do Estado. Estado. Justiça. Controle de inconstitucionalidade. Leis Inconstitucionais. Indenização. Direito de regresso.

ABSTRACT

This paper addresses the civil liability of the State for unconstitutional laws, analyzing it through the lens of the duty of integrity and cohesion within the normative system. The Portuguese legal system provides for a general liability clause in Article 22 of the CRP, and a Regime of Extra-Contractual Civil Liability of the State and Other Public Entities under Law No. 67/2007, a regulation without normative equivalent in Brazil, which only has a general liability clause set forth in §6 of Article 37 of the CF. Brazilian doctrine diverges regarding the liability of the Legislative State; however, the duty of integrity and cohesion, combined with the need to guarantee fundamental rights, imposes state accountability. Due to the similarities between the Brazilian and Portuguese legal systems, the Portuguese liability model was used as a benchmark to establish guidelines for extra-contractual liability for unconstitutional legislative acts. In an attempt to create a theory supporting the civil liability of the Brazilian legislator, we refer to the roots of state creation, which are deeply connected to the evolution of the concept of state entity liability. The analysis of the State followed Rawls' teachings, emphasizing the importance of justice-structuring principles in forming a state consensus that upholds constitutionality as a fundamental right subject to compensation for damages. Justice principles should be the focus of state action and the standard for constitutionality. Judicial review aims to ensure that the values established in democratic consensus are protected. The Portuguese and Brazilian constitutional review systems share many similarities, both being complex models that encompass the Austrian and American systems, with judicial oversight being carried out in both concrete and abstract cases. The scope of judicial review, as a rule, may be *inter partes* in diffuse control or *erga omnes* in abstract control. The effects of the decision are generally *ex tunc*, meaning the norm is invalid from its entry into the legal system; however, both models allow the modulation of effects to *ex nunc* or *pro futuro* if justified by public interest. The effects of the declaration of unconstitutionality are of paramount importance in establishing the duty to compensate for the damage caused by the unconstitutional law. The wrongful act is the legislative act declared unconstitutional, such that it only gives rise to the duty to compensate in the form and parameters set forth in the declaration of unconstitutionality. Besides the unconstitutionality of the legislative act, the State must compensate for the damages caused by the unconstitutional normative act when the requirements of certain and immediate damage and causal nexus are met. On the other hand, the State holds the right of recourse against the legislator who debated, voted, and approved the

bill, should fault be established. The liability for unlawful legislative acts is tied to the protection of constitutional principles and individual rights and guarantees.

Keywords: Extra-contractual civil liability of the State. State. Justice. Judicial review of unconstitutionality. Unconstitutional laws. Compensation. Right of recourse.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	13
1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCEPÇÃO DE ESTADO	13
1.1.1. Estado Absolutista.....	15
1.1.2. Estado Liberal	16
1.1.3. Estado do Bem-estar Social	20
1.1.4. Estado Democrático de Direito	21
1.2. O ESTADO JUSTO DE RAWLS	24
1.3. DEVER DE INTEGRIDADE DO SISTEMA JURÍDICO COMO PACIFICAÇÃO SOCIAL	31
2. NORMAS INCONSTITUCIONAIS.....	35
2.1. NORMA JURÍDICA.....	35
2.1.1. Validade da Norma Jurídica	39
2.1.2. Eficácia	41
2.2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	43
2.2.1. Decisões judiciais de análise de constitucionalidade no modelo europeu continental	43
2.2.2. Decisões judiciais de análise de constitucionalidade no modelo “ <i>commowlaw</i> ”	45
2.2.3. Controle de constitucionalidade no Direito Português	47
2.2.4. Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro.....	56
2.3. UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PARA CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PÓS-POSITIVISMO.....	68
2.4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELA ANÁLISE SISTÊMICA DO ORDENAMENTO CONTRA DESVIO DE FINALIDADE DA NORMA.....	71
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LEI INCONSTITUCIONAIS ...	75
3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	75
3.1.1. Fase de Irresponsabilidade.....	75
3.1.2. Fase Civilista	77
3.1.3. Fase Publicista	79
3.2. REGIME JURÍDICO DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS POR ATO DO LEGISLATIVO	82
3.2.1. Fato ilícito.....	90

3.2.2. Sujeito Ativo e Passivo	92
3.2.3. Culpa	94
3.2.4. Dano.....	97
3.2.5. Nexo de Casualidade	100
3.3. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO POR LEI	
 INCONSTITUCIONAL.....	102
3.3.1. Diretrizes Gerais da Responsabilidade Civil do Estado	103
3.3.2. Responsabilidade Civil do Estado por Lei Inconstitucional.....	107
3.3.2.1. Evento Danoso	109
3.3.2.2. Sujeito Ativo e Sujeito Passivo	110
3.3.2.3. Lei Inconstitucional Danosa – Nexo causal	111
3.3.2.4. Indenização.....	115
3.4. DIREITO DE REGRESSO COMO MEDIDA DE JUSTIÇA	117
CONCLUSÃO	120
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	130

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac – Acórdão

AC – Apelação Cível

ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CRP – Constituição da República Portuguesa

RE – Recurso Extraordinário

Resp – Recurso Especial

RRCEEP – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito possui o dever de integração e coesão do sistema normativo. O mecanismo de fiscalização e estabilidade do ordenamento jurídico é o controle de constitucionalidade, instrumento pelo qual os Tribunais afastam a aplicação de norma dissonante com a constituição. O ato legislativo inconstitucional pode acarretar na responsabilização do Estado Legislador por danos materiais e morais causados durante sua vigência.

A responsabilização estatal por ato ilícito tem por objetivo garantir a observância dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e preservação da integridade constitucional e seus princípios estruturantes.

O sistema jurídico brasileiro possui uma cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado estabelecido no §6º do art. 37 da CF, que impõe a responsabilidade objetiva a pessoas jurídicas de direito público e os prestadores de serviços público que causarem danos a terceiros. No entanto, os requisitos como a delimitação do ato ilícito, dano, nexo causal tem suas bases firmadas jurisprudencialmente, não há regulamento específico sobre a matéria.

No direito português, há uma cláusula geral de responsabilidade firmada no art. 22 da CRP, e o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, Lei nº 67/2007, no qual prevê a responsabilidade do estatal decorrente da função administrativa, judiciária e político-legislativa, e os critérios para apuração do dever de indenizar.

Em razão da inexistência de disciplina legal, a responsabilidade por lei inconstitucional não é bem recebida pelos doutrinadores brasileiros, principalmente os tradicionais que entendem que a lei como ato de soberania e a imunidade parlamentar seriam as justificativas para que o Estado se abstenha de qualquer responsabilidade.

A análise do conceito do que é Estado, toda a evolução histórica e a mudança da relação Estado – indivíduo trabalhado nesse estudo, demonstra que não comporta mais a irresponsabilidade estatal por qualquer de suas funções típicas.

No Estado absolutista não havia a responsabilidade civil estatal, o soberano era irresponsável pelos seus atos. No Estado Liberal inicia a noção de direitos individuais ligados a proteção da propriedade privada e liberdade, no intuito de proteger esses direitos havia a responsabilidade estatal fundada na culpa sob aspecto civilístico. Durante o Estado Social houve a tentativa de efetivar os serviços públicos e atender as demandas sociais de política pública com o alongamento da noção de culpa. O Estado Democrático de Direito diante da

dificuldade de comprovar a culpa estatal, e visando a efetivação dos direitos e garantias individuais adotou-se a noção de culpa objetiva.

O Estado deve organizar instrumentos para preservar as suas instituições, a ordem, e a observância dos princípios de justiça estabelecidos democraticamente. A teoria de Estado firmada nos princípios estruturante de justiça, visa garantir a coesão sistêmica e coerência na atuação estatal. A legitimidade do Estado é demonstrada na contraposição entre a necessidade do administrado, resposta estatal e o objetivo firmado constitucionalmente.

Assim, a Constituição estrutura o Estado estabelecendo regras e princípios que condicionam toda a atuação dos poderes públicos, o controle de constitucionalidade visa resguardar esses valores, de modo que não há ato legislativo ilícito a ser indenizado sem que haja a prévio reconhecimento da inconstitucionalidade. Nesse contexto, o Estado se torna responsável objetivamente pelos atos que extrapolem os parâmetros democráticos.

Ao longo do trabalho se demonstrará que o sistema brasileiro e português possuem muitas similitudes no controle de constitucionalidade e na disposição geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado o que revela ser possível dentro do ordenamento jurídico brasileiro regramento de responsabilidade que permita a reparação pelo Estado legislador tal como prevê o direito português.

A presente dissertação é composta por três capítulos, no primeiro, através da análise da evolução do Estado e a teoria de justiça de Rawls se trabalha a importância da coesão e coerência do ordenamento jurídico. A linha de raciocínio é desenvolvida num esforço lógico-dedutivo demonstrando a relação histórica indivíduo- Estado, no intuito de estabelecer um dever estatal de integridade do ordenamento jurídico como forma de pacificação social.

No segundo capítulo, desenvolve-se os controles de constitucionalidade como mecanismo de preservação da unidade constitucional. Nesse capítulo, é discorrido todo a fiscalização de constitucionalidade no modelo português e brasileiro. O controle de constitucionalidade está intimamente relacionado a responsabilidade civil por ato legislativo inconstitucional, posto que, a verificação da inconstitucionalidade é um dos requisitos para reparação dos prejuízos causados a particulares por ato ilícito do Estado Legislador.

O último capítulo dedica-se a analisar o regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas de Portugal, e sua compatibilidade com o instituto de responsabilidade extracontratual do Brasil na busca de parâmetros para responsabilização do Estado brasileiro por lei inconstitucional.

A responsabilidade está conectada ao sentimento de justiça, no qual se repara um injusto prejuízo retirando do patrimônio do lesador e transferindo ao lesado, restaurando, assim,

o equilíbrio. Além da reparação do dano, possui o caráter punitivo/preventivo atuando como meio de coerção e pacificação de conflitos.

Nesse contexto, a responsabilização do estado por ato ilícito em qualquer de suas funções, especialmente no ato legislativo inconstitucional está inserido no dever de integridade e coesão do Estado.

1. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCEPÇÃO DE ESTADO

A evolução do Estado como forma de organização, desde a sua forma mais primitiva de associação política até o Estado Democrático de Direito, não possui uma trajetória linear, com avanços, estagnações, retrocessos, dependendo ainda da cultura e local onde se encontra.

A análise da evolução do Estado permite refletir sobre a constituição de um Estado que contemple os ideais de justiça e permita a reflexão dialética do ordenamento jurídico, como forma de resguardar a segurança jurídica.

A evolução da concepção de Estado possui relação direta com a responsabilização do Estado e seus agentes públicos, partindo-se de uma época de matrizes de divindade dos dirigentes a cidadãos pessoalmente responsáveis por seus atos.

Comte¹ facilita o estudo da formação do Estado dividindo-o em três manifestações do pensamento humano: o Estado teológico ou fictício, explica o surgimento do Estado pelas teorias do direito divino; o Estado metafísico ou abstrato, o poder soberano é decorrente da vontade do povo; e o Estado positivo ou científico, o Estado estaria a serviço do povo pela soberania das leis.

Tavares² ensina que o constitucionalismo como ordem de organização do Estado tem seus resquícios na Antiguidade Clássica, e não nas revoluções modernas que afastam o absolutismo e instauram a democracia, como muitos supõe. O autor aponta os hebreus como propulsor do movimento de limitação do poder político através da “lei do senhor”.

Um grande avanço na estrutura de organização do Estado são as Cidades-Estado gregas, com destaque para Atenas. Os núcleos políticos eram democráticos representando o início da racionalização do poder, praticaram ideias e institutos que perduram ainda hoje, como a repartição das funções estatais por órgãos, a separação do poder e a religião, sistema judicial e a supremacia da lei. Não obstante, tal fase foi interrompida pela concentração e abuso do poder, substituindo o regime constitucional democrático pelo regime déspota, nesse momento, o constitucionalismo escureceu no mundo ocidental só retornando no final da Idade Média³.

¹ COMTE, Augusto *apud* MALUF, Sahid – **Teoria geral do Estado**, p. 158.

² TAVARES, André Ramos – **Curso de Direito Constitucional**, p. 74.

³ BARROSO, Luís Roberto – **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 35.

O Estado Absolutista foi precedido pelo feudalismo. O feudalismo consolidou-se com o término do Império Carolíngio, século IX d.c. O fator preponderante para fixar o poder era o tamanho da propriedade do senhor feudal. A estrutura social nessa época era de dominação, o nobre suserano concedia um pedaço de terra para os vassallos, que se submetiam às atrocidades e exploração para a subsistência e permanência no local. Além do poder dos senhores feudais, a Igreja Católica foi o poder de maior prestígio na Idade Média, a progressiva expansão através das Cruzadas, detenção do conhecimento formal e riqueza, além das inquisições, favoreceu a concentração do poder espiritual e a dominação pela religião⁴.

O Poder da Igreja Católica transpareceu nas obras de São Tomás de Aquino. Na obra *De regimine principum* distinguiu a existência de dois poderes separados, com a preeminência do Papa em relação aos governos temporais. Na sua principal obra, *Summa Theologica*, que trata sobre política, assuntos sociais e as relações entre a Igreja e o Estado, prega que à Igreja é atribuído o encargo de direção das almas e ao Estado a dos corpos, instituições de plena autonomia no seu domínio, porém, sempre que tiver conflito, deve prevalecer a autoridade do Papa, poder superior e originário.⁵

Junto a isso, a anarquia decorrente da pluralidade de poder decorrente do poder muito amplo e difuso da Igreja e os micropoderes do feudalismo, o crescimento do comércio favoreceu a criação do Estado Absolutista.

Martins⁶ aponta que a raiz do constitucionalismo nasceu ainda no feudalismo, na Inglaterra. O Rei João, após anos de guerra com a França, no intuito de angariar fundos para militarização, onerou a população com tributação exorbitante. Após a derrota para a França, em 1214, retornou para a Inglaterra humilhado, a população oprimida e amargurada com a política fiscal revoltou-se. As rebeliões pressionaram o Rei João a formar um conselho para criação da Carta Magna de 1215.

A contribuição da Carta Magna de 1215 é inegável para o constitucionalismo mundial, seus preceitos foram exportados para os países da América e outros de língua inglesa. A liberdade de locomoção e o devido processo legal têm origem com a imposição do julgamento legítimo em caso de restrição da liberdade do homem. Dentre as 63 cláusulas, 4 ainda estão em vigor até hoje.

⁴ MARTINS, Flávio – **Curso de Direito Constitucional**, p. 117-118.

⁵ MALUF, Sahid – **Teoria geral do Estado**, p. 189-190.

⁶ MARTINS, Flávio – **Op. Cit.**, p. 121-123.

1.1.1. Estado Absolutista

Segundo Carvalho Filho⁷, a palavra “Estado” como sociedade política permanente, surgiu pela primeira vez com Maquiavel na obra O Príncipe no século XVI, remetendo às cidades-estados.

Maquiavel⁸ é o grande expoente do absolutismo. Em sua obra, despe-se de qualquer pudor e valores morais e cria um verdadeiro manual para os governadores, ensinando a arte de governar. A responsabilidade do gestor não era nem cogitada de modo que, as ações do Príncipe poderiam ser com base em mentiras, crueldade e dissimulação desde que houvesse a finalidade de última de unidade e fortificação estatal. O Príncipe tem que ser amado e temido, quando o primeiro sentimento não for garantia do sucesso da gestão unificada, o temor deve impor o respeito, isso porque, na sua teoria o homem não é um ser confiável, e sim volúvel, e o temor é a garantia da manutenção do poder.

Segundo Di Pietro⁹, o Estado Absolutista possui como norte no direito público um único preceito, o direito ilimitado para administrar, o direito público gira em torno da figura do rei, estruturado sobre princípio de que o rei nunca erra, “*quod regi placuit lex est, the king can do no wrong, le roi ne peut mal faire*”, por isso não se submetia a Tribunais ou ao próprio ordenamento jurídico. Aliás, o próprio rei quem decidia os conflitos entre particulares, mais tarde a função judicante passou para o Conselho subordinado ao rei.

A Monarquia absolutista tem fundamento no direito divino nos reis, a soberania era irresponsável e perpétua. Dentre os monarcas da época e suas expressões, pode-se destacar o Luiz XIV, conhecido como Rei Sol, personificação do Estado, “*L’Etat c’est moi*”, e o Rei Carlos I que definia a liberdade a proteção legalmente da propriedade de bens e a vida, mas o direito de governar por si mesmo é do soberano¹⁰.

O racionalismo formou uma nova mentalidade nas pessoas sofredoras e escravizadas que movidos pela noção de liberdade como direito intangível, insurgiram-se contra o governo opressor. Nesse movimento antiabsolutista destaca-se John Locke que pregava a limitação da autoridade e soberania do povo.

Segundo a doutrina de Locke, a relação entre o indivíduo e o Estado possui natureza contratual, impondo cláusulas de observância obrigatória para ambas as partes, sob pena de

⁷ CARVALHO FILHO, Jose dos Santos – **Manual de direito administrativo**, p. 39.

⁸ MAQUIAVEL, Nicolau – **O príncipe**, p. 11-25.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**, p. 28.

¹⁰ MALUF, Sahid – **Teoria geral do Estado**, p. 200.

descumprimento contratual. Dentre as cláusulas obrigatórias, estão os direitos naturais do homem anteriores e superiores ao Estado. A monarquia sem limitações é incompatível com os conceitos de justiça, já que os homens criaram o Estado visando o bem comum. O indivíduo poderia viver sem abdicar de nenhum direito, mas por faltar uma autoridade com poder para garantir sua liberdade é que o indivíduo mitiga de parte de seus direitos outorgando ao Estado em nome da ordem pública¹¹.

O contrato social de Locke afasta o poder divino dos monarcas e enxerga o Estado como uma criação do homem para o homem, criado através de enlace contratual em prol da garantia de liberdade.

O racionalismo com destaque para os escritos de Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant legitimaram o poder e o exercício, especialmente a partir do século XVIII. Tais correntes levaram a constituição escrita na ideia de contrato entre o Estado e o indivíduo e a necessidade de assegurar direitos mínimos ao homem. A lei passou a ter expressão máxima como fonte do direito. O cenário jurídico-político difundiu-se pela Europa e colônias¹².

A doutrina liberalista foi sustentada por muitos filósofos que suplantaram os ideais que culminaram na insurgência na Revolução Francesa, fixada nos princípios de dignidade e coloca o homem em primeiro plano.

1.1.2. Estado Liberal

O Estado liberal é marcado pela realização dos direitos naturais, direitos iguais e liberdade são os lineamentos básicos. Como já relatado, as teorias contratualistas idealizadas por Hobbes e Locke desenvolveram a concepção de que a sociedade deve ser governada por meio de um pacto.¹³

Os ideais liberais empolgaram o mundo ensejando as revoluções populares francesas, inglesas e americana visando: a soberania nacional através da participação popular por meio de sistema representativo; regime constitucional e a supremacia das leis, como forma de regular os abusos da monarquia; divisões dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário com autonomia e liberdade de atuação; garantia do direito de liberdade, só podendo ser

¹¹ MALUF, Sahid – **Teoria geral do Estado**, p. 201-202.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**, p. 34.

¹³ TAVARES, Andre Ramos – **Curso de Direito Constitucional**, p. 85.

restringida nos ditames da lei; igualdade formal sem distinção de classe, raça, e cor; dentre outros direitos que permitem a ascensão dos particulares aos cargos públicos, e livre atuação no mercado de trabalho.¹⁴

A necessidade de formação de um texto constitucional de forma difundida nasce nas matrizes das teorias contratualistas que explicam o porquê da necessidade de formação de um Estado por meio de uma convenção ou contrato social. O constitucionalismo moderno é marcado pela criação da Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1789 fruto da Revolução Francesa.¹⁵

O Constitucionalismo Americano é produto da revolta das colônias contra a Inglaterra e da necessidade de unidade do Estado que se formava após a revolução. As Colônias eram leais a Inglaterra até o século XVII, mas em razão da alta tributação, a restrição comercial e econômica houveram várias revoltas, entre elas destacam-se a *Stamp Act* (1765) e a *Boston Tea Party* (1773). A Guerra entre a Coroa britânica e as colônias americanas ocorreu de 1775 a 1783, e quando foi selado o Tratado de Paris em 03 de setembro de 1783, ocasião em que o governo inglês reconheceu a independência das colônias norte-americanas.¹⁶

A primeira Constituição escrita do mundo moderno foi aprovada pela Convenção de 17 de setembro de 1787, possuía fundamentalmente três pilares: a independência das colônias; ruptura com o modelo monárquico; estruturar um modelo constitucional de supremacia da lei, separação dos poderes e igualdade. O *Bill of Right* prevendo a liberdade de expressão, religião, reunião, o devido processo legal e justo, apenas foi introduzido em 1791 com as dez emendas, a versão original não havia declaração de direitos.¹⁷

A noção de Constituição foi fundamental para que houvesse o primeiro controle de constitucionalidade em 1803, ocasião em que foi declarada inválida uma lei em face da constituição no caso *Marbury vs. Madison*.¹⁸

Não obstante o importante papel da Constituição Americana, a Revolução francesa é um marco simbólico. Os personagens e o enredo permearam o imaginário do povo europeu e do mundo no final do século XVIII. A Revolução Francesa inspirou o mundo convertendo o Estado absolutista para o Estado liberal, reconfigurando também a sociedade feudal para a

¹⁴ MALUF, Sahid – **Teoria geral do Estado**, p. 213.

¹⁵ TAVARES, Andre Ramos – **Curso de Direito Constitucional**, p. 84.

¹⁶ MARTINS, Flávio – **Curso de Direito Constitucional**, p. 132.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto – **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 41.

¹⁸ MARTINS, Flávio – *Op. Cit.*, p. 134.

burguesa. O povo passa a traçar sua primeira luta reivindicando o seu espaço de direito, encorajados pela burguesia que possuía poderio financeiro, mas nenhum privilégio.¹⁹

Ao contrário do que muitos pensam a Revolução Francesa não iniciou com a finalidade de combater a monarquia, mas sim, o absolutismo e os privilégios dos nobres, o que culminou, entre o período de 1789 a 1792, numa reforma que aboliu o sistema feudal, e promulgou-se a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão em 1789, sob o lema da liberdade, igualdade, e fraternidade, e institui-se a monarquia constitucional com a elaboração de uma nova Constituição, concluída em 1791. A Revolução Francesa durou muitos anos e passou por diversas fases incluindo a do radicalismo e diante da fragilidade política e o sucesso militar deu ensejo a ascensão de Napoleão Bonaparte, em novembro de 1799, através do golpe de Estado conhecido como 18 Brumário.²⁰

As aspirações, a luta, principalmente o lema de *liberté, égalité e fraternité* inspiraram muitas constituições. O basta nos privilégios desmensurados dos nobres, a imposição da legalidade e direitos individuais, catalisou o constitucionalismo moderno, se espalhando por toda a Europa a partir do fim do século XVIII.

A França, pós-revolução de 1789, especializou as atividades do governo e conferiu independência dos poderes executivo, legislativo e judiciário, o poder executivo não tinha mais ingerência sobre toda Administração, e passou a responder pelos seus atos ilegais. Nesse caminhar, surgiu a necessidade de julgar os atos da Administração ficando a cargo do Parlamento inicialmente, e depois transferido a um Tribunal próprio.

O constitucionalismo liberal português não se afastou dos moldes individualistas, assemelhando-se com a Constituição dos Estados Unidos. A Constituição de 1882, consagrou em seu primeiro artigo os direitos e deveres individuais. Na ideia de converter os direitos do homem em direitos fundamentais resguardados na ordem constitucional.²¹

Como resultados das revoluções e do regime liberal alguns institutos nasceram como: a universalização dos direitos individuais, passando a ser de todos os homens; a separação dos poderes; a ideia de unidade e soberania nacional; a igualdade formalmente garantida.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto – **Curso de Direito Contemporâneo**, p. 45.

²⁰ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 46.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 111.

Dentro da concepção gerações, o Estado Liberal implementou as bases dos direitos de primeira geração, as liberdades em face do Estado e perante particulares, a garantia da legalidade como forma de frear os abusos dos soberanos²².

Assim, os direitos e garantias de primeira geração incitam o Estado a uma prestação secundária de segurança pública, propriedade, liberdade, preservação da integridade física do cidadão mediante apenas da positivação do direito.

Cunha²³ afirma que o Estado Liberal possui na teoria o viés não intervencionista, mas que na prática, como a colonização e a militarização, levam o Estado a atuar na economia. Assim como, os ideais liberais evoluíram para a criação da legislação social, em nome da fraternidade. O lema da liberdade e igualdade no futuro desenvolveria para as ações em face do Estado nas ações afirmativas de direito, e nas de responsabilidade do Estado infrator. E por fim, O Estado de Direito criado pelos burgueses (*Rechtsstaat* expressão desenvolvida por Von Mohl, apenas em 1832) evoluiria para o Estado Democrático de Direito.

O modelo de Estado Liberal criou um abismo entre as necessidades sociais e a atuação do Estado, conseqüentemente, o Estado teve que intervir nas relações sociais e econômicas para diminuir os desníveis sociais causados pelo abstencionismo. O Estado passa a atuar ao lado da população em benefício do interesse público visando alcançar a igualdade material²⁴.

A revolução industrial e a mitigação dos direitos dos operários em prol do desenvolvimento econômico, desromantizou o liberalismo, mostrando-se inadequado para resposta aos problemas sociais.

No que concerne ao controle de legalidade, contudo, Miranda²⁵ explica que, em razão da falta de amadurecimento constitucional no Estado Liberal, não havia ainda o controle jurisdicional estruturado, isso porque, não havia muitos anos, o monarca era responsável por criar as leis e ter o domínio do judiciário. A separação dos poderes ainda era estática de modo que, somente na passagem para o Estado Social surgiu o controle de constitucionalidade.

O Estado Liberal com todos os problemas é a ruptura do Estado autoritário para o Estado subordinado à lei, primeiro degrau para responsabilizar o Estado por conduta em desacordo com a legalidade.

²² BOBBIO, Noberto – **A era dos direitos**, p. 15-45.

²³ CUNHA, Paulo Ferreira da – **Teoria geral do Estado e Ciência Política**, p. 172.

²⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende – **Curso de Direito Administrativo**, p. 80.

²⁵ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, p. 111.

1.1.3. Estado do Bem-estar Social

A insuficiência das leis sem a atuação positiva do Estado por meio de políticas públicas que assegurem condições de igualdade material, provocou inúmeras distorções sociais entre o século XIX e a virada para o século XX.

Os movimentos associativos, a exploração da mão de obra operária, movimentos feministas, e o avanço das ideias socialistas obrigou o Estado a intervir no domínio econômico, na efetivação de direitos sociais e garantia de sufrágio das mulheres como corolário.

Cunha²⁶ destaca que o Estado social é fruto de processo evolutivo começando pela Comuna de Paris (1871), Revolução Mexicana (1910) e a Revolução Russa (1917), seguido pelas diretrizes da República de Weimar e a Primeira Guerra, e por fim, no *New Deal* de Roosevelt nos Estados Unidos. É um Estado que precisa afirmar direitos e políticas de cunho socialistas como forma de apaziguamento social.

Sarlet²⁷ esclarece que o grande avanço dos direitos de primeira geração é o reconhecimento do *status* constitucional material e formal, que evoluiu de uma fase de elaboração jusnaturalista de afirmação até a fase de constitucionalização de 1776 com as Declarações dos Estados Americanos. A industrialização e os problemas sociais e econômicos do liberalismo no século XIX tornaram evidente que somente a positivação não seria suficiente para garantia do gozo dos direitos, ainda que previstos formalmente, o que gerou inúmeros movimentos reivindicatórios atribuindo ao Estado o dever de realização da justiça social.

A situação calamitosa nesse período de reivindicação dos direitos fundamentais levou a Igreja Católica a intervir formalmente através da encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, em 15 de maio de 1891.²⁸

A encíclica trata sobre diversos assuntos especialmente sobre direitos mínimos dos trabalhadores, como salário mínimo, mão de obra infantil, conhecida como Doutrina Social da Igreja. O pensamento social católico não deixou de abordar a relação entre os cidadãos e o Estado repudiando o comunismo e o socialismo por incitar a rebeldia entre a população e o Estado, e promover a injustiça em relação àqueles que legitimamente possuíam a propriedade privada.

²⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da – **Teoria geral do Estado e Ciência Política**, p. 183.

²⁷ SARLET, Ingo – **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 34-35.

²⁸ MALUF, Sahid – **Teoria geral do Estado**, p. 216.

Bobbio²⁹ identifica o surgimento do Estado Social, a consagração dos direitos de segunda geração, os direitos sociais e os direitos afirmativos de igualdade, não apenas em face da lei, o Estado passa a promover e fomentar a igualdade material.

O amadurecimento das instituições democráticas como forma de garantia dos direitos dos homens proporcionou o controle jurisdicional, diante das necessidades de garantia de forma global dos direitos pelo Estado.

A necessidade de especialização das funções do Estado, ocasionada inclusive pelo inchaço do Estado Garantidor, propiciou o controle de constitucionalidade como forma de garantir o equilíbrio harmônico entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, e manutenção do sistema democrático e social.

A prestação ativa do Estado Social consistia em certificar que não apenas a previsão legal estaria assegurada, como a fiscalizatória de que os direitos constitucionais não seriam violados nem pelo próprio Estado.

Oliveira³⁰ relata que o constitucionalismo social permaneceu dentro os parâmetros democráticos-representativos, no entanto, os movimentos direitistas retiraram as conquistas libertárias do Estado Social.

Como reflexo da Segunda Guerra, o endividamento dos Estados e a falência dos Estados antidemocráticos, o positivismo jurídico que tomava conta do mundo ocidental, no século XIX e XX, deu lugar ao pós-positivismo e o Estado Democrático de Direito.

As doutrinas neoliberais com figuras emblemáticas, Margaret Thatcher, no Reino Unido, e Ronald Reagan, nos EUA, defendiam cortes nas funções sociais do Estado, afastando a ideologia do Estado Social. Em Portugal, por exemplo, a privatização foi utilizada como solução para os problemas financeiros do Estado, é um indício das raízes do desinchar do Estado.³¹

1.1.4. Estado Democrático de Direito

O Estado Social tornou o aparato estatal inchado, burocrático e ineficiente, fazendo-se necessário a delegação de serviços públicos e o retorno à iniciativa privada da atividade

²⁹ BOBBIO, Norberto – **A era dos Direitos**, p. 73-79.

³⁰ OLIVEIRA, Márcio Luís de – **A Constituição juridicamente adequada**, p. 113-114.

³¹ CUNHA, Paulo Ferreira da – **Teoria geral do Estado e Ciência Política**, p. 173.

econômica. Isso não quer dizer a desvalorização do Estado ou retorno ao Estado Liberal, mas a necessidade de valorização da sociedade civil.³²

Como consequência natural do amadurecimento das instituições estatais, houve aprimoramento da intervenção estatal na reformulação de prioridades e garantias dos direitos de forma indireta, por meio de regulamento, iniciativa popular, e fomento público. O pós Estado Social volta-se a valorização do homem em todos os aspectos, inclusive na atuação em face do Estado, ao lado do Estado, e como finalidade última do Estado.

A terceira dimensão dos direitos se firmaram no Estado Democrático de Direito. Como ressalta Bobbio³³, criou-se na Segunda Guerra a visão da solidariedade, o problema não é mais do Estado, mas de todos os povos. A terceira geração é constituída por direitos de fraternidade.

Canotilho³⁴ relata que o Estado de Direito Democrático português possui sua previsão constitucional no art. 2.º da Constituição da República Portuguesa de 1976. O Estado português passou não apenas a ser limitado pelo direito como o poder político estatal deve ser legitimado pelo povo através da democracia. O poder estatal, assim, está sujeito a princípios e regras jurídicas, garantindo os direitos fundamentais, por outro lado, o poder estatal deve ser legitimado pela soberania popular.

O renomado doutrinador português ainda explica que os Estados ainda estão juridicamente limitados a princípios e regras impostas pela comunidade internacional, dentre os princípios destaca-se o princípio da autodeterminação dos povos, e o cumprimento do chamado *jus cogens* direito impositivo como o direito do homem.³⁵

Sarlet ressalta que os direitos fundamentais passaram a ser reivindicados como fruto dos impactos tecnológicos, e o estado de beligerância trauma causado pela Segunda Guerra e subsequente Guerra Fria, e o processo de descolonização.³⁶

No Estado Democrático Direito integram as bases jurídicas como forma de conter os abusos do Estado contra os cidadãos, o amplo acesso ao poder judiciário, a responsabilização do Estado e dos cidadãos por afronta aos direitos individuais da pessoa, mecanismos de controle do poder público e de proteção da supremacia e unidade da Constituição.

³² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende – **Curso de Direito Administrativo**, p. 80.

³³ BOBBIO, Noberto – **A era dos Direitos**, p. 49-50.

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, p. 230- 234.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ SARLET, Ingo – **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 35.

No pós Segunda Guerra Mundial constatou-se o quão perigoso o positivismo pautado somente na letra da lei. As barbáries cometidas pelos tiranos fundamentaram-se na letra da lei e na ordem constitucional.

Martins relembra que o episódio mais triste da história da humanidade foi a promulgação das “Leis de Nuremberg”, de 1935, na Alemanha, onde se positivou os critérios para fixação de quem seria judeu e quem seria o alemão puro.³⁷

Da necessidade de garantir os direitos humanitários nasceu o movimento conhecido como neoconstitucionalismo utilizando-se como principal referencia a Constituição Alemã de 1949 (conhecida como “Lei Fundamental de Bonn”) e a Constituição da Itália, de 1947.

O movimento neoconstitucionalista proporcionou o reconhecimento da eficácia dos princípios, explícitos ou não no texto constitucional, bem como, a sua utilização como parâmetro de aplicação normativa. Alexy³⁸ distingue regras e princípios, sendo o último, mandamentos de otimização que podem ser atingidos em graus diferentes, enquanto regras, se colidem e podem vir a se anular na opção de subsunção por uma ou outra regra.

Outra consequência do neoconstitucionalismo é a criação da jurisdição constitucional. Em diversos países foram criados os Tribunais Constitucionais, como exemplo de Portugal, já o Brasil, com inspiração norte americana, adotou o controle de constitucionalidade por via difusa em 1891, e apenas na Constituição de 1988 as ações de controle de constitucionalidade.³⁹

Como ensina Sarlet⁴⁰, o Estado de Direito é o Estado que pauta sua atuação no império das leis. Diferente do Estado Constitucional de Direito que resguarda o aspecto material de direito, atrelada não as limitações de poder, e critério de legitimação estatal, mas a realização dos direitos do homem como validação substancial da ordem vigente. Os direitos fundamentais implicam na sua implementação e reconhecimento e garantia pelo Estado.

Canotilho⁴¹ explica que a Constituição se transforma em parâmetro de legitimidade formal e material quando incorpora em seu texto os princípios e direitos fundamentais, como verdadeira reserva de justiça.

O Poder Judiciário passou a ser cada vez mais acionado para efetivar o próprio sistema jurídico, no intuito de preservar a supremacia da Constituição. Em decorrência do fracasso em atender as demandas sociais no pós Segunda Guerra, resultado da omissão ou

³⁷ MARTINS, Flávio – **Curso de Direito Constitucional**, p. 143.

³⁸ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 92-93.

³⁹ MARTINS, Flávio – *Op. Cit.*, p. 150.

⁴⁰ SARLET, Ingo – **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 49.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**, p. 113-115.

ineficiência do Poder Legislativo, e principalmente, do Poder Executivo, na efetivação das prerrogativas jurídicas como políticas públicas e segurança do cidadão em face das atrocidades cometidas pelos cidadãos entre si e pelo próprio Estado.

Seja por meio do controle de constitucionalidade ou responsabilização por ato inconstitucional, o Poder Judiciário assumiu posição de protagonismo dentro da Administração Pública, atuando como efetivador de políticas públicas e direitos, rompendo, assim, o equilíbrio do que deveria estar organizado, como será tratado no capítulo próprio no controle de constitucionalidade.

O certo é que, a constituição adequada e justa permite a atuação do Poder Judiciário como guardião da Constituição, mas não como substituto do Poder Legislativo e Executivo. Na coexistência harmônica dos poderes, as funções de controle e responsabilização não deixam de existir, mas não há o protagonismo de nenhum dos poderes.

1.2. O ESTADO JUSTO DE RAWLS

Como destaca Guimarães⁴², a busca pelo significado de justiça é um tormento para o homem moral, tema estudado por Platão, amadurecida por Sócrates perdurando até os filósofos atuais, no anseio de formatar uma sociedade pautada no valor de justiça.

Pires⁴³ analisa importante passagem do diálogo entre Sócrates, Céfalos, Polemarco e Trasímaco, sobre justiça. A primeira conclusão é que a justiça é uma virtude que possibilita o homem de ser honesto, generoso e justo, devolvendo o que é devido a cada um, servindo ao amigo, e retribuindo o inimigo com igual intensidade o mal dispensado. Sócrates então questiona os conceitos empregados, na determinação do conceito de justiça: o que é amigo? O que seria inimigo? É justo aquele que prejudica ao próximo? É lícito fazer o mal?

A reflexão sobre o conceito de justiça desembocava em conceitos secundários, sem estabelecer os parâmetros necessários para a definição, impossibilitando alcançar o significado real do que era justiça.

A justiça retributiva como idealizada por Aristóteles necessitava da fixação de parâmetros de virtudes dignas de recompensa. Na sociedade democrática, os parâmetros poderiam ser estabelecidos pela Constituição refletindo os valores sociais. Aristóteles analisava

⁴² GUIMARÃES, Vanessa Albuquerque Rocha – **Ordenamento jurídico justo e Coeso: estado da Teoria de Justiça de Rawls e Teoria Pura de Kelsen**, p. 658.

⁴³ PIRES, Alex Sander – **Justiça na perspectiva de Hesíodo, Platão e Sócrates**, p. 95.

a justiça como conceder as pessoas o que merecem. No entanto, quem estabelecia a pessoa merecedora?⁴⁴

Thomas Hobbes teorizava ser necessário estabelecer um padrão médio para assegurar a justiça. A padronização da conduta através da positivação da norma garantiria que o homem mantivesse sob controle a sua natureza perversa mediante coerção.⁴⁵ Assim, seria necessário esse contrato social entre o Estado e os indivíduos instituindo um padrão de conduta, pois sem essa, a natureza egoísta do homem prevaleceria sobre o bem comum.⁴⁶

Jonh Locke⁴⁷ visualiza o homem como um ser pacífico que em situações anormais, pode adotar conduta reprovável. O contrato social surgiria assim, no intuito de resguardar o direito de propriedade de bens corpóreos e incorpóreos e tudo que tivesse na esfera de proteção dessas situações extremas em que o homem pudesse agir contra a sua natureza.

Kant entendia que a sociedade seria o meio termo entre o homem e o Estado, como o valor inferior ao do homem, já o Estado corresponderia ao coletivo de pessoas tuteladas pelo Direito.⁴⁸ A justiça seria o produto da liberdade do homem e a expressão e sua vontade através das leis.⁴⁹

Inspirados pelos filósofos acima referenciados, Rawls avança as concepções contratuálistas e utilitárias, adotando o intuicionismo. Na sua obra Teoria da Justiça, o autor expõe a necessidade de se estabelecer um conjunto de princípios básicos para determinar um sistema justo, de forma que, num confronto entre o bem e o justo, o segundo sempre preponderaria.⁵⁰

O foco da teoria de justiça de Rawls não é estabelecer obrigações e autoridade, mas regras de justiça que o homem médio possa seguir e deduzir os princípios de justiça, afastando-se assim dos contratuálistas modernos Hobbes, Locke ou Rousseau⁵¹.

As ideias de Rawls possui inspiração Kantiana, para o autor, a legislação moral é criada por homens em acordo na posição original, como sujeitos livres e racionais⁵².

A regra de justiça, por outro lado não pode suprimir as liberdades individuais, a não ser que o confronto seja a liberdade de outro. John Rawls afasta-se do utilitarismo, firmou o

⁴⁴ CUNHA, Maria Carolina Santini Pereira da – **O conceito de justiça para Michael Sandel na obra “Justiça: o que é fazer a coisa certa?”**, p. 129.

⁴⁵ NASCIMENTO, Maria Candida Simon Azevedo – **O ordenamento Coercitivo de Hans Kelsen: uma análise (crítica) acerca da centralidade da Sanção**, p. 125.

⁴⁶ ENGELMANN, Wilson – **Crítica ao positivismo Jurídico**, p. 29.

⁴⁷ LOCKE, John – **Dois tratados sobre o governo**, p. 468.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo – **Ciência Política**, p. 60-63.

⁴⁹ OLIVEIRA, Jose Anselmo de – **O conceito de justiça em Rawls**, p. 33.

⁵⁰ RAWLS, John – **Uma teoria da justiça**, p. 37-45.

⁵¹ DUTRA, Delamar Jose Volpato – **O direito em uma teoria da justiça de Rawls**, p. 68.

⁵² SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da – **Teoria da justiça de Jonh Rawls**, p. 199.

entendimento que o saldo social positivo não é razão para suprimir liberdades individuais, isso porque, cada cidadão possui um núcleo inviolável sustentado pela justiça, que não pode ser sufocada, ainda que pelo bem geral da sociedade. As liberdades individuais seriam direito com previsão contratual na sociedade e, portanto, de observância⁵³.

A teoria da justiça é uma teoria de sentimentos morais, relacionada a ideia de equidade. Rawls não fecha um conceito concreto do que é justiça, mas de uma forma abstrata e conceitos genéricos, instrumentaliza meios para que os indivíduos possam alcançá-la.

Assim, os indivíduos caracterizados por sua moral despem-se de suas concepções pré-moldadas, e utilizam de meios para moldar a situação exposta, no modo como se manifestam, por meio de juízos ponderados, e reflexivos, analisa a própria moral passam por uma reconstrução obtendo um equilíbrio reflexivo.⁵⁴

A cooperação social é elemento essencial para a formação da justiça. A justiça seria o equilíbrio entre diversas ideais sobre justiça, mas que através do consenso puderam ser estabelecidos parâmetros de justiça.⁵⁵

Estabelecido o consenso de justiça, a sociedade deve firmar uma política de justiça, propondo-se a uma teoria de justiça exequível, como meio de preservar as instituições estatais, e garantir a sobrevivência do regime constitucional democrático.⁵⁶

No ordenamento jurídico, os direitos e deveres, e a distribuição de vantagens sociais somente puderam ser estabelecidos pela incidência dos princípios de justiça fixados pelo consenso estruturante.⁵⁷

A justiça como equidade para Rawls relevaria através de pessoas livres e iguais que, vestindo-se do véu da ignorância, aceitam a posição originária e alcançam o consenso sobre o que é o justo.⁵⁸ A posição originária corresponde a fase pré-contratual do estado de natureza dos contratualistas.⁵⁹

O indivíduo partindo da posição originária, deve percorrer quatro etapas para firmar os princípios basilares sobre as instituições, superando todas elas é que se concretizaria uma sociedade justa, segundo as premissas de Rawls.⁶⁰

⁵³ STANESCU, Alex de Oliveira – **A concepção de justiça de John Rawls**, p. 177.

⁵⁴ RAWLS, John – **Uma teoria da justiça**, p. 56-61.

⁵⁵ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 11.

⁵⁶ QUINTANILHA, Flavia Renata – **A concepção de justiça de John Rawls**, p. 45.

⁵⁷ CUNHA, Maria Carolina Santini Pereira da – **O conceito de justiça para Michael Sandel na obra “JUSTIÇA: O QUE É FAZER A COISA CERTA?”**, p. 139.

⁵⁸ QUINTANILHA, Flavia Renata – **Op. Cit.**, p. 37.

⁵⁹ STANESCU, Alex de Oliveira – **Op. Cit.**, p. 178.

⁶⁰ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da – **Teoria da justiça de John Rawls**, p. 193.

A primeira etapa é a escolha dos princípios de justiça, nessa etapa haveria o diálogo sobre a forma política, social e a justiça. O decidido na posição originária seria contemplado na constituição.

A Constituição deve ser estruturada para garantir a liberdade de participação de todos. A liberdade para Rawls é essencial para o processo, sem o qual não poderia ter pensamento, exteriorização, e consequentemente justiça. A Constituição somente seria justa se colocasse a liberdade em posição de destaque dentro dos princípios de justiça.⁶¹

Isso porque, o indivíduo não pode se afastar do meio ao qual está inserido. A posição original revela-se conforme a contextualização social. O homem não pode ser retirado desse contexto, e não pode ser isolado como um experimento de laboratório, de forma que, a heterogeneidade é primordial para a construção dos princípios de justiça, motivo pelo qual a liberdade de expressão, religiosa e de crença revela o papel marcante para alcançar o consenso constitucional.⁶²

A liberdade, dessa forma, somente poderia ser restringida para assegurar a liberdade a todos,⁶³ em especial a liberdade de consciência, isso porque, essa permite o conflito construtivo de ideias por meio da exteriorização de pensamentos dissonantes e a busca do consenso. Em razão de ser imprescindível para a formação democrática, a liberdade de consciência só deverá ser restringida por argumentos razoavelmente concretos de assegurar a manutenção de outra liberdade estabelecida pela ordem pública, com bases firmadas na posição original.

A segunda etapa é a decisão sobre os direitos fundamentais, a forma e poderes de governo constitucional.⁶⁴ Essa etapa é a mais delicada do processo, pois os direitos e garantias fundamentais não podem se afastar dos princípios de justiça, ou serão ilegítimas. Esse é o dilema enfrentado pelo Constitucionalismo Contemporâneo, como normatizar e interpretar sem trair os princípios fundantes de justiça.

A promulgação de leis inspiradas nos princípios de justiça é a terceira etapa do processo. As leis devem resguardar as liberdades fundamentais e fixar políticas econômicas e sociais no intuito de inserir os menos favorecidos gradualmente no contexto de igualdade social, respeitando a paridade de oportunidades.⁶⁵

⁶¹ DUTRA, Delamar Jose Volpato – **O direito em uma teoria da justiça de Rawls**, p. 70.

⁶² RAWLS, John – **Uma teoria da justiça**, p. 229.

⁶³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito – **Amartya Sen como intérprete e crítico da teoria da justiça de John Rawls**, p. 9-10.

⁶⁴ QUINTANILHA, Flavia Renata – **A concepção de justiça de John Rawls**, p. 40.

⁶⁵ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da – **Teoria da justiça de John Rawls**, p. 194.

A última etapa é a aplicação das regras de justiça. A concretização pelos agentes sociais, sejam eles juízes, gestores públicos, ou cidadãos na observância da lei.⁶⁶

Rawls destaca que a sociedade tem dever de definir os bens primários e secundários. Na visão do autor a liberdade-igualdade deveriam ser primários, e o bem secundário deve ser previsto na Constituição, bem como as instituições e os demais valores relevantes para a sociedade.

A estrutura social idealizada por Rawls é pautada na justiça distributiva, na lógica dedutiva dos bens importantes e o alcance equitativo por todos, como resultado, haveria uma estrutura social democrática e toda instituição seria justa.

O ponto crucial da teoria da justiça é o véu da ignorância, os indivíduos devem vestir-se dele e juntos alcançarem o consenso com a equidade. O requisito indispensável para tanto é a liberdade e igualdade, a união de esforços desinteressados para cooperação social.

Nos parâmetros estabelecidos por Rawls, além da liberdade, princípio alicerce de sua teoria, o segundo princípio de justiça de importância no ordenamento jurídico seria a da igualdade, e para mensurar o efeito prático entre os princípios de liberdade e igualdade, o princípio da eficiência.⁶⁷

Rawls pretende uma teoria de justiça de aplicação possível trazendo a sociedade para a formação de conceitos básicos, valores e princípios que moldarão o ordenamento jurídico, num pacto social que fixará normas numa leitura neocontratualista.

Nos seus ensinamentos, a justiça é alcançada no momento inicial na equidade na formação do pacto social, onde todos são capazes, iguais e livres e decidem os direitos, defendem suas causas, e fixam os bens primários.⁶⁸

A justiça está inserida contextualmente dentro do contrato de equidade social selado entre cidadãos com os mesmos princípios norteadores almejando o bem de todos, ou salvar os desafortunados ou quem não possui as mesmas condições como forma de retribuição.⁶⁹

O véu da ignorância permite que a justiça nasça sem antecedentes axiológicos que não os estabelecidos contratualmente, por consenso social, no intuito de resguardar a liberdade dos indivíduos, sem prejudicar a igualdade material como sustentáculo da justiça retributiva.

⁶⁶ QUINTANILHA, Flavia Renata – **A concepção de justiça de John Rawls**, p. 40.

⁶⁷ STANESCU, Alex de Oliveira – **A concepção de justiça de John Rawls**, p. 180.

⁶⁸ OLIVEIRA, Jose Anselmo de – **O conceito de justiça em Rawls**, p. 35.

⁶⁹ OLIVEIRA, Mario Nogueira de – **Amartya e as sociedades mais justas como ideia de realidade**, p. 15.

Sem dúvida, por essa teoria, o processo de criação da Constituição decorreria de um procedimento justo e participativo. Todos possuem o direito de participar da vida política, pois a diversidade de pensamento é intrínseca a democracia social, e sendo livres, a participação individual possui o mesmo peso e influência⁷⁰.

Silva, revela que Rawls tinha a concepção que não tinha um sistema jurídico que freasse a promulgação de leis injustas, mas que, é possível fixar mecanismos aptos a revelar as injustiças, e combatê-las dentro de um sistema justo,⁷¹ como é o caso do controle de constitucionalidade ou de legalidade.

A análise de leis justas ou injustas, por meio de princípios de justiça e parâmetros constitucionais, instrumentalizado pelo controle judicial, visa assegurar os valores sociais firmados no consenso democrático.

Se o ordenamento jurídico é justo, mais do que uma obrigação legal, todos têm o dever natural de obedecer e manter a estabilidade da justiça, isso porque seria inaceitável a concessão individual sem comprometer a estabilidade integral. O consenso é a aceitação social das matrizes e o compromisso de respeito mútuo, principalmente por aqueles que ocupam posição de representação política.⁷²

Na sociedade estruturada nos moldes democráticos e com princípios de justiça estruturantes, todos possuem o dever natural de respeitar as leis e instituições. A Constituição criada por meio de um processo justo transparece os valores sociais de justiça. Não quer dizer, por outro lado, que é uma Constituição perfeita, até por que essa é uma meta inalcançável, e por isso, podem dentro do ordenamento jurídico surgir leis injustas, e dessa forma inconstitucionais.

O ordenamento jurídico estabelecido nos princípios de justiça simplifica a análise pelos cidadãos das instituições democráticas, através do método dedutivo, percorrendo três etapas, ele pode formar posicionamento crítico. A primeira, refletir sobre a justiça da legislação e políticas sociais. Logo a seguir, questionar se os mandamentos constitucionais se coadunam com o padrão de justiça. Por último, analisar a aplicabilidade das leis, se devem ou não ser seguidas.⁷³

A teoria de Rawls é uma teoria social, o foco central é a coletividade, e o indivíduo é atingido de forma reflexa, dessa forma os princípios de justiça são aplicados às instituições

⁷⁰ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da – **Teoria da Justiça de John Rawls**, p. 196-197.

⁷¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 194.

⁷² RAWLS, John – **Uma teoria da justiça**, p. 428.

⁷³ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 241.

entre si e sua relação com os indivíduos, e aos indivíduos entre si, aplicação vertical e horizontal dos princípios fundamentais.

Na esfera da aplicabilidade, em relação aos indivíduos, Rawls diferencia as obrigações e o dever natural. A primeira deriva-se da equidade, estabelecida pelas regras normatizadas, de observância impositiva desde que as instituições políticas-jurídicas sejam justas e o indivíduo possa se beneficiar dessa organização. Vale dizer que não é o benefício egoísta individual a que se refere, mas o benefício de estar inserido num Estado justo com ferramentas igualitárias. O dever natural não é uma imposição legislativa, e sim de coerção moral natural, como não prejudicar ao próximo, e o próprio senso de justiça. Num ordenamento jurídico formulado em bases justas, há a relação entre as liberdades/permisões, limitada pela obrigação natural ou dever natural.⁷⁴

A teoria de justiça fixa os princípios que confeririam a legitimidade ao sistema jurídico, percorrendo o caminho desde a sua escolha até a aplicação efetiva. A concepção de Rawls, na formação do ordenamento jurídico, favorece o entrelaçamento entre a justiça substancial e a justiça formal, através dos princípios escolhidos como de justiça, exaurindo-se no princípio da legalidade.

Como se evidencia, por meio de um consenso poderá ser atingido um valor moral público, edificando princípios morais políticos, através de pessoas racionais que possuem um denominador único, formar uma sociedade democrática justa.⁷⁵

Nesse sentido, o desrespeito pelo Estado dos princípios de justiça por meio de leis manifestamente inconstitucional resulta num grau de reprovabilidade maior, pois quebra a fidúcia entre os representados e os representantes, e agride o valor moral público construído através do consenso.

Não se está querendo dizer que, o Estado que não se molde totalmente nos termos idealizados por Rawls não possa responsabilizar seus agentes políticos por leis inconstitucionais por não ter bem definido seus princípios de justiça. Longe disso, e mas que, a teoria de justiça por se tratar de um modelo claramente dedutivo formado pelo consenso social, a violação não agride apenas a ordem jurídica, mas o sentimento individual de justiça, menos abstrato porque está delineado nas instituições do Estado, e mais sensível porque coloca em risco toda forma como é idealizada o sistema normativo.

⁷⁴ STANESCU, Alex de Oliveira – **A concepção de justiça de John Rawls**, p. 182.

⁷⁵ SILVEIRA, Denis Coitinho – **Justiça como equidade e o problema da razoabilidade**, p. 38.

A segurança jurídica e a responsabilidade civil do Estado para formação do Estado justo estão diretamente entrelaçadas, não apenas a aspectos formais, mas a violação a princípios de justiça e do próprio conceito substancial de justiça.

1.3. DEVER DE INTEGRIDADE DO SISTEMA JURÍDICO COMO PACIFICAÇÃO SOCIAL

O homem passou a ser respeitado em sua dignidade quando pôde se insurgir contra o Estado, e opinar na sua formação, estabelecendo princípios que resguardecem a dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho não visa discutir a dignidade da pessoa humana e em seus mais diferentes aspectos e problemáticas, mas dentro da análise da formação de um Estado com uma teoria de justiça enraizada a dignidade da pessoa humana ocupa um papel de relevância.

A teoria da dignidade da pessoa humana como desenvolvida por Kant⁷⁶ inspirou as Constituições contemporâneas. A concepção da existência de uma lei moral universal que possibilita o homem de se autodeterminar, e confere a pessoa um valor intrínseco intangível. Essa ideia de dignidade converteu-se de dever virtuoso a dever jurídico.

Após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 no art.1.º reconhece a dignidade de todos os seres humanos, livres e iguais em sua dignidade, dotadas de razão e consciência devem praticar o respeito recíproco e fraternidade.

O marco da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser adota expressamente nas Constituições dos países democráticos, ocupando posição de destaque.

A projeção da dignidade da pessoa humana não pode ser dissociada do plano social, moral, cultural, religioso, filosófico da sociedade de referência, de modo que a interpretação constitucional é sistematizada considerando um contexto amplo para além do direito.

Vale lembrar que, antes do conceito contemporâneo de dignidade da pessoa humana desenvolvido pelo pensamento clássico do filósofo e estadista Marcos Túlio Cícero, atrelado a tradição judaico-cristã, as ideias de Iluminismo e o fim da Segunda Guerra, a dignidade da pessoa humana estava atrelada a nobreza em que apenas os reis e nobres eram dignos de tratamento especial e privilégios exclusivos.⁷⁷

⁷⁶ KANT, Immanuel – *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 48-54.

⁷⁷ BARROSO, L. R. – *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo*, p. 14.

Canotilho⁷⁸ dimensiona a dignidade da pessoa humana em três planos: como dimensão intrínseca ao ser humano; dimensão aberta associada a justiça social; e dignidade como manifestação da reciprocidade. A primeira relaciona-se com o projeto que o homem faz de si, sua consciência e autodeterminação, o valor supremo que habita na pessoa. A dignidade na dimensão de prestações de políticas públicas tem como fundamento a justiça social, e o desenvolvimento democrático e solidário. E por fim, a manifestação da reciprocidade, possui relação com a capacidade de empatia e igual dignidade.

Eu não teria um sistema justo se eu não resguardasse a dignidade da pessoa humana, esse é o propósito último de uma constituição justa. A ordem constitucional tem que possuir segurança jurídica suficiente para mesmo lidando com conceito que envolve matriz ética, filosófica consiga dentro do sistema assegurar a dignidade do homem.

A dignidade é um fim. A utilização da dignidade da pessoa humana como instrumento de julgamento ou princípio estruturante de forma isolada, pode ensejar abusos e atrocidades. Todos os princípios, regras, e ordenamento jurídico não seriam justos, se não tivessem como fim resguardar a dignidade da pessoa humana.

A conceituação da dignidade da pessoa humana, em que pese ter um valor mínimo de autodeterminação, do sentido humano, é difícil dissociar a dignidade da pessoa humana do meio no qual ele se insere. Em nome da supremacia da dignidade ariana, milhares de pessoas foram mortas.

A dignidade da pessoa humana é um valor, sem o qual não tem razão de existir o Estado, normas, e a própria liberdade. Como valor, a dignidade da pessoa humana não é dotada de conceituação objetiva autônoma suficiente como princípio estruturante central de uma teoria do estado como idealizada por Rawls. A conceituação da dignidade apoia-se direta ou indiretamente de elementos de conceituação de outros princípios, como igualdade, liberdade, vida, solidariedade... Isso porque todos os princípios servem a dignidade da pessoa humana, como valor último, máximo, como meios concretos que levem a finalidade última que é resguardar a dignidade humana.

Ainda que se tentasse, através da pluralidade razoável, conceituar e delimitar o princípio da dignidade da pessoa humana para conferir segurança jurídica ao sistema, e destacar a dignidade da pessoa humana como princípio estruturante, os elementos abstratos e conceitos abertos não permitiriam a conclusão unívoca do sentido da dignidade da pessoa humana, por sua complexidade.

⁷⁸ CANOTILHO, Joaquim José GOMES; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada**, p. 199.

Por outro lado, posso delimitar princípio de complexidade menor, e através do preenchimento negativo garantir a dignidade da pessoa humana pelo consenso sistêmico.

A breve análise da dignidade da pessoa humana dentro do contexto do trabalho parece razoável, primeiro para explicar o porquê de não se mostrar a melhor alternativa de ser utilizado como princípio estruturante como idealizado por Rawls. Segundo deixar claro que a sua importância não é menor que qualquer outro princípio, pelo contrário é um valor absoluto de precedência sobre qualquer outro princípio.

Assim, na formação de um ordenamento jurídico justo deve ser destacado um princípio estruturante, no intuito de garantir a dignidade da pessoa humana como valor supremo.

A dificuldade em se estabelecer um princípio máximo de concretude permite a distorção do sistema. As normas constitucionais devem desembocar em conteúdo certo, objetivo, guiando-se por um princípio máximo, e poucos secundários numa conexão lógica, de forma que, a interpretação somática desses valores demonstra claramente o objetivo central do ordenamento jurídico.

A teoria de justiça de Rawls permite a integração do sistema jurídico com o valor moral coletivo, colocando o princípio da liberdade como eixo central, seguido pela igualdade, criando uma sociedade democrática e justa.

A proteção das normas é a matriz da institucionalização da responsabilidade garantindo o equilíbrio entre a liberdade e a igualdade, e assim, garantindo a dignidade da pessoa humana como valor último inafastável da sociedade.

Fixando as diretrizes axiológicas, o sistema jurídico passa a ser coeso, propiciando que o controle de constitucionalidade das normas seja de forma literal, mas também valorativa, sem receio de escorregar no subjetivismo.

Esse consenso não deve partir de uma mente pensante, mas do valor extraído da coletividade que comunga de valores semelhantes, ou tenha ânimo de se agremiar, ainda que abdicando de valor individual em prol do bem coletivo, dentro de um território. Em que pese ser um pensamento um tanto utópico é perfeitamente possível de ser realizado quando se trabalha com regimes democráticos. A escolha do representante é essencial para formação/manutenção do sistema valorativo do ordenamento jurídico.

O princípio da igualdade e liberdade são princípios basilares do sistema Democrático de Direito que não devem se excluir ou anular, mas se coadunar. Dentro do sistema é importante que os valores de liberdade e igualdade estejam em harmonia, isso porque há uma tendência evidenciada pela história de criação do Estado que quanto maior a liberdade,

menor a igualdade, posto que, a liberdade irrestrita tende a gerar posições de dominação que sufocam a igualdade e por consequência da liberdade dos oprimidos.

A importância de um sistema seguro nasce da necessidade de firmar os princípios do sistema jurídico, garantindo uma intervenção na mesma medida e intensidade da ofensa, independente de quem a cause, mesmo que se trate de dano causado pelo próprio ente estatal.

A autoridade estatal deve pautar sua atuação à luz dos ditames constitucionais. A Constituição organiza e estrutura o Estado, de modo que, o poder político e a legalidade andam em relação de simbiose, não há poder político sem a observância da lei. Isso não quer dizer que o poder é legítimo, pois esse é um valor extraído do sistema como justo, na relação necessidade do administrado x resposta estatal x objetivo social do poder estatal. Mas ainda assim, a legitimidade depende de previsão legal.⁷⁹

Assim, pode-se afirmar que responsabilidade estatal é resultado natural do Estado Democrático de Direito. O poder estatal é uno, apenas as suas competências são delegadas para gestão administrativa nos poderes executivos, legislativo e judiciário, e justamente por esse poder o Estado é responsável, numa relação intrínseca, de cobrar e ser cobrado.

A responsabilidade do Estado por ato dos seus agentes políticos garante um sistema jurídico de qualidade. Não tem fundamento a exclusão da responsabilidade legislativa quando as ilegalidades cometidas na função estatal, como a executiva e judiciária, ensejam a responsabilização, ferindo inclusive o equilíbrio dos poderes. A responsabilização por ato legislativo é essencial para frear a utilização das leis como meio de angariar popularidade política e votos.

A evolução do conceito de Estado, junto com o amadurecimento político do cidadão, provou que o consenso dialético é fundamental para a formação de um sistema justo. E exatamente pela fidúcia depositada pelo cidadão na crença de fazer justiça e ter sistema justo que, a falta grave do representante no exercício de suas funções legislativas deve ensejar a responsabilidade do Estado. A exemplo da função de atos de governo, execução da administração, e pacificação social das lides, que o Estado é responsabilizado pelos prejuízos, qual o fundamento para não responsabilizar o Estado nos atos legislativos, danos que violam a coesão do sistema? Não há.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo – **Ciência política**, p. 123.

2. NORMAS INCONSTITUCIONAIS

2.1. NORMA JURÍDICA

Barroso⁸⁰ relata que uma das mudanças significativas no constitucionalismo no século XX é a atribuição do status de norma jurídica às normas constitucionais. O modelo europeu anterior concebia as normas constitucionais como um documento político. Somente no pós Segunda Guerra com a difusão do modelo americano, é que a constituição ganhou força normativa, afastando a centralidade da lei e a supremacia do parlamento, passando os atos a serem suscetível de controle judicial sob o prisma constitucional.

O referido autor diferencia as normas constitucionais das demais normas jurídicas por quatro características distintas: a) a posição de superioridade dentro do ordenamento jurídico, a supremacia da constituição impõe que nenhum ato normativo se sobreponha validamente em face da constituição; b) a linguagem aberta que a constituição utiliza, a constituição emprega por vezes cláusulas gerais passíveis de interpretação pelo operador do direito para resolução da demanda levando em consideração o caso em concreto, como o caso da afronta ao princípio da igualdade, cuja a valorização e justa indenização dependerá do caso; c) conteúdo, a constituição possui normas de direito material, normas pragmáticas como os preceitos que definem os direitos fundamentais, e normas organizacionais que não são de juízos hipotéticos, mas determinações que atribui competências e estrutura o Estado ; d) dimensão política, a Constituição é produto do fato político e a ordem estabelecida, e por consequência, delineada em seu texto. Por outro lado, além do resultado político que a instituiu, ela também influencia nas tomadas de decisão política na sua vigência num processo de refração dos ideais e valores políticos nela firmada⁸¹.

Dentro da evolução da teoria do Direito, na década de 80, o conceito de norma jurídica no Brasil foi alterado pelas ideias de Ronald Dworkin responsável pela difusão da ideia da norma jurídica como gênero no qual as espécies são regras e princípios⁸².

Nessa linha de divisão das espécies de norma jurídica, Alexy⁸³ diferencia de forma qualitativa regra de princípio pela sua forma de aplicação e como cada uma delas estruturam os direitos que garantem. O traço distintivo da estrutura é que regras preveem direito e/ou deveres

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto – **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 124.

⁸¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 125-126.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira – **Curso de Direito Constitucional**, p. 80.

⁸³ ALEXY, Ronald – **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 87-88.

definitivos, já os princípios garantem direitos ou impõe dever *prima facie*⁸⁴. Os princípios são mais incompletos, com amplitude exegética, exprimem um valor que devem se harmonizar dentro do sistema normativo.

As regras são cumpridas no todo ou não, o conflito entre regras somente pode ser superado com clausula de exceção explícita dentro da própria regra ou afastamento de uma delas⁸⁵.

Enquanto os princípios são mandados de otimização que devem ser observados ao máximo, a depender da situação fática em maior ou menor grau⁸⁶. Barroso⁸⁷ explica que dentro de uma sociedade democrática, diversos princípios acabam por se colidir, e nesse caso, em razão da ausência de status hierárquico maior, a dimensão do peso será definido no caso em concreto pela ponderação.

No plano axiológico, abstratamente, as regras e os princípios possuem os mesmos valores dentro do ordenamento qual seja os de norma constitucional. Em decorrência da unidade e harmonia constitucional, não pode existir antinomia na Constituição, as normas que integram a constituição devem dialogar para expressar os valores e os interesse políticos da sociedade.

Miranda⁸⁸, nesse mesmo sentido, ensina que as normas constitucionais não possuem, em regra, precedência sobre outras normas constitucionais, pois encontram-se no mesmo plano hierárquico. Contudo, na análise de uma realidade fática, haverá preponderância de um rol ordenado de direitos fundamentais preferenciais a ser aplicado num conflito de normas.

As normas constantes na Constituição formal distinguem-se dos demais atos normativos por sua posição hierárquica superior, não se submetem a compatibilidade com uma outra norma jurídica. Ao contrário, as determinantes negativas marcam limites ao legislador, enquanto as determinantes positivas, regulamenta total, ou impõe o legislador a disciplinar de forma supletiva⁸⁹.

O ordenamento jurídico brasileiro incorporou as ideias de Dworkin e Alexy de norma jurídica constitucional. Os princípios traçam diretrizes no ordenamento como forma de interpretação, valor ou finalidade da norma insculpida, enquanto a regra transparece certeza, segurança jurídica. Na concretização do direito, o sistema jurídico brasileiro atrapalha-se na

⁸⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da – **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**, p. 51.

⁸⁵ ALEXY, Ronald – *Op. Cit.*, p. 87-88.

⁸⁶ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 86.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto – **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 124.

⁸⁸ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, p. 194-195.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira – **Curso de Direito Constitucional**, p. 74.

ponderação dos princípios, tendo em vista que, não há um escalonamento de valor definido no corpo constitucional, e sim, diversos valores densamente assegurados, e isso acaba por causar distorções sistêmicas e por vezes arbitrariedades culminando na necessidade do controle de constitucionalidade.

Agra⁹⁰ aponta que no constitucionalismo brasileiro estão sujeitos ao controle de constitucionalidade todas as leis genéricas, emendas constitucionais, medidas provisórias, leis complementares, bem como os atos normativos produzidos em âmbito administrativo pelo poder público tais como decretos do poder executivo e normas regimentais dos Tribunais e suas resoluções.

De inspiração francesa, o Brasil adota o conceito restrito de bloco de constitucionalidade. No direito francês, o bloco de constitucionalidade teve seu *leading case* a decisão do Conselho Constitucional de 16 de julho de 1971 que reconheceu como parâmetro de constitucionalidade o preâmbulo da atual Constituição Francesa de 1958, bem como as normas a que se refere como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o preâmbulo da Constituição de 1946. No Brasil, o bloco de constitucionalidade é o conjunto de regras, princípios, valores constitucionais, dispositivos dos ADCT, Emendas Constitucionais e tratados internacionais com hierarquia constitucional, consoante art. 5º, § 3º da CF⁹¹.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4.222⁹², foram analisados com precisão os elementos essenciais para o controle de constitucionalidade distinguidos por Celso de Mello na ADI 595-ES citada no referido julgado. Segundo consta na decisão, é necessário se firmar o que é a ideia de Constituição, elemento conceitual e o elemento temporal, a norma supostamente contrária tem que ser contemporânea ao parâmetro constitucional. Na referida decisão, no âmbito conceitual, fixou-se a ideia tímida de bloco de constitucionalidade, que o Brasil muito mais do que as normas e princípios formais possui um espírito constitucional formados por valores supra positivos que transcende o direito natural e incorpora-se a Lei Fundamental.

Lenza⁹³ destaca que o parâmetro de compatibilidade constitucional do Brasil adota timidamente o bloco de constitucionalidade em que pese as decisões do Supremo Tribunal Federal.

⁹⁰AGRA, Walber de Moura – **Curso de Direito Constitucional**, p. 670.

⁹¹ PADILHA, Rodrigo – **Direito Constitucional**, p. 196.

⁹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.222, de 01 de agosto de 2014**, [em linha].

⁹³LENZA, Pedro – **Direito constitucional esquematizado**, p. 527.

No direito português, a norma jurídica passível controle judicial de constitucionalidade deve preencher as quatro dimensões estabelecidas como norma funcionalmente adequada. Primeiro, o ato questionado tem que possuir normatividade, alterar o ordenamento jurídico modificando, inovando ou revogando outra norma. Segundo, a afronta constitucional deve ser imediata e direta à constituição⁹⁴. No terceiro critério, a norma deve vincular de forma imperativa a um padrão de conduta, heteronomia normativa⁹⁵. Por fim, a norma jurídica deve ter reconhecimento normativo vinculante pelo poder público, mesmo as normas oriundas da autonomia privada, desde que reconhecida o seu carácter normativo pelo poder público, como as convenções coletivas⁹⁶.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional no julgamento do Ac. 174/2008, entendeu que a convenção coletiva são normas públicas, mesmo criadas por particulares devem se submeter ao controle de constitucionalidade.

Como ensina a jurisprudência portuguesa Ac. STJ 142/09⁹⁷, as convenções coletivas são compostas de cláusulas obrigacionais e outras normativas. As normas de conteúdo obrigacional vinculam as partes pactuantes, enquanto as normas de conteúdo regulativo possuem eficácia geral, imperativa e abstratas, essas últimas são passíveis de controle de constitucionalidade.

No direito português, o controle de constitucionalidade possui objeto normas jurídicas e não atos normativos em si. Isso porque, nem todos os atos normativos são sujeitos a fiscalização de constitucionalidade, como os atos de governo. As decisões políticas gerais de

⁹⁴TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Acórdão n.º 26, de 26 de abril de 1985, [em linha].

⁹⁵*Idem* – Acórdão n.º 156, de 29 de junho de 1988, [em linha] e *Idem* – Acórdão n.º 472, de 22 de setembro de 1989, [em linha].

⁹⁶ *Idem* – Acórdão n.º 26, de 26 de abril de 1985, [em linha]; *Idem* – Acórdão n.º 172, de 10 de fevereiro de 1993, [em linha]; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Acórdão n.º 659, de 22 de novembro de 1995.

⁹⁷SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Acórdão 142/09.7TTCSC.L1.S1, de 19 de abril de 2012, [em linha]. “I – A interpretação das normas de Direito do Trabalho obedece, em geral, aos cânones hermenêuticos constantes do art. 9.º do Cód. Civil, assim sucedendo concretamente quanto às Convenções Coletivas de Trabalho, na sua vertente regulativa, cuja feição se aproxima das características próprias da Lei (generalidade e abstracção, dirigindo-se o seu comando a um número indeterminado de potenciais destinatários). Quanto à sua componente obrigacional, de conteúdo tipicamente negocial, deverão convocar-se prevalentemente as regras de interpretação dos negócios jurídicos, as constantes dos arts. 236.º e seguintes da mesma Codificação (...)”. No mesmo sentido, o Ac. STJ, de 9.11.1994, BMJ, 441.º - 114 afirma que “I - A convenção coletiva de trabalho abrangem uma dupla categoria de normas: as normas de conteúdo meramente obrigacional, cujos efeitos se restringem às partes que a celebram, e as normas de conteúdo regulativo, de eficácia geral e, portanto, obrigatórias para todos os que se encontrem ou venham a encontrar-se abrangidos pelo seu âmbito de aplicação. II – Estando em causa normas de natureza obrigacional, destinadas a regular as relações entre as partes outorgantes, nomeadamente no que toca à verificação do cumprimento da convenção e aos meios de resolução de conflitos decorrentes da sua aplicação e revisão, tais normas possuem características tipicamente negociais e, por isso, se lhes devem aplicar as regras de interpretação dos negócios jurídicos. III – Tratando-se, porém, de normas de conteúdo regulativo – como as que destinam a duração do trabalho –, os respectivos comandos jurídicos são gerais, abstractos e destinam-se a um número indeterminado de pessoas (...), pelo que podem considerar-se autênticas normas jurídicas, submetidas como tal às regras gerais relativas à interpretação da lei”.

governo, em regra, não atingem o direito individual subjetivo, e não são dotados de abstração, e sim são atos de gestão⁹⁸.

O regulamento normativo, como ato administrativo apenas submete-se ao controle de constitucionalidade se preencher o conceito de norma funcionalmente adequada, como prevê o art. 281, n.1 da CRP^{99,100}.

Desse modo, o conceito de norma jurídica adotado no direito português para fiscalização constitucional é amplo inserindo não apenas atos normativos do poder público, mas o ato normativo do poder privado, que se enquadra como norma funcionalmente adequada. Por outro lado, mesmo sendo ato do poder público, os atos políticos e as decisões judiciais não possuem normatividade, e, portanto, não se submetem ao controle de constitucionalidade.

2.1.1. Validade da Norma Jurídica

Leite¹⁰¹ distingue que a validade atua no plano da existência no ordenamento jurídico e a vigência é o lapso temporal de obrigatoriedade da norma.

Kelsen¹⁰² trabalha o conceito de validade como a existência de outra norma superior compatível. A norma ingressa no mundo jurídico por alguém competente, observando os trâmites, e passa a ser válida se compatibilizar-se com o ordenamento jurídico correspondente, tendo como parâmetro norma hierarquicamente superior.

Importante a diferenciação entre validade e vigência apresentada por SARLET utilizando o conceito de dois grandes doutrinadores Jose Afonso da Silva e Luis Roberto Barroso¹⁰³. Jose Afonso da Silva diferencia vigência como qualidade da norma existir juridicamente, após a promulgação e publicação, passando a ter obrigatoriedade. Luis Roberto Barroso caracteriza a validade como a conformação ao ordenamento jurídico, o ato normativo

⁹⁸ QUEIROZ, Cristina – **Justiça Constitucional**, p. 161.

⁹⁹ “1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:

a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas;

b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de ato legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado;

c) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região autónoma;

d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto”. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2015, [em linha].

¹⁰⁰ QUEIROZ, Cristina – **Op. Cit.**, p. 163.

¹⁰¹ LEITE, George Salomão – **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, p. 23.

¹⁰² KELSEN, Hans – **Teoria Pura do Direito**, p. 215.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**, p. 176.

obedeceu aos parâmetros de competência, forma, possibilidade do objeto, licitude, enquanto a vigência é a existência e possibilidade de aplicação da norma.

Barroso¹⁰⁴ diferencia a existência, validade e vigência da norma. A norma existe no mundo jurídico quando estão presentes os elementos que constituem pressupostos para a sua existência, por exemplo, não existiria uma lei se não fosse aprovada pela casa legislativa. A validade passa a ser analisada quando o ato supera o pressuposto de existência, analisando-se se estão presentes os atributos ou requisitos de aperfeiçoamento que lei anterior exigiu. Já a vigência relaciona-se a aplicabilidade, a validade técnica-formal do ato.

O Barroso exemplifica utilizando-se da análise do ato administrativo. Não é suficiente a prática do ato administrativo por um agente público, o que satisfaz o requisito da existência. O agente público tem que ser competente, o ato tem que se exteriorizar na forma adequada, com objeto lícito e possível, ausente algum dos requisitos é inválido¹⁰⁵.

Leite¹⁰⁶ distingue a validade formal da validade material, e ressalta que, apenas com a conjugação dos dois a norma é válida. O aspecto formal está relacionado com o ingresso no mundo jurídico observando aos requisitos do processo legislativo estabelecidos em norma anterior superior. A validade material, contudo, relaciona-se ao conteúdo da norma dissonante ou não da Lei Fundamental, por exemplo, a previsão legal no ordenamento brasileiro de pena de morte, mesmo a regular tramitação nas Casas Legislativas, a previsão de pena de morte viola o art. 5º, XLVII, “a” da CF¹⁰⁷ que estabelece expressamente que não haverá pena de morte exceto em caso de guerra.

Mendes¹⁰⁸, explica que as normas constitucionais não possuem sua compatibilidade auferida com uma outra norma jurídica, pois está numa escala superior. As normas constitucionais são fundamentos de validade para todas as outras normas, que possuem dever de conformação. As normas infraconstitucionais, desse modo, são condicionadas, mas não determinadas, o legislador possui a liberdade de conformação, sendo restringida apenas pela norma constitucional. A liberdade de escolha do legislador será proporcional ao grau de densidade dos preceitos constitucionais, quanto mais densa a norma constitucional mais completa será, de aplicabilidade plena. Assim, nas normas constitucionais de menos densidade,

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**, p. 30-31

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ LEITE, George Salomão – **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, p. 23-24.

¹⁰⁷ “XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;” CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, [em linha].

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**, p. 77-81.

o legislador terá mais escolha e conseqüentemente maior o grau de controle de constitucionalidade.

A norma constitucional, portanto, é o parâmetro de validade e o vetor interpretativo de todas as normas do sistema jurídico, ao ingressar no sistema jurídico, a lei produzirá efeitos, e possivelmente as situações de incidência durante o período de sua vigência, deverão ser recompostas. A lei inconstitucional é inválida por não se compatibilizar com a norma superior¹⁰⁹.

2.1.2. Eficácia

Explica Barroso¹¹⁰ que a eficácia é negligenciada pela divisão clássica que contemplava apenas os critérios de vigência, validade e existência da norma jurídica. O Autor ainda diferencia eficácia de efetividade. Todas as normas constitucionais possuem eficácia em menor ou maior grau. A efetividade é o fato real, como a norma constitucional é recebida dentro do plano social. A eficácia seria alcançada pela técnica legislativa e a vontade política de transplantar para a realidade o disposto na norma constitucional e o exercício de cidadania.

Kelsen diferencia a vigência da eficácia, a vigência está no plano do dever-ser, é a existência da norma em si, enquanto a eficácia está no plano do *ser* relacionando-se a sua aplicação na atualidade¹¹¹.

Sarlet¹¹² relata a diferença de aplicabilidade e eficácia trazida pelo doutrinador Virgílio Afonso da Silva na tese “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”, eficácia e aplicabilidade são conexas, não há aplicabilidade sem eficácia. A aplicabilidade envolve uma dimensão fática, o que não quer dizer que sendo aplicável a norma seja aplicada ao caso em concreto, a norma possui potencial de aplicabilidade.

A eficácia é a característica de toda norma jurídica de produção de efeitos da norma quando invocada sua aplicação. Difere da eficácia social que se relaciona aos efeitos espontâneos produzidos aos indivíduos em observar a norma¹¹³.

A jurisprudência e doutrina norte americana inspirou Ruy Barbosa na classificação das normas constitucionais sob o prisma da aplicabilidade, em normas autoaplicáveis (*self-*

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto – **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 125.

¹¹⁰ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 136-137.

¹¹¹ KELSEN, Hans – **Teoria Pura do Direito**, p. 18-19.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**, p. 178.

¹¹³ LEITE, George Salomão – **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, p. 23.

executing, self-acting, ou self-enforcing) ou aplicáveis por si mesmas e normas não autoaplicáveis (*not self-executing, not self-acting, ou not self-enforcing*) ou não executáveis por si mesmas. As normas autoaplicáveis são aquelas cujos efeitos já estão determinados independente de atuação integrativa do legislador, a atuação do legislador é supérflua para completar o sentido da norma. As normas não autoexecutáveis, Ruy Barbosa designavam como aquelas que indicam princípios sem estabelecer normas, fixam competências, poderes e atribuições¹¹⁴.

A classificação em autoaplicáveis e não autoaplicáveis sofreu críticas, a começar pela nomenclatura que induzem que as normas não autoaplicáveis não produzem efeito algum, quando as normas constitucionais sempre produzem algum efeito, o menor efeito produzido é servir de parâmetro para legislador ou norma de natureza geral. Não obstante as críticas, a classificação foi precursora das demais, essencial para a reformulação doutrinária¹¹⁵.

Dentro da classificação da eficácia das normas constitucionais, dois autores destacam-se José Afonso da Silva e Jorge Miranda.

Silva¹¹⁶ classifica as normas constitucionais em: normas de eficácia plena, entendidas como de aplicabilidade direta e imediata; normas constitucionais de eficácia contida, possuem aplicabilidade direta, imediata, mas a potencialização dos seus efeitos está condicionada a integração legislativa; norma de eficácia limitada ou reduzida, possui aplicabilidade indireta e mediata, depende de integração, subdivide-se em normas de princípios institutivos ou regulativos e normas de princípios programáticos.

José Afonso da Silva reconhece a vinculação entre a eficácia jurídica com a eficácia social, mas entende que a norma jurídica pode ter eficácia jurídica, revogar ou ser utilizada como parâmetro de constitucionalidade, sem, contudo, ter eficácia no plano social¹¹⁷.

Miranda¹¹⁸ faz distinção das normas dividindo em normas preceptivas exequíveis por si mesmas, normas preceptivas não exequíveis por si mesmas e normas programáticas.

As normas constitucionais preceptivas são aquelas cuja eficácia não se condicionam as condições institucionais e de fato. As normas constitucionais programáticas são as de ordem jurídica-política, comando valores, dirigidas a transformação jurídica e social para cumprir os fins dispostos na constituição. As normas constitucionais preceptivas dividem-se em exequíveis

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – *Op. Cit.*, p. 182.

¹¹⁵ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 184.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso – *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 62-87.

¹¹⁷ RAMOS, Marcelene – *Carvalho da Silva. Estrutura e Aplicabilidade das Normas Constitucionais de Direitos Sociais*, p. 14.

¹¹⁸ MIRANDA, Jorge – *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 440-441.

e não exequíveis em si, não há diferença de valoração, e sim de estrutura, a diferença entre elas reside se depende ou não de lei para se tornarem totalmente aplicáveis¹¹⁹.

À primeira vista, a classificação de ambos doutrinadores parecem ser semelhantes. Contudo, a classificação do Jorge Miranda não consegue encaixar as normas que possuem aplicabilidade direta e imediata, porém aberta a restrição por outra norma, que pode ou não acontecer sem, contudo, prejudicar a eficácia integral da norma. As normas categorizadas pelo José Afonso da Silva como normas de eficácia contida enquadram esse tipo de norma jurídica, enquanto na separação de Jorge Miranda as normas de eficácia plena e contida seria normas perceptivas por si mesmas como se semelhante o fossem.

2.2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.2.1. Decisões judiciais de análise de constitucionalidade no modelo europeu continental

Na Europa Continental do Século XVIII, havia a desconfiança generalizada nos juízes vistos como submissos aos mandos e desmandos dos monarcas. A separação dos Poderes era o instrumento contra os poderes irrestritos dos monarcas e as arbitrariedades dos juízes¹²⁰.

Na França, a obra de Rousseau ressoou politicamente, de forma que o parlamento passou a ser o protetor da soberania nacional, um órgão sem legitimidade democrática não poderia ousar a desafiar a vontade do povo. Não havia a concepção de Constituição como lei maior, a justificar o controle de constitucionalidade¹²¹.

Os legisladores eram vistos como proclamadores da voz do povo, compreensão que só mudou com o nazismo e o distanciamento entre a vontade do povo e os instrumentos legislativos, quando claramente o legislador não cumpriu sua missão de proteger o povo, culminando na crise da democracia representativa¹²².

Segundo Streck¹²³, Kelsen sugere a criação de um Tribunal especial fora do Poder Judiciário em decorrência da desconfiança que circundava a figura dos juízes, cujas decisões muitas vezes contrapunha a vontade social. Nessa atmosfera, Kelsen idealizou um tribunal

¹¹⁹ MIRANDA, Jorge – **Teoria do Estado e da Constituição**, p. 440-441.

¹²⁰ URBANO, Maria Benedita – **Curso de Justiça Constitucional**, p. 66-67.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**, p. 1050.

¹²² MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**, p. 520.

¹²³ STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição constitucional**, p. 104.

constitucional não indo de encontro ao mito da força normativa da lei e preservando o papel do Poder Legislativo.

O sistema austríaco ou sistema concentrado de constitucionalidade foi elaborado por Kelsen a pedido do governo, inserido na Constituição de 1920. A concepção de hierarquia das normas de Kelsen organizava formalmente as fontes do direito, colocando a constituição no ápice no grau de escalonamento. Assim, Kelsen entendia necessário um órgão competente para verificar a compatibilidade da produção legislativa com as normas constitucionais, criando a Corte Constitucional (o *Verfassungsgerichtshof*)¹²⁴.

Urbano¹²⁵ relata interessante debate entre Kelsen e Carl Schmitt sobre qual o órgão adequado para proteger a Constituição. Schmitt entendia que a Constituição transparece o fundamento político do Estado, e por se tratar de instrumento político caberia ao Poder Executivo. O referido doutrinador compreendia que os problemas políticos mais graves, não poderiam ser solucionados pela justiça jurisdicional, assim como, não poderia atribuir ao parlamento a resolução de um problema criado por ele.

Por outro lado, Kelsen¹²⁶ entendia que Tribunal Constitucional não poderia integrar o Poder Judiciário, e deveria ser escolhido pelo Parlamento para exercer o controle abstrato das leis. As decisões teriam natureza de revogar a lei, criando verdadeira norma geral em sentido negativo, com efeito *ex nunc*.

A reforma constitucional de 1929 manteve o controle de constitucionalidade concentrado na Corte Constitucional, no entanto, ampliou o rol de legitimados para contemplar a Corte Suprema e a Corte Administrativa austríaca a possibilidade de requerer o exame de constitucionalidade de lei cuja validade prejudicasse a resolução de um conflito¹²⁷.

Além do modelo Austríaco, o modelo francês de controle de constitucionalidade francês destaca-se. O controle de constitucionalidade francês sofreu forte influência do contratualismo de Rousseau e a separação dos poderes de Montesquieu. A vontade popular traçada pelo Rousseau, a soberania do poder legislativo, e o descrédito do poder judiciário formado por sua grande maioria pela nobreza foram determinantes para o controle de constitucionalidade preventivo francês¹²⁸.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**, p. 1051.

¹²⁵ URBANO, Maria Benedita – **Curso de Justiça Constitucional**, p. 67-70.

¹²⁶ KELSEN, Hans – **Jurisdição Constitucional**, p. 306-310.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – *Op. Cit.*, p. 1052-1053.

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição constitucional**, p. 60.

As leis antes de serem promulgadas deveriam ser submetidas ao Conselho Constitucional para análise preventiva, no prazo de 30 dias. No curso do processo legislativo, o Conselho poderia mediante instigação do Governo ou Presidente de qualquer das Casas Legislativas, apreciar a constitucionalidade de uma proposta de lei ou emenda, no prazo de oito dias, antes da promulgação. Depois de promulgado o texto normativo, não poderia nenhum juiz, Tribunal ou mesmo o Conselho declará-lo inconstitucional. As decisões do Conselho eram irrecorríveis e obrigatórias ao Poderes Públicos¹²⁹.

No modelo francês, até a Reforma Constitucional de 2008, o controle de constitucionalidade era exclusivamente preventivo, atualmente, qualquer interessado durante o processo judicial pode questionar a constitucionalidade de lei aprovada pelo parlamento europeu através a *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC). Os atos administrativos devem ser analisados pelos tribunais administrativos¹³⁰.

2.2.2. Decisões judiciais de análise de constitucionalidade no modelo “*commow law*”

O sistema *commow law*, ou modelo anglo-saxão possui sua base no direito consuetudinário cuja fonte do direito são os costumes. Os julgadores analisam o caso em concreto, e as decisões judiciais dos casos servem de alicerce para que as demais decisões tenham a mesma resolução¹³¹.

A raiz do constitucionalismo americano refletiu a formação social dos Estados Unidos. A colonização americana continha número significativo de refugiados religiosos europeus o que colaborou para que se criasse uma consciência de necessidade de conter os abusos das autoridades e salvaguardar as minorias¹³².

Ao contrário do modelo francês, o constitucionalismo americano teve sua origem no alto grau de confiança nos juízes e grande receio na atividade do poder parlamentar, resquícios dos abusos sofridos pelo parlamento inglês enquanto ainda era colônia. Os juízes dispunham de poder de afastar a aplicação de uma lei que não estivesse em consonância com o parâmetro constitucional¹³³.

¹²⁹MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**, p. 521.

¹³⁰STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição constitucional**, p. 60.

¹³¹DONIZETTI, Elpídio – **Curso Didático De Direito Processual Civil**, p. 1454.

¹³²SOUZA NETO, Cláudio Pereira de – **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, p. 52.

¹³³URBANO, Maria Benedita – **Curso de Justiça Constitucional**, p. 54.

Streck¹³⁴, explica o sucesso do modelo *common law* nos Estados Unidos. Segundo o renomado autor, houveram vários movimentos para codificação do direito americano, isso porque o acúmulo dos precedentes tornou-se um problema para a pesquisa. Diversas doutrinas foram adotadas para amenizar o torrencial número de precedentes e padronizar formação do direito, como exemplo a doutrina de Langdell e pela adoção da doutrina de Llewellyn. Christopher Columbus Langdell, a partir de 1870, transformou o sistema de estudo jurídico introduziu método socrático de ensino, no qual os estudantes liam e debatiam os casos por meio de perguntas e respostas, já a doutrina de Llewellyn estudava todos os casos análogos.

Os norte-americanos reconheceram desde cedo a natureza jurídica da constituição e o seu valor de lei suprema, *supreme law e Paramount law*. Ao §2º do artigo VI da Constituição Federal é atribuído esse fundamento da supremacia constitucional, a *supremacy clause*¹³⁵.

O triunfo do *commow law* parte da ideia de que se a norma não satisfaz as necessidades sociais poder ser revista pelo juiz. Ademais, o fracasso da codificação das leis deve-se a concepção que os princípios gerais do direito não se alteram, apenas os aspectos acidentais que mudam com a ordem econômica, social, política¹³⁶.

O *judicial review* é o exercício do sistema de freios e contrapesos dos poderes que integram a estrutura política americana, possibilitando aos juízes declarar a inconstitucionalidade de lei que viole a constituição. A concepção do judiciário como guardião da constituição deve-se ao julgamento do caso Marbury v. Madison que proclamou que a constituição é superior a qualquer lei aprovada pelo parlamento e a autoridade judicial para invalidar uma lei inconstitucional¹³⁷.

O modelo americano de *commow law* é alvo de muitas críticas com seu sistema de controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*). Isso porque, permite aos juízes estabelecerem normas, derrubando o poder dos representantes do povo sem, contudo, possuir legitimidade democrática. Não obstante as críticas, é inegável a solidez do sistema, sendo modelo de segurança jurídica em que pese não haver o formalismo legislativo para revisão de normas¹³⁸.

¹³⁴STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição constitucional**, p. 35-38.

¹³⁵ URBANO, Maria Benedita – **Curso de Justiça Constitucional**, p. 54.

¹³⁶STRECK, Lenio Luiz – *Op. Cit.*, p. 37-38.

¹³⁷ PIRES, Alex Sander Xavier – **Constitucionalismo Luso-Brasileiro: Leitura normativa no âmbito do domínio da lei e da humanização das relações**, p. 52-53.

¹³⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de – **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, p. 53.

O modelo americano apesar de ter sua matriz no direito inglês, possui diferenças estruturais significativa, podendo ser dividido entre *commow law* americano e *commow law* inglês. A regra de precedente no *common law* inglês, é mais rígida que a *stare decisis* do modelo americano, isso porque a forma de estrutura federativa dos Estados Unidos reserva aos Estados autônomos o poder normativo de direitos devendo ser respeitado o seu corpo legislativo. Primeiramente, o Supremo Tribunal e os Tribunais Superiores dos Estados não estão vinculados a suas decisões, podendo aplicar outro entendimento desde que o caso seja diferente do precedente. Ademais a própria estrutura do poder judiciário americano como Estado Federado a regra do *stare decisis* funciona apenas dentro da competência do Estado Federado¹³⁹.

O *stare decisis* é o precedente com força obrigatória e equivalente a uma norma, porém criada através de decisão judicial e não do poder legislativo, devendo ser respeitada pelo tribunal de grau inferior. Nesse sistema, o precedente é fruto de uma atividade constitutiva e declaratória, criando norma e a força coercitiva de aplicação pelos julgadores¹⁴⁰.

A estrutura do modelo judicial inglês distingue-se por possuir a “alta justiça” (*haute justice*), ligada aos tribunais superiores, e a “baixa justiça” (*basse justice*), jurisdições inferiores ou órgãos “quase-judiciários”. A *basse justice* limita-se a resolver processos, a *haute justice* vai além e estabelece precedentes¹⁴¹.

O direito inglês convive com as normas legislativas e jurisprudenciais, *law reports*, de forma que os juízes são obrigados a aplicar as regras contidas jurídicas nos precedentes. Diferente dos países continentais da Europa, a jurisdição constitucional é realizada por todos os órgãos do judiciário de forma difusa não havendo um tribunal constitucional que centralize tal função.

Os países de origem romano germânica adotam o *civil law* onde a lei é fonte primária do direito, e os precedentes servem para a interpretação do direito. A adoção das regras do *stare decisis*, a força obrigatória dos precedentes, aproximou o *civil law* do *commowlaw* fazendo repensar o papel das leis dentro do ordenamento jurídico¹⁴².

2.2.3. Controle de constitucionalidade no Direito Português

¹³⁹STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição constitucional**. p. 41.

¹⁴⁰DONIZETTI, Elpídio – **Curso Didático De Direito Processual Civil**, p. 1454.

¹⁴¹STRECK, Lenio Luiz – *Op. Cit.*, p. 41.

¹⁴²DONIZETTI, Elpídio – *Op. Cit.*, p. 1452.

O controle de constitucionalidade no direito português tem origem na Constituição de 1911, após a Proclamação da República, por meio da fiscalização constitucional difusa. A Constituição de 1911 inspirou-se na Constituição Brasileira de 1891 ambas adotando o modelo americano de “*judicial review*”¹⁴³.

A Constituição de 1933, em vigor durante o período de ditadura militar de Salazar, contemplava um sistema de controle de constitucionalidade misto. O aspecto formal das leis submetia-se ao controle político, enquanto as questões materiais de direito deveriam ser analisadas judicialmente. Diferente da Constituição de 1911, a inconstitucionalidade das leis poderia ser declarada de ofício pelos Tribunais¹⁴⁴.

A Constituição de 1976 criou o controle concentrado realizado por meio do Conselho da Revolução e Comissão Constitucional. A referida constituição contemplava o controle político e controle jurisdicional como forma de exercer a constitucionalidade tanto no caso em concreto como na análise em abstrato, preservando, dessa forma, o controle jurisdicional difuso da Constituição de 1911¹⁴⁵.

O Conselho de Revolução tratava-se de órgão militar resquício oriundo da era ditatorial, o qual estava incumbido da fiscalização de modo preventivo e concentrado do controle de constitucionalidade. A Comissão Constitucional era responsável pela revisão de recursos judiciais¹⁴⁶.

A revisão constitucional de 1982 alterou o sistema de controle de constitucionalidade adotando o modelo de inspiração austríaca de justiça constitucional, sem abandonar o controle constitucionalidade judicial por via de exceção. Nessa reforma, foi retirado o controle político realizado pelo Conselho de Revolução¹⁴⁷.

O sistema jurídico português possui como pilar estruturante a supremacia da constituição previsto no art.3º n.2 e 3 da Constituição Portuguesa “2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática. 3. A validade das leis e dos demais atos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição”¹⁴⁸.

¹⁴³MUNGUBA, Filipe Ferreira – **Controle concreto de constitucionalidade em Portugal**, p. 3.

¹⁴⁴ FALCÃO, Paula Margarida Tavares – **Sistema de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal**, p. 14.

¹⁴⁵MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, p. 129.

¹⁴⁶ FALCÃO, Paula Margarida Tavares – *Op. Cit.*, p. 16.

¹⁴⁷ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 20.

¹⁴⁸ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2015, [em linha].

Canotilho¹⁴⁹ analisando os parâmetros constitucionais portugueses, entende que o controle constitucional não se fixa apenas por conteúdo normativo e princípios constantes de forma expressa na constituição, mas nos valores e princípios implícitos.

O controle de constitucionalidade no direito português não recai apenas sobre norma jurídica dotada de generalidade e abstração, concepção clássica de norma jurídica. O critério utilizado é conceito de funcionalmente adequado para a finalidade da justiça constitucional, ou seja, não apenas em atos normativos primários, como os secundários e terciários, como regulamentos e despachos¹⁵⁰.

O critério de norma funcionalmente adequada permite que normas criadas por particulares se submetam a controle de constitucionalidade, desde que o ato normativo inove o sistema jurídico, viole a constituição, e tenha o caráter vinculante como as emitidas pelo poder público, nesse exemplo enquadra-se as convenções coletivas¹⁵¹.

O aspecto material do ato normativo é mais importante que a procedência do ato. Explicando melhor o sentido da frase anterior, embora proveniente de particular desde que apresente as características de norma jurídica, sujeitam-se ao controle de constitucionalidade. Por outro lado, nem todo ato promovido pelo poder público português submete-se ao controle de constitucionalidade, como por exemplo, os atos de governo que não possuem normatividade.

O controle constitucional a que as normas jurídicas sofrem, não se restringem aos parâmetros fixados materialmente nas regras previstas no texto constitucional, mas a afronta a princípios e valores extraídos do seu conteúdo¹⁵².

É possível auferir que, no direito português, o controle de constitucionalidade judicial recai sobre todo o ato normativo que satisfaça o conceito de funcionalmente adequado, utilizando como paradigma para a fiscalização de constitucionalidade a regra constitucional, os princípios e valores nela inseridos.

O sistema jurídico português permite o controle de constitucionalidade judicial preventivo, repressivo, de forma difusa ou concentrada. O controle de constitucionalidade político foi retirado na reforma de 1982 quando o deixou de existir a Comissão Constitucional e Conselho da Revolução¹⁵³.

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 919.

¹⁵⁰ MAGALHÃES, W. – **O controle difuso de constitucionalidade em Portugal**, p. 7.

¹⁵¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão n.º 26, de 26 de abril de 1985**, [em linha]; *Idem* – **Acórdão n.º 172, de 10 de fevereiro de 1993**, [em linha]; *Idem* – **Acórdão n.º 659, de 22 de novembro de 1995**.

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 921.

¹⁵³ FALCÃO, Paula Margarida Tavares – **Sistema de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal**, p. 20.

Canotilho ensina que o controle de constitucionalidade português é misto e complexo e possui a previsão no ordenamento jurídico nos seguintes dispositivos:

- a) Controle em caso concreto, difuso, incidental, estabelecido no art. 204 e 277da CRP¹⁵⁴;
- b) Controle abstrato, na forma preventiva ou sucessiva. A fiscalização sucessiva é a mais usual, por via de ação para apreciação do Tribunal Constitucional que possui o poder de guardião da constituição. Já o controle preventivo, atuando sobre “normas imperfeitas”, a constitucionalidade não incide sobre norma que já está em vigor, mas tem o condão de anular a possibilidade de produzir efeitos no mundo jurídico por meio do veto ou reabrir o processo legislativo¹⁵⁵.
- c) Controle de constitucionalidade por ação ou omissão: a inconstitucionalidade pode ocorrer por ato efetivo produzido pelo poder público ou por uma abstenção inconstitucional de produzir norma que torne exequível norma constitucional, como previsto no art.277, 282 e 283da CRP¹⁵⁶.

O art. 204º da Constituição da República¹⁵⁷ trata sobre o controle de constitucionalidade no sistema jurídico português, proibindo aos Tribunais decisão que viole a constituição e os princípios que a inspiram.

¹⁵⁴ Artigo 204.º: “Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

Artigo 277.º: “

“1. São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.
2. A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental”.
CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2015, [em linha].

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 918.

¹⁵⁶ Artigo 282.º

“1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de exceção relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2”.

Artigo 283.º

“1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”.
CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2015, [em linha].

¹⁵⁷ Artigo 204.º

A fiscalização preventiva de constitucionalidade é auferida pelo Tribunal Constitucional conforme disciplinado no art. 278.º da Constituição. O referido dispositivo constitucional, prevê as seguintes hipóteses de controle preventivo: o Presidente ao receber decreto para promulgação de lei, ou como decreto-lei ou de tratado internacional pode submeter ao Tribunal Constitucional para análise; atribui aos Ministros da República a possibilidade de instigar o Tribunal Constitucional Português quando receberem para assinatura decreto legislativo regional; nas hipóteses de lei orgânica recebido pelo Presidente para promulgação, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados da Assembleia da República também podem deflagrar o processo de controle preventivo¹⁵⁸.

Moreira explica que o objeto da fiscalização preventiva é reduzido aos diplomas legislativos da República ou regiões autónomas e equiparados como convenções internacionais e decreto regulamentares¹⁵⁹.

Menezes informa que o sistema preventivo de controle foi alvo de muitos questionamentos, pois alguns insistiam que, nessa hipótese, o Tribunal Constitucional atuava como agente político. Não obstante, os defensores do controle preventivo conseguiram firmar a fiscalização sob o fundamento da segurança jurídica que o modelo traz ao ordenamento jurídico português¹⁶⁰.

A fiscalização abstrata tem previsão na Constituição da República no art. 281, em ação de natureza declaratória compete ao Tribunal Constitucional julgar a inconstitucionalidade de qualquer norma.

Canotilho¹⁶¹ ensina que o ordenamento jurídico português difere dos demais por permitir o controle concentrado de constitucionalidade em qualquer norma, secundária ou terciária, independente da forma desde que tenha força normativa, incluindo na fiscalização lei, decreto, regulamento, convenção coletiva.

A legitimidade para promover a fiscalização em controle abstrato possui rol taxativo às autoridades previstas no art. 281,2 do CRP.

Na fiscalização em abstrato, o Tribunal Constitucional adota a função de legislador negativo, a decisão que declara a inconstitucionalidade possui alcance geral e força vinculante,

“Apreciação da inconstitucionalidade

Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. *Idem*, [em linha].

¹⁵⁸ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2015, [em linha].

¹⁵⁹ MOREIRA, Vital – **O Tribunal Constitucional Português: a “Fiscalização Concreta” no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional**, p. 05.

¹⁶⁰ MENEZES, Paulo de Tarso Duarte – **A Fiscalização de Constitucionalidade Em Portugal: as peculiaridades do controle difuso**, p. 3.

¹⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim G. – **Direito Constitucional**, p. 994-997.

reconhecendo a inconstitucionalidade desde a promulgação, e produzindo efeitos repristinatórios, a norma anterior revogada pelo dispositivo legal passa a vigorar novamente¹⁶².

Os julgamentos prolatados em sede de controle abstrato pelo Tribunal Constitucional possui caráter vinculante, e por ter observância obrigatória a decisão que contrarie deve ser declarada nula em grau de recurso¹⁶³.

A fiscalização em concreta de constitucionalidade é diferente do que se observa nos outros países, possuindo natureza mista de sistema difuso lusitano e o concentrado austríaco. Ao contrário do se passa nos outros sistemas que possuem tribunal constitucional, os juízes e Tribunais podem fazer a análise constitucional, mas as decisões são recorríveis para Tribunal Constitucional específico fora da jurisdição ordinária. Assim, a tramitação até o Tribunal comum é semelhante aos demais sistemas de controle difuso, mas a decisão em última instância é proferida por Tribunal Constitucional externo ao judiciário tal como o controle abstrato austríaco¹⁶⁴.

O controle de constitucionalidade difuso português possui critérios processuais subjetivos e objetivos. No critério subjetivo, de quem pode fazer o controle, a constitucionalidade apenas será declarada por órgão que possui como função precípua a atividade jurisdicional, excluídas de realizar a análise de compatibilidade os órgãos de composição de conflito¹⁶⁵.

Ainda, no tocante ao requisito subjetivo, a provocação da inconstitucionalidade apenas poderá ser feita pelas partes, *ex officio* pelo magistrado, e pelo Ministério Público atuando como parte integrante do polo ativo ou passivo. A parte busca a declaração da inconstitucionalidade para assegurar direitos e garantias fundamentais, já os juízes e membro do Ministério Público no seu dever funcional de defender a constituição¹⁶⁶.

O critério objetivo do controle de constitucionalidade em concreto lusitano possui as características: a) a inconstitucionalidade é alegada de forma incidente durante o processo judicial na análise da “questão concreta”, como desenrolar do litígio suscitada no juízo *a quo*¹⁶⁷; b) a inconstitucionalidade é uma “questão objetiva”, que pode aparecer em benefício das partes ou não, não impedindo que seja alegada por uma das partes em benefício¹⁶⁸; c) para haver o

¹⁶² MENEZES, Paulo de Tarso Duarte – **A fiscalização de constitucionalidade em Portugal: as peculiaridades do controle difuso**, p. 9.

¹⁶³ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, p. 198.

¹⁶⁴ MOREIRA, Vital – **O Tribunal Constitucional Português: a “Fiscalização Concreta” no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional**, p.

¹⁶⁵ QUEIROZ, Cristina – **Justiça Constitucional**, p. 188.

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 985.

¹⁶⁷ QUEIROZ, Cristina – **Op. Cit.**, p. 189.

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.**, p. 985.

controle de constitucionalidade tem que se verificar uma “questão de inconstitucionalidade”, de agressão a constituição literalmente ou princípio constitucionais implícitos, assim como, a legalidade qualificada¹⁶⁹.

A análise constitucional de forma incidental somente ocorrerá se for necessária para a composição do litígio e desfecho da demanda, tem que ser relevante como *ratione decidendi*. A norma pode ser de direito material ou processual, mas para ser objeto de análise deve ter aplicabilidade e interfira diretamente no caso¹⁷⁰.

A constitucionalidade difusa portuguesa não poderá ser protagonista da ação, a questão é incidental e não principal, do contrário, seria controle concentrado de constitucionalidade. A parte promove a ação visando a satisfação do seu direito ou interesse, não tendo como objetivo questionar a inconstitucionalidade da norma.

O Tribunal Constitucional somente analisa a questão da constitucionalidade no controle difuso se tiver sido analisada pelo Tribunal *a quo*. Essa análise pode ser a qualquer momento no processo, ainda que não seja uma decisão final na lide, mas para ser reapreciada no Tribunal Constitucional em última instância deve ser objeto do recurso, e analisada pelo Tribunal de Recurso, art. 280 da Constituição Portuguesa¹⁷¹ combinado com art.71 da Lei dos Tribunais Constitucionais¹⁷².

¹⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 985.

¹⁷⁰ QUEIROZ, Cristina – **Justiça Constitucional**, p. 191.

¹⁷¹“ Art. 280 da CRP:

1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:
 - a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade;
 - b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.
2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:
 - a) Que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado;
 - b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma;
 - c) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;
 - d) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c).
3. Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea a) do n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 são obrigatórios para o Ministério Público.
4. Os recursos previstos na alínea b) do n.º 1 e na alínea d) do n.º 2 só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devendo a lei regular o regime de admissão desses recursos.
5. Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.
6. Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme os casos”. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2015, [em linha].

¹⁷² Artigo 71.º:

- 1 - Os recursos de decisões judiciais para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade suscitada.

Resta claro que, a declaração de inconstitucionalidade deve ser delineada no juízo anterior, a estrutura tem que estar na interpretação da decisão recorrida, e dessa forma, deverá ser levada ao Tribunal Constitucional, através do recurso de constitucionalidade.

Assim, é requisito para reanálise da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional que o objeto seja norma e interpretação normativa, e que a questão suscitada tenha decisão jurisdicional de outro Tribunal, esse pressuposto possui natureza instrumental¹⁷³.

A questão da constitucionalidade é levada ao Tribunal Constitucional em grau de recurso por meio do Recurso de Constitucionalidade. A previsão constitucional do recurso está no art. 280 da CRP, já mencionado, e tem como objetivo enviar ao Tribunal a análise do vício de inconstitucionalidade que levou ao afastamento de uma norma, ou a aplicação de uma norma que paira a questão da constitucionalidade¹⁷⁴.

A legitimidade para suscitar a inconstitucionalidade no sistema difuso depende da demonstração do interesse processual das partes no caso em concreto. A participação do Ministério Público, por disposição constitucional constante no art. 280, n. 3 da CRP¹⁷⁵, é obrigatória para afastar a aplicação de convenção internacional, ato legislativo e decreto regulamentar, ou das decisões dos tribunais que apliquem norma já declarada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional¹⁷⁶.

A decisão de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional está adstrita ao resultado útil para a resolução da lide, não pode fazer análise em tese da matéria alegada, mas apenas a subsunção do caso apresentado¹⁷⁷.

A Constituição Portuguesa relaciona as possíveis decisões para a interposição de Recurso de Constitucionalidade:

- a) “Quando a norma tem seus efeitos afastados por inconstitucionalidade”, art. 280, 1, “a” da CRP¹⁷⁸: a *ratio decidendi* tem que resultar no afastamento da aplicação de norma por declarada inconstitucionalidade. Conforme firmado na jurisprudência do Tribunal

2 - No caso previsto na alínea i) do n.º 1 do artigo anterior, o recurso é restrito às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional implicadas na decisão recorrida. LEI n.º 28, de 15 de novembro de 1982, [em linha].

¹⁷³MAGALHÃES, W. – **O controle difuso de constitucionalidade em Portugal**, p. 8.

¹⁷⁴MUNGUBA, Filipe Ferreira – **Controle concreto de constitucionalidade em Portugal**, p. 10.

¹⁷⁵ 3. “Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea a) do n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 são obrigatórios para o Ministério Público”. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2015, [em linha].

¹⁷⁶ “Artigo 280.º 5. Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional”. *Idem*, [em linha].

¹⁷⁷MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, p. 193.

¹⁷⁸ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2015, [em linha].

através da AC 62/84, a recusa na aplicação da norma deve existir ainda que implicitamente. No caso da norma declarada inconstitucional se tratar de convenção internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar, a Constituição impõe que o Ministério Público recorra da decisão, independente do esgotamento das instâncias ordinárias, interposição *per saltum*;

- b) “Quando o tribunal decide por aplicar norma suscitada como inconstitucional”, art. 280, 1, “b” da CRP¹⁷⁹: nesse caso, o Tribunal resolveu por aplicar uma norma não obstante a alegada inconstitucionalidade, nesse caso, é obrigatório que todas as vias sejam esgotadas para análise do Tribunal Constitucional, isso porque a norma vigente tem a constitucionalidade presumida, e a sua aplicação decorre da circunstância lógica da sua vigência.
- c) “Das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional”, art. 280, 5, da CRP¹⁸⁰. A Constituição da República e a Lei Orgânica Do Tribunal Constitucional elencam ainda como hipótese de interposição de recurso “Quando decide por aplicar norma anteriormente tida como inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional”, art. 70 da LTO¹⁸¹, optando pela constitucionalidade de norma já julgada inconstitucional.

Os recursos nas hipóteses do art. 280, 1, “a” da CRP e art. 280, 5, da CRP, cabem da decisão de qualquer tribunal, qualquer que seja a instância em que seja tomada. Os recursos do art. 280, 1, “b” da CRP somente quando esgotadas as instâncias ordinárias. Em se tratando de recurso obrigatório do Ministério Público, a análise deve subir imediatamente para o Tribunal Constitucional¹⁸².

Como ventilada anteriormente, quando se tratou sobre as hipóteses de recurso para o Tribunal Constitucional, verifica-se que a discussão pode ser pela inconstitucionalidade ou para que seja reafirmada a constitucionalidade. O recurso por inconstitucionalidade ocorre nos casos em que a negativa de aplicação de norma por inconstitucionalidade, já o recurso por constitucionalidade configura-se nos casos em que os Tribunais aplicam norma já declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, ou quando reconhecida a inconstitucionalidade em julgamento de recurso de inconstitucionalidade¹⁸³.

¹⁷⁹ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2015, [em linha].

¹⁸⁰ *Idem*, [em linha].

¹⁸¹ LEI n.º 28, de 15 de novembro de 1982, [em linha].

¹⁸² MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, p. 198.

¹⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 993.

O recurso para o Tribunal Constitucional na hipótese de decisão proferindo a inconstitucionalidade, é de se observar os requisitos para a admissão do recurso: esgotamento recursal (já explicado acima); a interposição do recurso depende de legitimidade que é restrita a parte que levantou o incidente; o prazo para a interposição do recurso; interesse recursal, a peça de insurgência deve trazer benefício na resolução da demanda, como instrumento para salvaguardar o direito subjetivo em questão; no que concerne ao aspecto formal da peça, a norma tida por inconstitucional deve estar individualizada de forma clara, deve ser apontada a inconstitucionalidade na aplicação ou vigência¹⁸⁴.

As decisões de inconstitucionalidade remetidas ao Tribunal Constitucional no controle em concreto deverão ser analisadas apenas no que se restringe a norma suscitada como inconstitucional, não adentrando diretamente no mérito da lide em discussão, é o que dispõe o art. 71º, n. 1, da Lei 28/82¹⁸⁵.

O Tribunal Constitucional pode declarar a inconstitucionalidade ou não, assim como, a decisão pode ter natureza interpretativa, apontando que a forma como foi interpretado o dispositivo constitucional é ou não compatível, e também determinar que seja utilizada interpretação de modo a conservar a eficácia da norma¹⁸⁶.

Em geral, as decisões em controle de fiscalização em concreto possuem eficácia *interparts*. O art. 82 da LTC¹⁸⁷, prevê que, se a mesma norma por três ocasiões distintas for declarada inconstitucional, por iniciativa do juiz do Tribunal de ofício ou Ministério Público, podem propor ação de fiscalização em abstrato, para que o Tribunal Constitucional julgue a matéria e, com isso, a decisão passa a ter efeitos gerais e força obrigatória¹⁸⁸.

2.2.4. Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro

O controle de constitucionalidade aparece no sistema jurídico após a Proclamação da República, no Decreto nº 848 de 11 de novembro de 1890, que criou o controle de constitucionalidade através da análise incidental por via de exceção¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Classificação retirado do livro MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, p. 194-195.

¹⁸⁵ LEI n.º 28, de 15 de novembro de 1982, [em linha].

¹⁸⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes – *Op. Cit.*, p. 1002.

¹⁸⁷“Art. 82. Sempre que a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em 3 casos concretos, pode o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juizes ou do Ministério Público, promover a organização de um processo com as cópias das correspondentes decisões, o qual é concluso ao presidente, seguindo-se os termos do processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade ou da ilegalidade previstos na presente lei”. LEI n.º 28, de 15 de novembro de 1982, [em linha].

¹⁸⁸MUNGUBA, Filipe Ferreira – **Controle concreto de constitucionalidade em Portugal**, p. 10.

¹⁸⁹MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, p. 105.

Miranda ressalta que a Constituição de 1891 foi essencial para a fiscalização de constitucionalidade no Brasil, como pioneiro, possibilitou o controle judicial das normas legislativas. A decisão julgada pela justiça de âmbito estadual caberia recurso para o Supremo Tribunal Federal que analisaria a validade ou aplicação de lei e tratados federais, bem como atos normativos¹⁹⁰.

A Constituição de 1934 além do controle difuso, instrumental e sucessivo previsto na constituição anterior, introduziu a possibilidade de conceder efeitos *erga omnes* a decisão. Na Carta de 1934, houve a criação da representação interventiva originária do Supremo Tribunal Federal e legitimidade do Procurador-Geral da República para resguardar os princípios fundamentais e aplicação da lei federal¹⁹¹.

Motta¹⁹² ensina que na Constituição outorgada de 1937, manteve-se o modelo de 1891, retirando as inovações da Constituição de 1934 do texto constitucional como a forma interventiva e a possibilidade de conceder efeitos *erga omnes* as decisões no controle difuso.

A Constituição de 1946 trouxe de volta as hipóteses previstas de controle semelhantes às constantes na Constituição de 1934, abrangia também o controle concentrado, através da intervenção federal da União nos Estados e Municípios. A intervenção tinha a iniciativa do Procurador-Geral da República¹⁹³.

Assim como na Constituição de 1934, havia previsão que, em caso de inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal, o Senado Federal poderia suspender a execução de lei ou decreto, concedendo eficácia *erga omnes* semelhante a previsão constante na Constituição de 1988, atualmente em vigor¹⁹⁴.

No período de regime militar criou-se o controle concentrado através da Emenda Constitucional nº 16/1965, possibilitando a fiscalização abstrata de constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais similar ao controle previsto na atual Constituição brasileira. A iniciativa era exclusiva do Procurador-Geral da República que representava a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ao Supremo Tribunal Federal¹⁹⁵.

A Constituição de 1988 ampliou as formas de controle de constitucionalidade, possibilitou a fiscalização em concreto e abstrato, por ação ou omissão inconstitucional, e remédios constitucionais para manter a integridade constitucional. O modelo constitucional

¹⁹⁰MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, p. 105.

¹⁹¹MOTTA, Sylvio – **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**, p.861.

¹⁹² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 862.

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**, p. 1060.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ MOTTA, Sylvio – **Op. Cit.**, p. 864.

brasileiro permite que todo o Poder Judiciário possa declarar ato normativo ou lei inconstitucional por via incidental¹⁹⁶.

Além do controle pela via incidental, o Supremo Tribunal Federal tem competência originária para analisar Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁹⁷, Ação Declaratória de Constitucionalidade¹⁹⁸, Ação de Inconstitucionalidade por Omissão¹⁹⁹, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental²⁰⁰, julgando de forma abstrata por meio de teses jurídicas.

No Brasil, o Poder Judiciário não possui exclusividade na análise de controle de constitucionalidade, podendo ser exercido pelo Poder Executivo e Legislativo em regra de forma preventiva, em momento anterior ao ingresso no ordenamento jurídico²⁰¹.

O Poder Legislativo tem o dever de cuidar pela legalidade e devido processo dos projetos de lei que tramitam nas duas Casas Legislativas. A Comissão de Constituição e Justiça do Senado e da Câmara dos Deputados é responsável pela verificação da constitucionalidade dos projetos de lei, conforme art. 58 da Constituição Federal e o art. 32, IV do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e art. 101 do Regimento Interno do Senado Federal²⁰².

¹⁹⁶MENDES, Gilmar Ferreira – **Curso de direito constitucional**, p. 1001-1003.

¹⁹⁷ Art. 102-I, “a” da Constituição Federal: “**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: **I** - processar e julgar, originariamente: **a)** a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;”. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, [em linha].

¹⁹⁸ Art. 102-I, “a”, §2º e art. 103, §4º da Constituição Federal: “**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: **I** - processar e julgar, originariamente: **a)** a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; (...) **§ 2º** As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (Incluído em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)”. **Art. 103.** Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) **§ 4º** A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República. *Idem*, [em linha].

¹⁹⁹ Art. 102, §1º da Constituição Federal: “**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) **§ 1º** A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. *Idem*, [em linha].

²⁰⁰ Art. 102, §1º da Constituição Federal: “**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) **§ 1º** A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. *Idem*, [em linha].

²⁰¹ BAHIA, Flavia – **Direito Constitucional**, p. 186.

²⁰² **Art. 58.** O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, [em linha].

Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade:(...)

IV – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania:

a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos a apreciação da Câmara ou de suas Comissões;

b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição;

c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento;

No que tange ao Poder Executivo, como toda administração pública, tem o dever de anular todos os atos inconstitucionais²⁰³. Além disso, no processo legislativo, o Chefe do Executivo pode deixar de sancionar projeto de lei ou emenda à Constituição, vetando integralmente ou parcialmente caso entenda inconstitucional, o que chama de veto jurídico²⁰⁴, art. 66, § 1º da CF²⁰⁵.

Em regra, a fiscalização repressiva de constitucionalidade no Brasil é realizada pelo Poder Judiciário, enquanto o controle preventivo recai sobre os demais poderes. O sistema brasileiro traz exceções, o Poder Legislativo pode reprimir inconstitucionalidade retirando o ato do mundo jurídico, como no caso de medida provisória²⁰⁶ emitida pelo Presidente da República, art. 62 da Constituição Federal, e sustar os atos normativos que exorbitem o poder regulamentar ou a delegação legislativa²⁰⁷, art. 49, V da Constituição Federal²⁰⁸, desde que haja fundamentada inconstitucionalidade.

O Poder Judiciário, excepcionalmente, pode exercer controle de constitucionalidade na forma difusa durante o processo legislativo. Os Congressistas possuem direito líquido e certo de processo legislativo hígido, com o devido processo legal e observância

d) assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça;

e) matérias relativas a direito constitucional, eleitoral, civil, penal, penitenciário, processual, notarial;

f) Partidos Políticos, mandato e representação política, sistemas eleitorais e eleições; (...)" **CÂMARA DOS DEPUTADOS – Resolução n.º 17, de 1989: Regimento Interno da Câmara dos Deputados**, [em linha].

Regimento Interno da Câmara do Senado Federal: "Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete:

I - opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário; (...)" **SENADO FEDERAL – Resolução n.º 93, de 1970: Regimento Interno. Vol.I**, [em linha].

²⁰³ Súmula 473 do STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Súmula 473, de 10 de dezembro de 1969**, [em linha].

²⁰⁴ MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**, p. 523.

²⁰⁵ "Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. (...)

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto". **CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988, [em linha].

²⁰⁶ "A medida provisória é um ato normativo elaborado e editado pelo Presidente da República com força de lei, sob o fundamento de relevância e urgência e que deve ser apreciado pelo Congresso Nacional em prazo de 60 dias prorrogáveis por mais 60 dias". FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**, p. 1067.

²⁰⁷ MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**, p. 523.

²⁰⁸ "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;" **CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988, [em linha].

dos princípios constitucionais, de modo que, podem impetrar mandado de segurança para salvaguardar seus direitos funcionais²⁰⁹.

As normas constitucionais originárias são as únicas que gozam de constitucionalidade absoluta, ou seja, as normas constitucionais da promulgação de 05 de outubro de 1988, sobre essas não recaem o controle de constitucionalidade. A fiscalização da adequação constitucionais tem por objeto lei ou ato normativo do Poder Público federal, estadual e municipal.²¹⁰

O parâmetro de constitucionalidade não recai sobre toda a Constituição. Isso porque, a Constituição do Brasil possui preâmbulo, corpo fixo e atos das disposições constitucionais transitórias - ADCT, e o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2070 entendeu que o preâmbulo traz valores políticos de interpretação, não possuindo normatividade, motivo pelo qual não se sujeita a parâmetro no controle de constitucionalidade²¹¹.

Na fiscalização abstrata submetida ao Supremo Tribunal Federal, não serão objeto de análise lei municipal e lei estadual em face da Constituição Estadual, mas apenas em face da Constituição Federal, posto que na primeira hipótese é controle de legalidade. Vale frisar que, o descumprimento constitucional por lei municipal cabe Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional-ADPF, previsto no art. 102, §1º da CF²¹² e Lei Federal nº 9882/1999, e lei estadual que viole a Constituição caberá Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 regula os aspectos formais para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, os aspectos formais. Os legitimados estão previstos no art. 103 da Constituição Federal²¹³.

²⁰⁹MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**, p. 530.

²¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Ação Direta de Inconstitucionalidade 815, de 28 de março de 1996**, [em linha].

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45º da Constituição Federal.

- A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida.

(...)

- Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. (Destacamos). CERA, Denise Cristina Mantovani – **O Supremo Tribunal Federal admite a tese das normas constitucionais inconstitucionais?** p. 04.

²¹¹BAHIA, Flávia – **Direito Constitucional**, p. 366.

²¹² § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

²¹³ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

No ordenamento jurídico brasileiro, norma de direito internacional submete-se ao controle de constitucionalidade, por via judicial de ação ou incidental, por ingressarem no sistema jurídico em nível inferior a constituição no escalonamento hierárquico das normas²¹⁴.

Nunes Junior²¹⁵, relata que o Brasil é o único país da América do Sul que não concede status constitucional às normas internacionais sobre direitos humanos. Entende o referido Autor que, qualquer tratado internacional sobre direitos humanos, mesmo os anteriores a EC 45/2004 deveria ter natureza de norma constitucional ou supraconstitucional, mas essa não é a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, as normas contrárias a tratados internacionais sofrem controle de convencionalidade, e as normas internacionais sofrem controle de constitucionalidade em face da constituição.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento da submissão das normas de direito internacional à Constituição no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADIN1480 de relatoria de Celso de Mello,

no sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-makingpower, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) –, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno²¹⁶.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 possibilitou que as normas internacionais de direitos humanos que sejam aprovadas pelo trâmite semelhante ao de emenda constitucional,

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, [em linha].

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**, p. 1077.

²¹⁵NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves – **Curso de direito constitucional**, p. 557.

²¹⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1480, de 04 de setembro de 1997**, [em linha].

qual seja, a aprovação nas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos seus respectivos membros, como previsto no art. 5, §3º da CF, possui força normativa de norma constitucional e integrando o bloco de constitucionalidade. Nesse caso, lei ou ato normativo que violasse esse tipo de norma internacional seria objeto de controle de constitucionalidade e não convencionalidade²¹⁷.

No sistema normativo do Brasil, o controle de constitucionalidade mais comum é o *incidenter tantum*, isso porque, é aberto para que qualquer pessoa acione o judiciário para requerer a proteção ou a satisfação de um direito atingido pela aplicação de norma ou ato do poder público que seja de aparente inconstitucionalidade²¹⁸.

A análise de constitucionalidade além das partes integrantes do processo, pode ser apreciada *ex officio* pelo Juiz ou Tribunal a qualquer tempo e instância, com exceção do Recurso Extraordinário que depende do prequestionamento da matéria em instância inferior. O Ministério Público pode suscitar como parte integrante do processo ou como fiscal da lei²¹⁹.

O controle de constitucionalidade difuso pode ocorrer em qualquer processo processual, conhecimento, tutela de urgência, execução, sendo exigido apenas que haja uma pretensão resistida pelas partes com incidência de ato ou lei inconstitucional²²⁰.

Na fiscalização em concreto, a constitucionalidade é realizada como questão prejudicial, ou seja, ela impede que se decida o direito, antes deverá formar um juízo acerca da inconstitucionalidade da norma como pressuposto lógico²²¹.

Mendes, destaca como requisito objetivo para a arguição de inconstitucionalidade no controle difuso a questão da prejudicialidade, somente será analisada a inconstitucionalidade se for um pressuposto lógico para o julgamento da lide, influenciando assim no resultado útil da ação. Deve ainda como requisito, ter natureza normativa, e se analisada em segundo grau de jurisdição, declarada pela maioria dos membros do Tribunal²²².

²¹⁷ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves – **Curso de direito constitucional**, p. 212.

²¹⁸ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 625.

²¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de – **Curso de direito constitucional**, p. 617.

²²⁰ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**, p. 84.

²²¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 83.

²²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**, p. 1016.

No que concerne sobre a inconstitucionalidade discutida nos Tribunais, conforme a Constituição Federal²²³ e o Código de Processo Civil²²⁴, a arguição de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, deve ser discutida em plenário e declarada por maioria de seus membros, regra do *full bench*. Por outro lado, em razão da presunção de constitucionalidade das normas, a constitucionalidade não exige a reserva de plenário, podendo ser reconhecida por decisão monocrática²²⁵.

A reserva de plenário está prevista no art. 97 da Constituição, contudo, diante das interpretações em flagrante desrespeito ao referido artigo constitucional, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 10 do STF: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”²²⁶.

A discussão de inconstitucionalidade perante os tribunais passa por duas etapas. A primeira fase ocorre na arguição de inconstitucionalidade quando o relator remeterá a Turma ou Câmara para analisar a pretensão da inconstitucionalidade, dessa decisão não cabe recurso. Se entender que não cabe a arguição o órgão fracionário decidirá, se cabível passará para a etapa seguinte²²⁷.

A segunda etapa depende do acolhimento da arguição de inconstitucionalidade. Será remetida ao plenário que não poderá fazer juízo de admissibilidade da arguição, somente se posicionará no que foi instado a se manifestar. A inconstitucionalidade será declarada se maioria dos membros assim decidirem²²⁸.

²²³ Art. 97. “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, [em linha].

²²⁴ Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo. LEI n.º 13105, de 16 de março de 2015, [em linha].

Art. 949. Se a arguição for:

I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;

II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. LEI n.º 13105, de 16 de março de 2015, [em linha].

²²⁵ BAHIA, Flavia – **Direito Constitucional**, p. 372.

²²⁶ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, [em linha].

²²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**, p. 1016-1017.

²²⁸ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 1017.

No controle difuso, o Tribunal a competência funcional é repartida, o Pleno analisa a parte constitucional da discussão e o órgão fracionário julga o caso central da lide²²⁹.

Em se tratando de lei anterior a Constituição, não será remetida ao Plenário tendo em vista que a lei será tida por não recepcionada pela constituição, não sendo análise de constitucionalidade e sim de direito intertemporal²³⁰.

O alcance subjetivo da decisão, no controle de constitucionalidade por via de exceção, possui, em regra, efeito *interparts*. No art. 52, X da Constituição Federal prevê a possibilidade de efeitos *erga omnes* dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal desde que o Senado Federal suspenda os efeitos da lei.

No que toca aos efeitos do controle difuso, a lei ou ato inconstitucional desde sua origem não deve possuir carga jurídica, assim a decisão retroage para retirar do mundo jurídico os efeitos inconstitucionais da norma²³¹, “a lei inconstitucional nasce morta”²³². Não obstante, os precedentes brasileiros mostram a relativização através da modulação dos efeitos, para só surtir efeitos a partir da decisão (*ex nunc*) ou para o futuro (*pro futuro*).

A modulação dos efeitos da decisão é realizada a depender do caso em concreto, isso porque, a retirada do mundo jurídico da norma pode violar o princípio da segurança jurídica²³³.

Nos órgãos judiciais brasileiros, como já explicado, o controle de constitucionalidade pode ser realizado em qualquer grau. Em grau de recurso junto aos Tribunais Superiores, a Constituição Federal de 1988 dividiu em dois: o recurso extraordinário, previstos no art. 102, III da CF, quando houver discussão acerca de aplicação de dispositivos constitucionais²³⁴; recurso especial, para apreciação de matéria infraconstitucional, no art. 105, III da CF²³⁵.

²²⁹BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**, p. 87.

²³⁰*Idem* – **Op. Cit.**, p. 85.

²³¹MORAES, Alexandre – **Direito Constitucional**, p. 527.

²³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário 358.875-AgR, de 23 de outubro de 2007**, [em linha].

²³³BAHIA, Flavia – **Direito Constitucional**, p. 371.

²³⁴ **Art. 102.** “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, [em linha].

²³⁵**Art. 105.** Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

Nos recursos que tramitam no Supremo Tribunal Federal (recurso extraordinário) ou Superior Tribunal de Justiça (recurso especial) não cabem a análise factual, assim como, não é realizada a revisão da decisão ou o reexame das provas, visto que, ambos recursos possuem como finalidade a proteção do ordenamento jurídico²³⁶.

É requisito pacificado na jurisprudência pátria que, a matéria a ser julgada nos recursos interpostos nos Tribunais Superiores tem que ser prequestionada, isso significa que, o juízo *a quo* tem que ter se manifestado sobre o objeto do recurso extraordinário e especial²³⁷.

Pode ocorrer de uma decisão do Tribunal de Justiça ferir tanto uma lei federal como a constituição, nesse caso, o recurso especial e extraordinário serão interpostos em concomitância, sendo julgado primeiramente o Recurso Especial, e posteriormente, os autos são remetidos para julgamento do recurso extraordinário. A competência para julgar o recurso especial é do Superior Tribunal de Justiça, em que pese ser ter competência originária para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, tal prática não é comum, tendo em vista que a guarda da constituição é do STF e ao STJ compete o controle de legalidade²³⁸.

A função precípua do Supremo Tribunal Federal é ser o guardião da constituição. No ordenamento brasileiro, o grande volume do controle constitucional recai no julgamento do recurso extraordinário, mas a inspeção de constitucionalidade também ocorre nas competências

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, [em linha]..

²³⁶AGRA, Walber de Moura – **Curso de Direito Constitucional**, p. 626.

²³⁷Súmula 282 do STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Súmula 282, de 13 de dezembro de 1963**, [em linha].

Súmula 356 do STF: O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Súmula 356, de 13 de dezembro de 1963**, [em linha].

²³⁸BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**, p. 89.

originárias, constantes no art. 102, I da CF²³⁹, como no julgamento de recurso ordinário, art. 102, II da CF^{240,241}.

²³⁹ “**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;
- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
- d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do "exequatur" às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- i) o habeas corpus, quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, [em linha].

²⁴⁰ “Art. 102 da CF (..)

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
- b) o crime político; CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, [em linha].

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**, p. 88.

No que se refere ao cabimento do recurso extraordinário, as hipóteses estão prescritas no art. 102, III da Constituição Federal, das causas julgadas em última ou única instância se a decisão:

- a) Violar a Constituição;
- b) Declarar a inconstitucionalidade de tratado internacionais ou lei federais;
- c) Se a decisão der validade a lei ou ato de governo local em face da Constituição;
- d) Declarar válida lei local em face de lei federal, ocasião em que, o STF age como intermediador entre os governos estaduais, fiscalizando a depender do caso a usurpação de competência legislativa²⁴².

O recurso extraordinário deverá se submeter a dois juízos de admissibilidade antes de ser analisado o mérito. A primeira análise é feita pelo Presidente do Tribunal *a quo*, quem realizou o último ato decisório, que verificará os pressupostos formais²⁴³.

No Supremo Tribunal Federal será realizado o segundo juízo, e também a repercussão geral da matéria, o tema em debate tem que ter relevância constitucional e interesse público por exigência do art. 102, §3º da Constituição Federal.²⁴⁴

As Turmas do STF analisam a repercussão geral da matéria. O recurso somente poderá ser inadmitido por ausência de repercussão geral por 2/3 dos votos dos membros, assim, se não houver pelo menos 4 votos, o recurso será enviado para julgamento no Plenário. A decisão que inadmite o recurso por ausência de repercussão geral é irrecurável, e servirá de paradigma para os recursos que versarem sobre o mesmo tema²⁴⁵.

No julgamento do recurso extraordinário pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, o Supremo Tribunal Federal tem o dever de informar ao Senado Federal que poderá sustar os efeitos da norma, como dispõe o art. 52, X da CF²⁴⁶.

Há uma linha doutrinária que defende a abstrativização do controle por via de exceção. No julgamento da Reclamação 4335 do STF, os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes posicionaram-se no sentido de que a função do Senado Federal de suspender a decisão é dar publicidade ao julgamento do Supremo Tribunal, de forma que, o STF poderia conceder efeito

²⁴²CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, [em linha].

²⁴³BARROSO, Luís Roberto – *Op. Cit.*, p. 90.

²⁴⁴MORAES, Alexandre – **Direito Constitucional**, p. 411.

²⁴⁵AGRA, Walber de Moura – **Curso de Direito Constitucional**, p. 630.

²⁴⁶Art. 52, X CF: “Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, [em linha].

erga omnes sem a manifestação do legislativo. O entendimento é resultado da mutação constitucional do art.52, X da CF²⁴⁷.

Vale frisar que, a possibilidade de sustação da lei pelo Senado Federal resultado do julgamento do STF decorre do princípio *check and balance* dos poderes, e está incluso no sistema jurídico desde a Constituição de 1934. A resolução suspendendo a eficácia da lei é a critério do órgão legislativo, contudo, deve ser se pautar nos parâmetros da decisão²⁴⁸.

O Poder Legislativo não está impedido de legislar sobre a matéria discutida na decisão de inconstitucionalidade, no todo ou em parte. A edição da resolução em decorrência de decisão do Supremo Tribunal Federal possui restrição, mas o poder de legislar não é atingido, em razão da Separação do Poderes. A autonomia legislativa poderá ser exercida, posterior ou concomitante, desde que não se desvincule em atuar no interesse da sociedade, sendo, portanto, uma forma de controle de constitucionalidade política²⁴⁹.

A atuação do Poder Legislativo controle concentrado confere legitimidade representativa à decisão proferida, mesmo tendo o seu uso esvaziado com a súmula vinculante²⁵⁰.

2.3. UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PARA CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PÓS-POSITIVISMO

Os doutrinadores no pós-positivismo fundamentam as suas teorias na reaproximação do direito com a moral decorrente dos abusos experimentados nas duas grandes guerras mundiais, mobilizadas por regimes totalitários legitimados pelo sistema jurídico legalista²⁵¹.

O pós-positivismo surge como uma alternativa que congregava a segurança jurídica do positivismo e os ideais do jusnaturalismo. A lei deixaria de ser um instrumento político de quem detém o poder, para congregar dos valores inerentes a sociedade²⁵².

Nesse momento, os doutrinadores recorrem a força normativa dos princípios para resolução dos conflitos, no âmago de alcançar a justa solução para as demandas. Diversos

²⁴⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**, p. 1462.

²⁴⁸ BAHIA, Flavia – **Direito Constitucional**, p. 372.

²⁴⁹ Não pode suspender apenas parte do que foi decidido pelo STF, ou suspende tal como aponta na decisão ou não suspende os efeitos da lei ou ato normativo.

²⁵⁰ AGRA, Walber de Moura – **Curso de Direito Constitucional**, p. 674.

²⁵¹ GRIS, Anna Christina – **A Função do Direito e do Pós- positivismo jurídico**, p. 5.

²⁵² BARROSO, Luís Roberto – **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 282.

doutrinadores estudaram e teorizaram sobre a decisão judicial fundamentada nos princípios, dentre eles Dworkin²⁵³ que ressalta que os princípios são utilizados para julgamento dos casos de difícil conclusão.

No caso do Brasil, o papel do poder judiciário foi exaltado na Constituição Federal de 1988 ao consagrar a inafastabilidade do juiz no art. 4º, XXXV, aliado ao amplo espaço interpretativo que a constituição traz, com princípios vagos e forte carga axiológica.

Kim²⁵⁴ analisa que, após a Constituição Federal de 1988, a doutrina majoritária do Brasil apontava que o pós-positivismo ou neoconstitucionalismo gerou o sentimento que todos os direitos exhaustivamente previstos na nossa constituição seriam efetivamente garantidos. O frisson de alguns intérpretes na busca da máxima efetividade resultou na deturpação das teorias alemãs, portuguesas e americana.

Sarmiento²⁵⁵, explica que a Constituição de 1988 trouxe no primeiro momento a ideia de que sendo norma, o princípio deveria ser aplicado ainda que não houvesse lacuna normativa, o que causou a politização do poder judiciário atuando como criador do direito de forma indiscriminada. Num segundo momento, com a chegada das teorias pós-positivistas, passou-se a discutir a eficácia jurídica dos princípios e a tentativa de racionalizar sua aplicação.

As correntes doutrinárias que surgiram no movimento pós-positivismo visam conferir maior racionalidade às decisões judiciais para que os princípios não sejam utilizados de forma discricionária pelos magistrados.

Como forma de regular o subjetivismo das decisões, como também, na tradução do alcance do sentido constitucional dos princípios constitucionais no caso em concreto, o Brasil incorporou algumas teorias, entre elas a do Alexy que propôs a utilização da ponderação, como aplicação de uma fórmula com o qual se chegaria a uma regra aplicável pela subsunção²⁵⁶.

A aplicação de uma norma não poderia ficar à mercê da posição pessoal do julgador e resultar de um processo interpretativo de lógica unifocal fruto da ponderação judicial. Ainda que seja transcrito na decisão um encadeamento de pensamentos com fundamento numa norma, o juiz não pode avocar a competência legislativa e executiva, e fazer uma opção política em seus julgamentos, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes²⁵⁷.

²⁵³ DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**, p. 74.

²⁵⁴ KIM, Richard Pae – **Pós-positivismo e alguns paradoxos sobre a interpretação constitucional**, p. 491-492.

²⁵⁵ SARMENTO, Daniel – **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**, p. 8-9.

²⁵⁶ ALEXY, Robert – **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**, p. 55.

²⁵⁷ KIM, Richard Pae – *Op. Cit.*, p. 502.

Sarlet²⁵⁸ relembra que o princípio da dignidade da pessoa humana já relativou regra jurídica proibitiva como nos casos em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito a pena domiciliar para condenado por crime hediondo, contrariando o previsto no art. 2º, §1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. O referido benefício foi concedido em diversos julgados²⁵⁹, com os mesmos fundamentos extraído da decisão do HC 83.358-6/São Paulo, que embora no caso apreciado o STF tenha negado o benefício, relatou que em alguns casos a dignidade da pessoa humana do idoso em estado de saúde debilitado deve ficar à frente da regra restritiva.

Numa breve reflexão do caso acima relato por Sarlet, a flexibilização da pena privativa de liberdade de crime tão severo frente a dignidade da pessoa humana do suscitante é por demasiado subjetivo. Primeiro, porque não há parâmetros objetivos para fixar os critérios para concessão ou não do benefício, todo idoso poderá passar para o regime domiciliar ou em apenas alguns tipos penais? Ou apenas os debilitados e nesse caso, qual grau de debilidade? Segundo que, a repulsa do ato criminoso é tamanha que a opção política é não conceder qualquer tipo de progressão e flexibilização da pena, entendimento judicial contrário distanciar-se da vontade popular transcritas na lei por seus representantes.

A plasticidade dos princípios acaba resultando na dificuldade em estabelecer a coerência do sistema, principalmente na utilização dos princípios vagos como fundamento de julgamento. Diferente da aplicação da subsunção na interpretação das regras, na aplicação dos princípios é possível vislumbrar o caminho, os critérios de aplicação, mas o ponto de chegada, o resultado, é obscuro. No Brasil verifica-se distorção na aplicação dos princípios em nome da razoabilidade e na busca da máxima efetivação do princípio, resultando num sistema injusto, para casos semelhantes resultados diferentes.

É importante lembrar que, nos ensinamentos de Kelsen havia a previsão de dois tipos de sistemas normativos: o estático e o dinâmico. No sistema normativo estático opera-se o critério material de validade, a norma é válida porque o conteúdo está de acordo com a norma fundamental. O sistema normativo dinâmico, as normas são válidas porque atendem ao critério formal de validade. A doutrina de Kelsen nunca refutou a aplicação dos princípios, pelo contrário, a Constituição poderia incorporar princípios de liberdade, igualdade e justiça, para orientar o legislador e os Tribunais na decisão. Contudo, em razão do grau da abstração, a

²⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, p. 81.

²⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Habeas Corpus 86875RS, de 18 de abril de 2006**, [em linha]; *Idem* – **Habeas Corpus 84539, de 16 de dezembro de 2004**, [em linha].

dificuldade de definição de conteúdo não poderia servir como único parâmetro no caso em concreto.²⁶⁰

Kim adverte a necessidade de compreender o positivismo. A carga valorativa dos princípios ora valem para alguém, como pode ocorrer o reverso e ser usado contra alguém, de modo que há a preocupação com o mal uso dos critérios de interpretação e da perda da segurança jurídica, e a violação da separação dos poderes principalmente no controle de constitucionalidade²⁶¹.

O positivismo não enxerga a aplicação das normas de forma mecânica ou automático, muito menos nega a existência e a função dos princípios morais no direito, e sim a preocupação do decisionismo sem parâmetro. Os pós-positivista buscam afastar-se do positivismo caricaturado, do império da lei, esbarrando em decisões de morais subjetivas²⁶².

O constitucionalismo não pode ser defendido sem precedentes, sob pena de colocar o legislador em posição exclusiva de executor constituinte, suprimindo a sua função política precípua de refletir à vontade e soberania popular²⁶³.

2.4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELA ANÁLISE SISTÊMICA DO ORDENAMENTO CONTRA DESVIO DE FINALIDADE DA NORMA

O dever de integridade e coesão do sistema jurídico impõe que os valores e os princípios de justiça coordenem a aplicação da norma. O sistema normativo deve se revelar ao particular coerente, o mesmo direito deve ser aplicado a todos em casos idênticos, contemplando a igualdade tanto no aspecto material quanto formal.

A força normativa dos princípios não afasta as técnicas de interpretação, devendo ser aplicado o princípio da unidade da constituição, concordância prática e máxima efetividade, tanto na análise interna entre as normas constitucionais como no âmbito externo entre as normas e a Constituição²⁶⁴.

Um exemplo de julgamento considerando a análise sistêmica do ordenamento ocorreu no Brasil, na resolução sobre a união estável entre casais homossexuais. O Supremo

²⁶⁰KIM, Richard Pae – **Pós-positivismo e alguns paradoxos sobre a interpretação constitucional**, p. 510

²⁶¹*Idem* – **Op. Cit.**, p. 514-515.

²⁶² VERBICARO, Loiane Prado – **A Renovação do Positivismo Jurídico sob a Perspectiva de sua Versão Inclusiva**, p. 407-417.

²⁶³SARMENTO, Daniel – **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**, p. 10.

²⁶⁴KIM, Richard Pae – **Op. Cit.**, p. 501

Tribunal Federal no julgamento da ADPF 132 e ADI 4277²⁶⁵ decidiu pela possibilidade do reconhecimento jurídico dessas uniões realizando a interpretação conforme a constituição ao art. 1.723 do Código Civil.

²⁶⁵1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição

Em aparente contradição ao art. 226, §3º da CF²⁶⁶, a intenção do julgamento do STF em permitir união estável homoafetiva não foi de afastar o texto constitucional, mas conferir uma interpretação conforme os valores, e as normas constitucionais, regras e os princípios.

Não se trata de superar a literalidade da norma constitucional do art.226, §3º CF, até porque o referido artigo não veda a união estável homossexual, mas sim de aplicação de outros dispositivos constitucionais autoaplicáveis insertos na Constituição Federal a não discriminação, art.3º, IV²⁶⁷, a liberdade e igualdade, art. 5º, “caput”²⁶⁸.

A igualdade e liberdade estão previsto no art. 5º da Constituição Federal brasileira como espinha dorsal do sistema jurídico. A interpretação conferindo o caráter explicativo ao art. 226, §3º da CF, não altera o sentido explícito da norma, qual seja, permitir a união estável entre o homem e a mulher. Mas, considerando os valores finalístico inseridos na proteção constitucional, extrai-se que o homem também possa ter relação estável com outro homem, assim como, a mulher possa ter uma relação estável com outra.

não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, de 27 de fevereiro de 2008**, [em linha].

²⁶⁶ Art.226,§3º da CF: “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, [em linha].

²⁶⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. *Idem*, [em linha].

²⁶⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” *Idem*, [em linha].

No referido julgamento é possível identificar a raiz do pensamento kelseniano de coerência e unidade, e norma geral negativa no qual tudo é permitido se não proibido ou obrigado²⁶⁹.

A fixação dos princípios de justiça é essencial para o sistema jurídico coeso. A revelação dos valores e estabelecimento dos princípios estruturantes conferem segurança jurídica às relações jurídicas, assim como, facilitam a aplicação do direito no âmbito judicial através do controle de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade é importante instrumento para assegurar a coesão e coerência do sistema jurídico.

²⁶⁹ LIMA, Dandara Miranda Teixeira de – **O aparente embate entre positivismo e pós-positivismo no Brasil: uma análise homoafetiva**, p. da decisão sobre a união, p. 15.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR LEI INCONSTITUCIONAIS

3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Do ponto de vista jurídico, a responsabilidade pode ser entendida como a obrigação ou dever de executar certa conduta por imposição legal, imputabilidade, ou como o dever de reparar um prejuízo por uma conduta punível por lei ou previsão contratual.

A responsabilidade pode confundir-se com obrigação ou dever jurídico, porém são institutos do direito diferentes. Analisando a Teoria Pura do Direito de Kelsen, a responsabilidade difere do dever jurídico, este corresponde a uma previsão de conduta no qual a inobservância é oposta uma sanção. A responsabilidade é a relação entre o indivíduo e a coerção sofrida, o indivíduo que cometeu o ilícito e o responsável por ele. Não há obrigação entre essa relação, mas a sanção, de forma que, a responsabilidade pode ser causada por ato de terceiros, diferente da obrigação que é pessoal²⁷⁰.

A responsabilidade é intimamente ligada ao sentimento de justiça do qual tira do patrimônio do lesador e passa para o lesado, no intuito de restaurar o equilíbrio. Além do aspecto restaurador, a responsabilidade é um meio coercitivo e de pacificação social. Nesse processo de harmonização social, amolda-se culturalmente a conduta dos indivíduos com a finalidade de evitar o cometimento de novos atos ilícitos.

Dentro da concepção do Estado, e a relação da sociedade com o Estado, houve amadurecimento da responsabilidade estatal, surgindo o dever de indenizar.

3.1.1. Fase de Irresponsabilidade

Nos Estados Absolutistas, o rei era considerado um escolhido por Deus, e como divindade não estaria suscetível a erros e muito menos causaria danos, pois seus atos eram revestidos de justiça divina. Essa teoria assentava-se na premissa de que o “*le Roi ne peut mal faire*”²⁷¹, o rei não poderia agir contra o interesse de seus súditos, então o particular, funcionário público, que praticava o ato respondia pessoalmente pelos danos.

²⁷⁰ KELSEN, Hans – **Teoria Pura do Direito**, p. 134.

²⁷¹ O rei não pode fazer mal, tradução extraída do livro LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**, p. 34.

A intangibilidade decorrente da investidura real e a inspiração divina impossibilitava a oposição de direitos contra o Estado cuja personalidade se confundia com a figura do soberano, transcrita pela icônica afirmação de Luís XIV “*L’Estat c’est moi*”²⁷².

O Poder Legislativo traduzia a vontade do rei, a forma de representação formal e soberana, a quem era incumbido de criar, o comando geral e abstrato, o direito que os poderes aplicariam. O soberano não se vinculava aos normativos legais²⁷³.

A ideia central era que o rei atuava pelo bem de seus súditos e o Estado era concebido como entidade soberana validada por um viés religioso. O rompimento dessa concepção deveu-se ao reconhecimento da pessoa jurídica do Estado, passando a ser sujeito de direitos e deveres, e a submissão à legalidade²⁷⁴.

Essa visão da irresponsabilidade do Estado perdurou até o declínio dos Estados Absolutistas, excetuando os Estados Unidos e na Inglaterra que extinguiram respectivamente em 1946 por meio do *Federal Tort Claim Act* que previa a responsabilidade do Estado em caso de culpa igual a aplicada a particulares, e em 1947 através do *Crown Proceeding Act* mediante o qual a Coroa respondia por danos causados por seus funcionários desde que houvesse a infringência de deveres ou violação dos cuidados com a propriedade²⁷⁵.

O declínio do absolutismo não representou de imediato o fim da imunidade total do governante, pelo contrário, a irresponsabilidade do gestor passou a ser legitimada pela separação dos poderes, a interferência do judiciário era tida como censura a atuação do Poder Executivo, um poder não poderia interferir no funcionamento de suas funções precípua, ao Poder Judiciário cabia julgar demandas de particulares²⁷⁶.

A valorização do direito individual somado as mudanças estruturais do Estado, a passagem do poder absoluto dos reis para o povo, são os elementos mais impactantes na alteração da responsabilidade do Estado. Por esse motivo, o *commow law* teve sua progressão do regime de responsabilidade mais tardia, o costume e o apego histórico tornaram a aceitação da responsabilidade mais lenta e gradual²⁷⁷.

A insurgência dos indivíduos a responsabilidade nula do Estado vem da concepção que o indivíduo tende a independência, enquanto o Estado ao autoritarismo, em contraponto a ideia de que a reparação é um dos maiores pontos focais da moral humana²⁷⁸.

²⁷² ESTEVES, Julio Cesar dos Santos – **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**, p. 43.

²⁷³ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 44.

²⁷⁴ HELENE, Helio – **Responsabilidade Civil por Ato Legislativo**, p. 23.

²⁷⁵ LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**, p. 34.

²⁷⁶ PEREIRA, Caio Mario – **Responsabilidade Civil**, p. 166.

²⁷⁷ ESTEVES, Julio Cesar dos Santos – **Op. Cit.**, p. 45.

²⁷⁸ PEREIRA, Caio Mario – **Op. Cit.**, p. 166.

Alguns autores apontam uma fase intermediária entre a irresponsabilidade estatal e a fase civilista, que consistiria no reconhecimento da responsabilidade direta do funcionário no exercício de função estatal²⁷⁹. Nessa época, vigorava o princípio da irresponsabilidade do Estado na concepção de que o “*the King can do no wrong*”, caso o funcionário transgredisse direito individual no exercício de suas funções poderia ser pessoalmente responsável, mas nunca respingaria no erário público, motivo pelo qual trata-se de um período só de imunidade estatal²⁸⁰.

3.1.2. Fase Civilista

Após a Revolução Francesa no século XVIII, inúmeras ações de reparação foram promovidas em face do Estado visando o ressarcimento ao patrimônio dos franceses pelos danos causados em razão do movimento social. O Estado francês estava atravessando severa crise econômica e as demandas reparatorias potencialmente poderiam colocar em risco o escasso tesouro francês. Diante desse quadro socioeconômico, foi criada uma teoria que congregasse os novos valores sociais e não permitisse a integral reparação dos prejuízos²⁸¹.

A primeira teoria civilista de responsabilização do Estado separava os atos de gestão e os atos de império. Ao Judiciário era vedado julgar a responsabilidade que tinha como pano de fundo os atos de império, cabendo a Administração Pública apreciar a demanda nesses casos²⁸².

No contexto histórico havia dois dogmas que contrastavam de um lado a propriedade privada, valor à época absoluto, e a soberania do Estado. No intuito de acomodar ambos os interesses, surgiu dentro da fase civilista a teoria dos atos de império e dos atos de gestão²⁸³.

Os atos de império seriam aqueles praticados no exercício da soberania, atos unilaterais e coercitivos no qual o particular teria que amargar o prejuízo em nome da manutenção do poder estatal e atuação no interesse de todos²⁸⁴.

²⁷⁹ ESTEVES, Julio Cesar dos Santos – **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**, p. 47.

²⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo – **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**, p. 295.

²⁸¹ SANTOS, Eliana Bueno de Miranda – **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos**, p. 32.

²⁸² CRETILLA JUNIOR, José – **Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo**, p. 03.

²⁸³ LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**, p. 34.

²⁸⁴ FAGGION, Amanda Vieira; SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugênio – **A Responsabilidade Civil do Estado-Legislator e Eventual Enquadramento do Parlamentar em Improbidade Administrativa**, p. 72.

Nos atos de gestão, o Estado promovia atos para atender à necessidade cultural, social, administração de seu patrimônio, atuando em igualdade com os administrados, e respondendo por seus atos²⁸⁵.

Santos²⁸⁶ explica que a partir dessa divisão arbitrária apenas os atos de gestão eram suscetíveis de gerar indenização, e a responsabilidade estatal passou a ser regida pelo Código Civil e os princípios privados.

A dificuldade em identificar no caso em concreto o que seriam os atos de gestão e os atos de império motivou que os legisladores franceses produzissem leis relacionando-os, no entanto, surgiu pouco efeito na responsabilização do Estado. A responsabilidade por ato legislativo não era indenizável por se caracterizar como ato de império²⁸⁷.

Verifica-se que havia a distinção da figura do rei, insuscetível de erros, e do Estado atuando em benefício da sociedade através de seus prepostos e sujeito a responsabilização. Ocorre que esse liame nem sempre é verificável razão pela qual essa teoria sofreu muitas críticas e foi abandonada mantendo-se a ideia da culpa²⁸⁸.

Na segunda fase civilista, surgiu a teoria da culpa ou responsabilidade subjetiva. Nessa teoria, foi incorporado os princípios civilistas da responsabilidade por ato de terceiros, de forma que, o Estado passou por analogia a ser responsabilizado como numa relação de emprego/preposto pelos atos dos funcionários que atuavam em seu nome, e como tal, responsabilizava-se pelos danos causados a terceiros, teoria da representação²⁸⁹.

Nessa teoria, havia a assunção da responsabilidade indireta pelo Estado que apenas ocorria por atos de seus funcionários cuja culpa era presumida. A responsabilidade do Estado somente era afastada se não houvesse *culpa in vigilando* e *culpa in elegendo*. A administração não seria responsabilizada se demonstrado que diligenciou, controlou, instruiu seus prepostos dentro dos parâmetros da legalidade, e, se no ato de admissão de seus funcionários, observou aos requisitos legais para investidura²⁹⁰.

Na teoria da culpa, ao particular que sofreu o dano recaía o ônus de provar o ato lesivo, o dano, nexo causal e o comportamento culposo do Estado, o que na prática era impossível, ainda assim, o Estado respondia indiretamente²⁹¹.

²⁸⁵ LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**, p. 35.

²⁸⁶ SANTOS, Eliana Bueno de Miranda – **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos**, p. 35.

²⁸⁷ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 36.

²⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**, p. 675.

²⁸⁹ ESTEVES, Julio Cesar dos Santos – **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**, p. 50.

²⁹⁰ SANTOS, Eliana Bueno de Miranda – **Op. Cit.**, p. 37.

²⁹¹ FAGGION, Amanda Vieira; SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugênio – **A Responsabilidade Civil do Estado-Legislator e Eventual Enquadramento do Parlamentar em Improbidade Administrativa**, p. 74.

Como se constata, as excludentes de culpabilidade do Estado eram revestidas de subjetivismo, posto que caberia ao particular comprovar que o ente estatal não obedeceu aos parâmetros legais, no entanto, a legalidade é inerente aos atos estatais dessa forma os critérios tendiam a eximir da responsabilidade.

Nessa teoria constatou-se que os conceitos privalísticos não eram suficientes a preencher a complexidade da culpa estatal, que necessitava da fixação da responsabilidade segundo os critérios de direito público²⁹².

3.1.3. Fase Publicista

Essa teoria nasce da demanda social pela intervenção estatal no âmago de diminuir as distorções causadas pela Estado Liberal. O Estado mínimo não foi suficiente para suprir as demandas sociais, e suas ideias não foram suficientes para responsabilizar o Estado²⁹³.

Logo percebeu-se que o Estado não é representado por seus funcionários, mas que age através deles. O Estado como ser de personalidade jurídica não possui vontade ou age por si próprio, no sentido de manifestação psicológica e vida ativa como os seres vivos. O Estado depende de seus agentes para se manifestar. Na teoria organicista de Otto Gierke, o Estado é um organismo vivo composto por seus órgãos que realizam suas funções²⁹⁴.

Na teoria da culpa administrativa, o Estado passa a ter responsabilidade direta, o funcionário público não age como representante do Estado, mas como aquele investido de poder público cujas atribuições estão disciplinadas em lei²⁹⁵.

A teoria da culpa administrativa não se confunde com a culpa civilista, a palavra culpa é utilizada impropriamente, de forma que no âmbito da administração pública o dever de indenizar nasce da inexistência do serviço, mau funcionamento ou atraso. A culpa administrativa tem o caráter impessoal atribuída ao serviço²⁹⁶.

Na teoria do acidente administrativo analisa-se se o serviço foi prestado corretamente, e não a conduta do agente. A culpa do serviço cabe ao administrado comprovar que foi lesado por um serviço público prestado fora da normalidade, *faute de service* como explica a doutrina francesa. A normalidade era medida dentro dos critérios legais e

²⁹² MAZZA, Alexandre – **Manual de direito administrativo**, p. 465.

²⁹³ LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**, p. 38.

²⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio – **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 254.

²⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **O Problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**, p. 48.

²⁹⁶ SANTOS, Eliana Bueno de Miranda – **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos**, p. 43.

regulamentares para o funcionamento do serviço público. O dano deveria ser real, anormal e não hipotético direcionado a uma pessoa e nunca a coletividade²⁹⁷.

A doutrina diverge quanto ao enquadramento como responsabilidade objetiva ou responsabilidade subjetiva. Para aqueles que reconhecem como responsabilidade objetiva, afirmam que o enfoque é a perfeição do serviço, não importando a individualização do agente e muito menos a culpa pessoal. A doutrina que entende como responsabilidade subjetiva afirma que o dever de indenizar ainda está intimamente ligado a comprovação da culpa administrativa ligado a prestação do serviço, somente a comprovação do nexo causal e dano não são suficientes²⁹⁸.

A teoria do acidente administrativo não se desvinculava totalmente do elemento culpa, de forma que na análise do serviço prestado, deveria ser averiguado a raiz do problema, resultado da falta do serviço. Corresponde na verdade, a integração da responsabilidade civil ao direito público, e a solidariedade dos prejuízos a ser suportado por toda coletividade frente aos danos causados aos administrados, porém de forma tímida, cabendo ao particular o ônus da prova da falha do serviço função pública.

Assim, essa teoria tornou-se insuficiente posto que o ônus de comprovar a falta do serviço recaia ao particular, sendo necessário a criação de teoria desvinculada da culpa para garantir o direito aos cidadãos de reaver seus prejuízos.

A responsabilidade objetiva do Estado decorre dos princípios de equidade e igualdade de ônus e encargos sociais. A ideia é que o Estado atua para a coletividade, sendo injusto que um particular amargue sozinho o prejuízo por dano causado pelo Estado, devendo o ônus ser rateado por todos custeado pelos impostos. Assim, a reparação independe de qualquer culpa ou falta do serviço do Estado pela relação de causalidade entre a conduta estatal e o dano sofrido pelo administrado²⁹⁹.

Nesse contexto surgiu a teoria do risco ou responsabilidade objetiva. Diversos teóricos foram responsáveis por esta teoria como Leon Duguit, Otto Mayer.

Duguit³⁰⁰ criou a teoria do seguro social que o Estado é obrigado a suportar todos os danos causados pelo serviço público independente da forma como foi prestado, normal ou anormal. Não questiona se houve culpa do agente ou do serviço, ou mesmo se o serviço foi bom

²⁹⁷ HELENE, Helio – **Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo**, p. 30.

²⁹⁸ SANTOS, Eliana Bueno de Miranda – **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos**, p. 46.

²⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio – **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 256.

³⁰⁰ PEREIRA, Caio Mario – **Responsabilidade Civil**, p. 170.

ou ruim, havendo o dano e o nexo de causalidade existiria o direito a reparação. A ideia é que o patrimônio estatal é de todos e, por isso, o risco deve ser suportado pela coletividade.

Mayer³⁰¹ teoriza a ideia do sacrifício. A obrigação de reparar o particular nasceria quando a atividade estatal acarretasse um sacrifício desproporcional independente da licitude dessa atividade, o Estado deveria reparar o prejuízo, do contrário, estaria configurado o enriquecimento ilícito estatal.

Assim, a responsabilidade objetiva foi semeada dentro da ideia do risco da atividade estatal e solidariedade patrimonial de todos frente ao dano causado pelo Estado. O dever de indenizar surge então do dano e o nexo causal com o comportamento do agente ou do serviço estatal³⁰².

A teoria do risco administrativo é idealizada inicialmente pelos estudos de Duguit. É uma forma democrática de repartir os danos, a lesão sofrida pelo administrado deve ser reparada independente de culpa do agente que o causou, distribuindo entre todos os beneficiários da atividade estatal o ônus e encargos sociais³⁰³.

Di Pietro³⁰⁴ explica que a culpa foi substituída pelo nexo de causalidade, de forma que o administrado tem que comprovar apenas o nexo entre a atividade estatal e o prejuízo para ter sua pretensão de reparação satisfeita.

Para a teoria do risco administrativo, o dever de indenizar somente poderia ser afastado por culpa total da vítima, culpa de terceiros ou força maior, caso a culpa estatal fosse concorrente, responderia de forma mitigada e proporcional³⁰⁵.

Nessa teoria, o cidadão não precisará comprovar a culpa ou dolo, mas somente o dano e a relação de causalidade com a atividade estatal. O dever de indenizar não depende de antijuridicidade, sendo, portanto, devido por conduta lícita ou ilícita. As excludentes de ilicitudes devem ser provadas pelo Estado que deverá comprovar a ruptura do liame causal, e que adotou todas as medidas para que o dano não ocorresse, ou responderá proporcionalmente pelos prejuízos³⁰⁶.

No que se refere a força maior, as hipóteses como fato da natureza, tempestades, raios, enchentes, terremotos, eventos de proporção que a atuação do Estado não consiga evitar. Não se enquadram eventos que o Estado não possa evitar como falhas mecânicas de

³⁰¹ LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**, p. 42.

³⁰² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 43.

³⁰³ CAVALIERI FILHO, Sergio – **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 257.

³⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**, p. 707.

³⁰⁵ ESTEVES, Julio Cesar dos Santos – **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**, p. 60-61.

³⁰⁶ LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Op. Cit.**, p. 43.

engrenagem, ou inerente a própria atividade que o Estado está prestado como rompimento de barragens de água, sob pena de ser restaurada a responsabilidade estatal por omissão na prestação do serviço público³⁰⁷.

Di Pietro³⁰⁸ faz importante reflexão sobre a responsabilização do Estado em razão da criminalidade. O dano causado pela delinquência não pode ser atribuído a culpa exclusiva de terceiro, isso porque há a omissão/ falha na omissão ou mau funcionamento da segurança pública, não sendo necessário utilizar a teoria do risco integral, sendo claramente a culpa do serviço.

Em que pese a posição acima sobre a omissão do serviço público, no caso de responsabilidade do Estado por ato omissivo, a doutrina se divide entre a responsabilidade objetiva e subjetiva, principalmente quando se tange a dano causado pela criminalidade. A jurisprudência brasileira nesses casos adota a tese de aplicação da responsabilidade culposa do Estado com a excludente de responsabilidade por ausência de nexo causalidade³⁰⁹.

Santos³¹⁰ ressalta que a teoria do risco administrativo e teoria do risco integral não se confundem, diferem-se quanto a admissibilidade das excludentes de ilicitude e amplitude do nexo de causalidade.

Meirelles³¹¹ destaca que a teoria do risco integral não seria aplicada as excludentes de responsabilidade, o Estado responderia pelos danos desde que houvesse o nexo causal, mesmo que a vítima tenha provocado o dano. O dever de indenizar está ligado ao dano e a relação de potencial risco da atividade desenvolvida pelo ente estatal.

3.2. REGIME JURÍDICO DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS POR ATO DO LEGISLATIVO

O ato ilícito faz surgir a obrigação e consequentemente a responsabilidade de indenizar pelo dano causado. A responsabilidade extracontratual decorre da violação de um dever jurídico ainda que o lesante e o lesado não possua relação intersubjetiva prévia³¹².

³⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – *Op. Cit.*, p. 680.

³⁰⁸ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 680-681.

³⁰⁹ TARTUCE, Flavio – **Manual de Responsabilidade Civil**, p. 646.

³¹⁰ SANTOS, Eliana Bueno de Miranda – **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos**, p. 52.

³¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 658.

³¹² LEITÃO, Luís Manoel Teles de Menezes – **Direito das Obrigações**, p. 288.

No artigo 483, n.º 1 do Código Civil consta a cláusula geral de responsabilidade civil trazendo como elementos característico o fato voluntário, ilicitude, nexo de causalidade, dano, culpa³¹³.

A responsabilidade civil pode ser caracterizada por culpa, risco ou por sacrifício. A responsabilidade por culpa pressupõe a análise moral e o grau de reprovabilidade da conduta, é a regra no ordenamento português. A responsabilidade pelo risco decorre de previsão legal, enquanto a responsabilidade pelo sacrifício a reparação do dano baseia-se na compensação de um dano injusto suportado. Comumente, a responsabilidade civil do Estado decorre do risco, em que pese a Lei nº 67/2007 trazer outras hipóteses³¹⁴.

A matriz da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico português está disposta no art. 22 da Constituição da República de 1976, no qual prevê que o Estado e demais entidades públicas são responsáveis civilmente por suas ações que violem direitos, garantia ou prejuízos oriundos de suas funções, abarcando a responsabilidade por ato do legislador³¹⁵.

A previsão constitucional de responsabilidade do Estado tem por objeto garantir que as liberdades, direitos e garantias sejam protegidos ante os atos e omissões dos funcionários e agente públicos do Estado e entidades equiparadas. É resguardado a solidariedade.

Na análise da proteção do direito do particular em face do ente estatal por lei inconstitucional, Browne³¹⁶ explica que antes da entrada em vigor da Lei 67/2007, o Supremo Tribunal de Justiça reconhecia a possibilidade de responsabilização com fulcro no art.22 do CRP, como no julgamento do Proc. 680/03.5 TVLSB.L1, rel. João Bernardo, 02-06-2011, assento n.º 1/99, de 12.11.1998³¹⁷.

³¹³ “Artigo 483.º (Princípio geral) 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei”. CÓDIGO Civil Português, [em linha].

³¹⁴ AMORIM, Camila Silva de – **A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidade em Portugal: Um exemplo a ser seguido**, p. 281.

³¹⁵ ALVES, Patrícia Pinto – **A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por Ato Administrativo no Ordenamento Jurídico Português: Uma tripla perspectiva do Regime da Responsabilidade: Delitual, pelo Risco, por Fato lícito**, p. 388.

³¹⁶ BROWNE, Luciana Pereira Gomes – **Omissão do Estado: Faute Du Service ou risco administrativo?: Responsabilidade civil extracontratual do Estado: uma análise histórica**, p. 330.

³¹⁷ “É por essa razão que, mesmo antes da edição do RRCEE, o Supremo Tribunal de Justiça português já reconhecia, com base na CRP/76, a hipótese de responsabilização por atividade legislativa:

1. A aplicação directa do artigo 22.o da Constituição abre caminho à responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa.

2. A norma constitucional deixa, porém, à lei ordinária um espaço de liberdade, de sorte que só se alcança tal responsabilidade se se verificarem os pressupostos da responsabilidade civil.

3. Os casos em que sobre o Estado impende o dever de legislar surgem quando normas constitucionais ou internacionais (nomeadamente comunitárias) ou leis de valor reforçado impõem ao Estado a legiferação, incluindo-se naquelas, concretamente no artigo 2.o da CRP, o princípio da confiança.

Dias³¹⁸, em posição oposta, sem ignorar o avanço legislativo do instituto da responsabilidade do Código de Seabra até a Constituição, explica que na vigência recente da Constituição de 1976, vigorava o Decreto - Lei nº 48051 de 21 de novembro de 1967 que disciplinava sobre a responsabilidade civil estatal, contudo, alcançava apenas a responsabilidade por função administrativa, motivo pelo qual, a criação da Lei nº 67/2007 foi um grande avanço. Assim, sem negar o caráter de cláusula geral da responsabilidade por ato inconstitucional que o art. 22 da CRP possui, não entendia aplicável por ausência de norma legislativa que regulasse o assunto.

A criação da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro de 2007, Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, inovou em relação aos demais sistemas jurídicos então vigentes, incorporando ao ordenamento jurídico português regramento para responsabilizar o Estado por atos oriundos da função administrativa, jurisdicional e legislativa, dentre elas a responsabilidade por ato legislativo inconstitucional³¹⁹.

Cumprе ressaltar que os atos de gestão privada estão regulados no artigo 501 do Código Civil Português³²⁰. O legislador excluiu os atos de império relacionados a gestão pública do código civil, estabelecendo um regime próprio na Lei nº 67/2007. Assim, os atos que visem interesse coletivo, atos próprios de Estado no exercício de sua função soberana, ou de ente público no exercício de função ou atividade pública aplica-se o Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Colectivas de Direito Público³²¹.

A questão da dualidade de regimes substantivos é controversa. Alguns Autores defendem que não pode ignorar a disposição do Código Civil, de forma que, a separação persiste ainda com a entrada em vigor da Lei 67/2007. Para aqueles que entendem superada a divisão, apontam que a reforma do contencioso administrativo encerrou a celeuma com a

4. Não se está perante um desses casos só porque determinada norma levanta dúvidas de interpretação, com divisão inerente da jurisprudência a ponto de ser lavrado acórdão uniformizador.

5. Num quadro em que, legislando, o Estado tanto o poderia fazer no sentido de serem tutelados os interesses prosseguidos pelos autores, como no sentido de não serem, não pode ter lugar responsabilidade daquele por omissão legislativa. GABINETE DE JUÍZES ASSESSORES DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ASSESSORIA CÍVEL – **Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa: Sumários de Acórdãos de 1996 a Outubro de 2014**, p. 17.

³¹⁸ DIAS, Gilberto – **A Responsabilidade Civil por Facto Legislativo Inválido na Lei 67/2007, de 31 de dezembro**, p. 4.

³¹⁹ ESTEVES, Julio Cesar dos Santos – **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**, p. 116.

³²⁰ Artigo 501.º (Responsabilidade do Estado e de outras pessoas colectivas públicas) O Estado e demais pessoas colectivas públicas, quando haja danos causados a terceiro pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de actividades de gestão privada, respondem civilmente por esses danos nos termos em que os comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários. CÓDIGO Civil Português, [em linha].

³²¹ AMORIM, Camila Silva de – **A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidade em Portugal: Um exemplo a ser seguido**, p. 286.

unificação da jurisprudência administrativa designando-o competente para julgar as demandas afetas a responsabilidade civil do Estado³²².

O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Colectivas de Direito Público é aplicado tanto ao Estado como as pessoas de direito privado no exercício de função administrativa. Isso porque, o foco da responsabilidade é a ação ou omissão jurídico-pública, não importando o enquadramento jurídica da pessoa ativa (pública ou privada) e a relação do agente que pratica a atividade pública, servidor ou empregado³²³.

A responsabilidade do Estado previsto constitucionalmente no art. 22 CRP, em que pese sugerir apenas a responsabilidade por ato ilícito do Estado e demais entidades, por responsabilizar solidariamente também os funcionários e agente públicos, abrange a responsabilidade por ato lícito por força dos princípios do Estado de Direito, e maior resultado útil do dispositivo constitucional. Como exemplo, a reparação em decretação de estado de sítio ou de emergência, ambos lícitos, no entanto, o Estado pode vir a responder civilmente pelos danos causados a particular³²⁴.

No regramento de responsabilidade português, os funcionários públicos e aqueles que desenvolvem serviço nas entidades abrangidas pela Lei nº 67/2007, respondem pessoalmente por danos causados por ações ou omissões no exercício das funções administrativa e jurisdicional³²⁵.

A previsão constante no art. 6.º do RRCEE induz que existe um direito de regresso quando na verdade é um dever, a pessoa pública que sofreu o dano tem que reaver o prejuízo do funcionário que tenha agido com dolo ou culpa grave no exercício de suas funções e em razão disso tenha causado danos³²⁶.

A responsabilidade dos funcionários e agentes da administração pública está prevista no art. 271 do CRP que define suas características básicas: a responsabilidade não depende de ação ou procedimento; a responsabilidade é excluída em caso de ordens de superior hierárquico relativo ao serviço, desde que tiver protestado previamente ou tiver exigido a sua

³²² MOREIRA, Lucas Silva – **A responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português**, p. 72.

³²³ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**, p. 436.

³²⁴ MIRANDA, Jorge – **A Responsabilidade Civil do Estado, a Constituição e a Lei nº 67/2007 (Portugal)**, p. 19.

³²⁵ OSÓRIO, Alcides Daniel Guimarães – **A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por Violação do Direito da União Europeia**, p. 36.

³²⁶ SILVEIRA, João Thiago – **A Reforma da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado**, p. 86.

transmissão ou confirmação por escrito; deverá se abster de realizar qualquer ato que configure crime³²⁷.

A análise da responsabilidade por danos decorrente do exercício da função político legislativa deve ser compatibilizada com leitura dos artigos 22.º, 117.º e 157.º da Constituição da República Portuguesa e artigo 15.º, do Capítulo IV, do novo RRCEE.

Azevedo³²⁸, conclui que a matriz da responsabilidade por atos legislativos ilícitos do direito português está na Constituição, assim como, o dever de indenizar, o que impediria que lei posterior restringisse o conteúdo previsto na Constituição portuguesa, sob pena de a violar ou até mesmo o direito comunitário.

Miranda³²⁹ explica que a inconstitucionalidade além da inexistência, nulidade, e ineficácia pode criar uma relação obrigacional entre o Estado e particular que em decorrência do ato legislativo tenha sofrido ofensa ou prejuízo possível de ser convertido em pecúnia, ainda que não tenha sido diretamente patrimonial, mas que possa ter uma avaliação pecuniária.

A responsabilidade pela atividade legislativa inicia-se quando o administrado se sente lesado por uma nova lei, contudo, tal premissa não pode dentro de uma democracia representativa, de per si, ensejar a responsabilização por ato legislativo. A representação democrática não é sinónimo de consenso, de modo que, a mesma pode descontentar o cidadão e nem por isso acarretar indenização pelo ente estatal, posto que, o interesse público prevalece sobre o particular. A obrigação de indenizar apenas resiste quando presente todos os elementos caracterizadores da responsabilidade, e não apenas o dano³³⁰.

A evolução da responsabilidade civil do Estado por função legislativa no direito português, decorre de dois fatores determinantes, a mudança cultural, e a influência do direito comunitário, dentre eles podemos citar o Acórdão de *Francovitch* e o Acórdão de *Brasserie du pêcheur c. Alemanha/Factortame*, de 05-03-1996.

Acórdão de *Francovitch*, de 19-11-1991³³¹, marcou a jurisprudência da Comunidade Europeia no caso de responsabilidade por omissão legislativa dos Estados membros. A *Francovich* buscou junto ao tribunal obter a proteção prevista na Directiva 80/987, que resguardava os empregados assalariados contra a inadimplência do empregador sem,

³²⁷ MIRANDA, Jorge – **A Responsabilidade Civil do Estado, a Constituição e a Lei nº 67/2007 (Portugal)**, p. 8.

³²⁸ AZEVEDO, Thiago João Lopes Gonçalves de – **Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por Danos Decorrentes da Função Político-Legislativa**, p. 4.

³²⁹ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, p. 99.

³³⁰ BROWNE, Luciana Pereira Gomes – **Omissão do Estado: Faute Du Service ou risco administrativo?: Responsabilidade civil extracontratual do Estado: uma análise histórica**, p. 320.

³³¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Acórdão de Francovitch E. O., de 19 de novembro de 1991**, [em linha].

contudo, prejudicar lei local mais favorável. A Diretiva, previa que em caso de insolvência, o empregado possuía o direito a um salário/ indenização. O Estado Italiano não transportou para o seu ordenamento jurídico tal norma, razão pelo qual foi demandado. No Acórdão de *Francovitch* firmou-se o entendimento que, os Estados poderiam ser demandados por atos danosos causados a particulares em decorrência de omissão legislativa, por inobservância de dever firmado por diretiva comunitária desde que observados os requisitos firmados no referido acórdão.

O Acórdão de *Brasserie du pêcheur c. Alemanha/Factortame*, de 05-03-1996³³² firmou a existência da responsabilidade por função legislativa ativa, ou seja, por uma transposição de diretiva. No caso em concreto, uma fábrica de cerveja francesa situada na Alsácia deixou de exportar cerveja para a Alemanha em 1981, quando foi obrigada a interromper por ato das autoridades alemãs que declarou que o produto não estava em consonância com a lei de pureza, §9 e 10 (*Biersteuergesetz*, codificação de 14 de Março de 1952, BGBl. I, p. 148, na versão de 14 de dezembro de 1976, BGBl. I, pp. 3341, 3357, a seguir «BstG»). O órgão jurisdicional entendia que no direito alemão não encontrava amparo o direito de reparação por ato legislativo, no entanto, o Tribunal de Justiça entendeu que os Estados-Membros tem ampla liberdade normativa, contudo são obrigados a reparar os prejuízos causados em virtude de violação de direito comunitário sempre que atribuído ao legislador local a origem da transgressão, e que haja a correlação entre a norma e o efeito do dano.

Oliveira destaca a importância do Acórdão de *Francovitch* para a responsabilização do legislador, pois estabeleceu jurisprudencialmente os parâmetros gerais para a responsabilidade por violação de direito comunitário: a diretiva deve atribuir direito a particulares; o conteúdo do direito esteja previsto de forma clara na diretiva; e existência do nexo de causalidade entre a violação da obrigação do Estado e o dano sofrido. Presente tais elementos, surge o direito a pleitear a indenização do tribunal nacional de cada Estado membro³³³.

Almeida³³⁴, relata que o intuito da Lei nº 67/2007 é tratar sobre os atos jurídicos materialmente legislativos. Segundo o Autor, a doutrina divide os atos jurídicos formalmente e materialmente legislativos. Os formalmente legislativos são leis meramente administrativas,

³³² Acórdão de *Brasserie du pêcheur c. Alemanha/Factortame*. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA – **Acórdão de Brasserie du pêcheur c. Alemanha/Factortame, de 05 de março de 1996**, [em linha].

³³³ OLIVEIRA, Heloisa – **Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Influência, Omissão e Desconformidade**, p. 4.

³³⁴ ALMEIDA, Mario Aroso – **A responsabilidade do legislador no âmbito da nova lei portuguesa da responsabilidade civil extracontratual do Estado**, p. 2.

não inovam, não buscam o anseio popular, mas sim visam instrumentar os aspectos secundários já disciplinados em outra lei. Assim, a responsabilidade por ato legislativo seria decorrente da função legislativa primária, no qual exprime a vontade política.

É importante ressaltar que a divisão em lei típica material e formal não retira o caráter geral e abstrato da lei, em ambos essa característica deveria estar presente em que pese se saber que, mesmo na lei que exprime um anseio popular podem ter comandos concretos.

O controle de constitucionalidade português pode ser feito no caso em concreto ou de forma abstrata, tendo em vista que os magistrados e Tribunais ordinários possuem o poder dever de afastar a aplicação de lei. A norma desconforme material, formal e procedimentalmente com a constituição é nula, assim, antes de resolver o caso levado a sua apreciação deve fiscalizar sua compatibilização com o sistema³³⁵.

Medeiros³³⁶ explica que a inconstitucionalidade traz consigo outros efeitos que a desvalorização da lei tida por inconstitucional. Não se trata de retirar a norma os seus efeitos apenas, mas de reparar todos os danos causados na vigência da lei inconstitucional no ordenamento jurídico, sendo assim um dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

O referido doutrinador entende que o direito à indenização é autônomo da restituição do dano. Assim, o Tribunal ao delimitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade estaria limitando a obrigação de reparar o dano, mas ainda existia o direito a indenização pelos danos causados pelo ente estatal. Não obstante, seria compatível com o direito português a limitação ao direito de indenização em razão do interesse público por meio de decisão fundamentada³³⁷.

As situações consolidadas não podem ser afetadas pela declaração de inconstitucionalidade, mas isso não significa, que o Estado não possa ser indenizar o ato legislativo lesivo, seriam coisas distintas eliminar o ato lesivo inconstitucional e a pretensão indenizatória³³⁸.

Como explicado anteriormente, o sistema português de controle de constitucionalidade possui um Tribunal Constitucional competente por julgar as questões de constitucionalidade abstrata, e em grau recursal as decisões que apliquem ou recusem a aplicação de normas inconstitucionais ou ilegais por violação de lei de valor reforçado, artigo 280 do CRP³³⁹.

³³⁵ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 901.

³³⁶ MEDEIROS, Rui – **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**, p. 131.

³³⁷ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 157-160.

³³⁸ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 153.

³³⁹ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, [em linha].

Esse Tribunal por força do artigo 15, n.º 2 da Lei 067/2007³⁴⁰, também apreciará em grau recursal as ações de responsabilidade civil extracontratual, porém a forma de cognição é diferente daquelas realizadas no controle de constitucionalidade.

Almeida³⁴¹ ressalta de forma ilustrativa a diferença da forma de cognição que o Tribunal Constitucional realiza no controle de constitucionalidade e a ação de responsabilidade. No controle de constitucionalidade a norma posta sob suspeita de inconstitucionalidade, é referida como um padrão, no qual o Tribunal decidirá se acomoda ou não com o ordenamento jurídico e se é apta a produzir efeitos, ou seja, se aplicará ou não a norma. Na ação de responsabilidade o Tribunal não decide pela aplicação ou não da lei, mas se é um fato ilícito, não se questiona a capacidade de produzir efeitos, justamente porque esses efeitos existem que ocorreu o dano a que se pretende reparar. De modo simplificado, a recusa na aplicação da norma no controle de constitucionalidade leva o Tribunal a afastar a produção de efeitos fazendo com que não cause prejuízo ao interessado, já na ação de responsabilidade fundada na inconstitucionalidade, o Tribunal que julga a norma inconstitucional não decide como se ela nunca tivesse existido, e sim que, a norma existiu e por consequência gerou danos de forma ilícita.

Vale salientar, mesmo não sendo o foco desse estudo, a responsabilidade do Estado Legislador também pode ocorrer por omissão legislativa, como consubstanciado no artigo 15, n.º 3 da Lei n.º 67/2007.

Em apertada síntese e sem problematizar muito sobre a responsabilidade por omissão, a responsabilidade ocorre quando a ausência de providências legislativas impossibilita a execução de normas constitucionais. O ato ilícito, nesse caso, depende de prévia análise do Tribunal Constitucional diante da existência de inconstitucionalidade por omissão³⁴².

A responsabilidade por omissão legislativa é extremamente restrita no seu alcance e na dimensão. A referida responsabilidade é regida pelo disposto no artigo 15 n.º 3 e 5, e artigo 283 da Constituição da República. A ação de inconstitucionalidade por omissão possui seu rol de legitimado restrito ao Presidente da República e Provedor de Justiça, além disso deve ser apreciada pelo Tribunal Constitucional. Quanto a matéria, o legislador perdeu a oportunidade

³⁴⁰ “ 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.” LEI n.º 67, de 31 de dezembro de 2007, [em linha].

³⁴¹ ALMEIDA, Mario Aroso – **A responsabilidade do legislador no âmbito da nova lei portuguesa da responsabilidade civil extracontratual do Estado**, p. 20.

³⁴² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 16.

de prever expressamente a responsabilidade por omissão legislativa por direito comunitário, A sua aplicação fica restrita a interpretação ampliativa do artigo 15, n.º1.

Dias³⁴³ explica que o prazo para a reparação de danos pelo Estado no caso de ato legislativo inconstitucional começa a fluir quando o direito puder ser exercido, artigo 306 do Código Civil. No caso, o prazo de 03 anos começaria a fluir da decisão que declarar a inconstitucionalidade.

O direito à indenização pelos danos causados juntamente com o direito de regresso é regido pelo prazo estabelecido no Código Civil, de 03 (três) anos, a contar da data que o prejudicado tenha ciência do direito que o assiste, mesmo que se desconheça o responsável e da extensão integral dos danos, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a iniciar do ato danoso. Se o fato ilícito também for tipificado como crime no qual a lei estabeleça prazo maior, este deverá ser o aplicado, art. 498 do Código Civil Português³⁴⁴.

No direito português, no que concerne ao enquadramento constitucional da matéria, o art. 22 do CRP estabelece aspectos gerais sobre responsabilidade do Estado por ato legislativo ilícito, e o art. 15 da Lei nº 67/2007³⁴⁵ coloca como pressuposto da responsabilidade os seguintes: fato ilícito; a culpa; dano; nexo de causalidade entre o fato e o dano.

3.2.1. Fato ilícito

A inconstitucionalidade da lei é a forma mais comum de ensejar a responsabilidade por ato legislativo, não esquecendo que os atos lícitos também são passíveis de responsabilização pelo sacrifício, artigo 16 da Lei nº 67/2007.

³⁴³ DIAS, Gilberto – **A Responsabilidade Civil por Facto Legislativo Inválido na Lei 67/2007, de 31 de dezembro**, p. 20.

³⁴⁴ “Artigo 498.º (Prescrição)

1. O direito de indemnização prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do facto danoso.

2. Prescreve igualmente no prazo de três anos, a contar do cumprimento, o direito de regresso entre os responsáveis.

3. Se o facto ilícito constituir crime para o qual a lei estabeleça prescrição sujeita a prazo mais longo, é este o prazo aplicável.

4. A prescrição do direito de indemnização não importa prescrição da acção de reivindicação nem da acção de restituição por enriquecimento sem causa, se houver lugar a uma ou a outra”. CÓDIGO Civil Português, [em linha].

³⁴⁵ LEI n.º 67, de 31 de dezembro de 2007, [em linha].

Dentro da discricionariedade do legislador, a sua atuação legislativa dever servir para concretizar, engrandecer o sistema normativo, ferindo o princípio da constitucionalidade a desconformidade direta ou indireta do ato legislativo.

O ato legislativo deve refletir os anseios da sociedade, através dos valores e princípios constantes na norma superior. Ao adentrar no ordenamento jurídico norma que contraria diametralmente os interesses da sociedade, a sua invalidade é questão de tempo.

A responsabilidade por ato legislativo ilícito nasce da atividade legiferante do Estado, ou seja, no exercício positivo de suas funções, inovando o ordenamento jurídico através de normativa inválida.

Miranda³⁴⁶ relata que a generalidade da lei não obsta a individualização de prejuízos por ela causados, e caso a Administração Pública seja obrigada a executar a lei posteriormente declarada inconstitucional a obrigação de indenizar passa a ser do Estado legislador.

Almeida³⁴⁷ explica que existem atos jurídicos que são dotados de forma legislativa, contudo são atos administrativos, e aqueles que são formal e materialmente qualificados como legislativos. As primeiras tratam de aspectos secundários albergados em lei anterior com pressupostos e opções políticas/legislativas já definidas, de modo que seus efeitos são de instrumentalizar a lei anterior. Já as leis formal e materialmente legislativas exprimem opção primária, inovadora de conteúdo. A materialidade da lei não se confunde com seu caráter geral e abstrato, isso porque, mesmo representando vontade política primária da sociedade pode conter comandos de conteúdo concreto.

O ato ilícito do legislador está caracterizado quando produz uma lei que viole os parâmetros objetivos de validade, ofendendo de forma direta direitos e interesses protegidos no direito português. Essa desconformidade ocorre com a Constituição, Direito Internacional, Direito Comunitário, ou ato legislativo de valor reforçado³⁴⁸.

Canotilho³⁴⁹ explica que as leis reforçadas são aquelas que tem um valor de parâmetro para as demais que lhes devem obediência. Embora esteja no domínio da lei ordinária, possui uma relação de prevalência sobre a matéria que vier a tratar, de forma que, as outras leis devem se conformar com os parâmetros de validade decorrente da lei de valor

³⁴⁶ MIRANDA, Jorge – **A Responsabilidade Civil do Estado, a Constituição e a Lei nº 67/2007 (Portugal)**, p. 8.

³⁴⁷ ALMEIDA, Mario Aroso – **A responsabilidade do legislador no âmbito da nova lei portuguesa da responsabilidade civil extracontratual do Estado**, p. 5.

³⁴⁸ Art. 15, nº1 da LEI nº 67, de 31 de dezembro de 2007, [em linha].

³⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 781.

reforçado. Assim, possui atributo de superioridade em face das outras leis por sua parametrização constitucional.

Por força do art. 8³⁵⁰ e 277³⁵¹, os compromissos internacionais instrumentalizados pelos tratados entre os Estados podem advir para os cidadãos direitos subjetivos, assim, as leis em que estejam em desconformidade com o tratado internacional, e possuem nexos e danos para as pessoas geram o direito a indenização.

O Estado ao firmar tratados internacionais deve manter integração, harmonização e uniformização do direito local com o direito comunitário. Assim, pelo princípio da primazia do direito comunitário e diretivas, as leis nacionais supervenientes não podem estabelecer obrigações em conflito.

A lei nova ao ingressar no ordenamento jurídico tem que obedecer aos parâmetros fixados não apenas com a Constituição, mas as normas supralegais parametrizadas com as normas constitucionais, o direito comunitário e as obrigações internacionais firmadas pelo Estado Português.

A inconstitucionalidade do ato legislativo no direito português é um dos requisitos para ensejar a responsabilidade do Estado Legislador. Contudo, nem toda lei inconstitucional gera o dever de indenizar, tendo em vista que é necessário que afete a esfera jurídica de particular e cause danos a ele.

3.2.2. Sujeito Ativo e Passivo

O Regime de Responsabilidade estabelecido na Lei n.º 67/2007 prevê que são sujeitos passivos do dever de indenizar por lei inválida, conforme o art.15, n.º 1 e 3, que elenca como sujeito passivo o Estado, e as Regiões Autônomas, Açores e Madeira.

A responsabilidade de cada um é adstrita a sua competência legislativa. No Estado Português, a competência legislativa do Estado é exercida por meio da Assembleia da

³⁵⁰ “Artigo 8.º

Direito internacional

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.
2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português”. LEI n.º 67, de 31 de dezembro de 2007, [em linha].

³⁵¹ “Artigo 277.º - (Inconstitucionalidade por acção)

1. São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.
2. A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental”. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, [em linha].

República, artigo 160, 164 e 165 da CRP, em concorrência ou separado também o Governo, através da competência exclusiva, natural, condicional do Governo estabelecida no artigo 198 da CRP.

No que concerne as Regiões Autônomas, a competência legislativa é da Assembleia Legislativa Regional, a responsabilidade é firmada considerando as normas fixadas em cada uma das regiões, nos termos das alíneas do art. 227 da CRP e art. 228o da CRP, que não constituem matéria reservada da Assembleia da República e do Governo.

O sujeito ativo da lei são todos os afetados diretamente pela lei inválida, nos termos fixados no n.º 1 e 3 do artigo 15. Dias³⁵² esclarece que embora na Constituição esteja previsto apenas cidadãos, é possível que todos os lesados, inclusive pessoas colectivas possam demandar contra o Estado legislador desde que presentes os requisitos para a responsabilidade.

A Constituição Portuguesa no artigo 22 prescreve o regime de responsabilidade solidária entre o Estado e agente público. O intuito do sistema jurídico português é garantir ao prejudicado a ampla possibilidade de reparação do prejuízo³⁵³.

O n.º 3 do artigo 8 da Lei n.º 67/2007³⁵⁴ permite o direito de regresso contra o agente público que atua com dolo ou culpa grave. No que concerne a responsabilidade pessoal do legislador, a doutrina se divide quanto a possibilidade de responsabilização pessoal.

Mota³⁵⁵ relata que a imunidade parlamentar assegura a liberdade de atuação dos parlamentares, mas não constitui privilégio do Estado de forma que o dano causado deve ser reparado.

O direito de regresso tem por objetivo o ressarcimento dos prejuízos suportados por toda a coletividade que contribui para a manutenção do Estado através do recolhimento do tributo. O causador do dano no exercício da função pública deverá devolver a coletividade o valor suportado pelo Estado³⁵⁶.

³⁵² DIAS, Gilberto – **A Responsabilidade Civil por Facto Legislativo Inválido na Lei 67/2007, de 31 de dezembro**, p. 9.

³⁵³ BROWNE, Luciana Pereira Gomes – **Omissão do Estado: Faute Du Service ou risco administrativo?: Responsabilidade civil extracontratual do Estado: uma análise histórica**, p. p. 442.

³⁵⁴ “ Artigo 8.º. Responsabilidade solidária em caso de dolo ou culpa grave. 3 - Sempre que satisfaçam qualquer indemnização nos termos do número anterior, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis, competindo aos titulares de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adoptar as providências necessárias à efectivação daquele direito, sem prejuízo do eventual procedimento disciplinar”. LEI n.º 67, de 31 de dezembro de 2007, [em linha].

³⁵⁵ MOTA, Maurício Jorge Pereira da – **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**, p. 137.

³⁵⁶ ALMEIDA, Vítor Luis de – **Responsabilidade Civil do Estado decorrente do exercício da função legislativa**, p. 46.

Gilberto Dias defende não ser possível o direito de regresso em face do legislador. Segundo o Autor o legislativo é um colegiado o que torna impossível averiguar o dolo e a culpa frente aos inúmeros parlamentares que aprovaram a lei inconstitucional. Ademais, não seria qualquer culpa que ensejaria o direito de regresso, mas a culpa grave ou dolo, já que a culpa leve só o Estado responde. Por fim, entende que a imunidade parlamentar prevista no art. 157 do CRP permite que o legislador emita sua opinião no exercício de suas funções, razão pela qual não subsistiria a responsabilidade patrimonial dos titulares³⁵⁷.

A imunidade parlamentar não pode ser salvo conduto para que os legisladores debatam, apoiem e aprovem leis inconstitucionais, principalmente quando a inconstitucionalidade é manifesta. A responsabilidade do agente político está prevista no artigo 117 da CRP³⁵⁸ que possibilita a responsabilização no desempenho de suas funções. É o caso de aprovação de lei cujo conteúdo já tenha sido julgado pelo Tribunal Constitucional com inconstitucionalidade reconhecida, nesse caso, não há que se falar em culpa e sim dolo do parlamentar.

O colegiado não pode ser um empecilho para apuração de responsabilidade, basta que seja apurado os responsáveis para aprovação da lei, atuando todos em concurso.

No sistema português de responsabilização por ato legislativo, o legislador que cometeu ato ilícito responde pela indenização independente de ação autônoma, já que é facultado o chamamento do causador do dano na ação de responsabilidade. A possibilidade visa a economia processual, dispensando uma ação autônoma, e se passando desde logo a execução da indenização³⁵⁹.

3.2.3. Culpa

A culpa é requisito essencial para que nasça o direito a indenização em face do Estado português. A própria lei no art. 15, nº 4, elenca como um dos pressupostos culpa devendo ser analisada no caso em concreto.

³⁵⁷ ALMEIRA, Daniel Blume Pereira de – **As raias da imunidade parlamentar na omissão legislativa e o direito de regresso**, p. 1.

³⁵⁸ Artigo 117.º (Estatuto dos titulares de cargos políticos)

1. Os titulares de cargos políticos respondem política, civil e criminalmente pelas acções e omissões que pratiquem no exercício das suas funções. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, [em linha].

³⁵⁹ SILVEIRA, João Thiago – **A Reforma da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado**, p. 87.

Dias³⁶⁰ explica que o nº4 do artigo 15 exige, até pressupõe a culpa, contudo não a presume, sob pena de todos os atos legislativos ilícitos sejam passíveis de indenização. A culpa não seria a civilista, mas uma culpa compatível com a função pública.

Almeida³⁶¹, ressalta dificuldade de se coadunar a responsabilidade civilística com a responsabilidade decorrente da função legislativa, em razão da liberdade inerente a função política, isso porque o legislador transmite a vontade do povo no qual representa. Assim, a responsabilidade do legislador tornaria possível num mandamento objetivo, na ocasião em que a lei deixa de exprimir e passa a atuar concretamente na esfera do administrado.

No caso de ato ilícito, a lei inconstitucional entra no critério geral de responsabilidade por ato ilícito de presunção de culpa, como estabelecido no artigo 10, nº2³⁶², no qual prevê que para a responsabilidade do Estado o ato ilícito já tem carga de culpa suficiente para reparar os danos que produzem³⁶³.

Browne³⁶⁴ disserta sobre a problemática da culpa na responsabilidade por ato legislativo, esclarecendo que a culpa na esfera civil é insuficiente tendo em vista que o art. 15 da Lei 67/2007 trata que a responsabilidade depende do tipo de inconstitucionalidade, e a necessidade de verificação da adoção de medidas que pudessem evitar a conduta. Assim, a culpa teria que ser analisada na acepção subjetiva e não psicológica, considerando o caso em concreto.

Leong³⁶⁵ numa análise criteriosa sobre a culpa. Primeiramente, descreve o ato de legislar ressaltando que, no Estado de Direito contemporâneo, a tomada de decisão pela lei não pode ser desvinculada da normatividade. Assim, o paradigma de culpa do legislador consubstancia-se não na análise da ilicitude, se podia ou não agir de maneira diversa, liberdade-arbitrariedade do legislador, mas sim, se o ato legislativo desrespeitou a normatividade jurídica vigente. O Autor sugere a culpa de atitude.

³⁶⁰ DIAS, Gilberto – **A Responsabilidade Civil por Facto Legislativo Inválido na Lei 67/2007, de 31 de dezembro**, p. 14.

³⁶¹ ALMEIDA, Mario Aroso de – **A responsabilidade do legislador no âmbito do artigo 15.º do Novo Regime Introduzido pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro**, p. 44.

³⁶² Artigo 10.º

Culpa

(..)2 - Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos. LEI n.º 67, de 31 de dezembro de 2007, [em linha, grifo nosso].

³⁶³ ALMEIDA, Mario Aroso de – *Op. Cit.*, p. 45.

³⁶⁴ BROWNE, Luciana Pereira Gomes – **Omissão do Estado: Faute Du Service ou risco administrativo?: Responsabilidade civil extracontratual do Estado: uma análise histórica**, p. 322.

³⁶⁵ LEONG, Hong Cheng – **Da Construção de um Novo Paradigma de Culpa do Legislador e o Correspondente Critério de Juízo: uma problematização no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrente do exercício da função político-legislativa**, p. 318.

No paradigma da culpa de atitude não caberia a análise do legislador médio na verificação da conduta, se outro legislador procederia da mesma forma. Para a verificação da culpa deveria ser estabelecido uma correlação entre o que foi legislado e o padrão objetivo da conduta do legislador se é conforme ou não com a estrutura normativa vigente para o caso verificado. Essa teoria sanaria os casos da responsabilidade por omissão legislativa, artigo 15 n.º 3³⁶⁶, assim como, evita o descrédito do exercício da atividade legislativa por afastar a impressão que o legislador atuou com o ânimo de lesionar o cidadão quando adotou conduta reprovável por outro homem médio³⁶⁷.

O presente trabalho não tem como foco a inconstitucionalidade por omissão legislativa, e sim o ato legislativo inconstitucional, a ação do legislador. Mas cabe alertar que, a evidenciação da culpa no caso de omissão é mais complexa no processo de estabelecer os critérios para indenizar. A teoria da culpa da atitude possibilita vislumbrar se a omissão legislativa respeita o parâmetro estabelecido no ordenamento vigente. Assim como, pela teoria da culpa da atitude, a análise da culpa seria se o legislador agiu de forma a respeitar a norma jurídica.

A fixação da responsabilidade além dos requisitos de culpa, nexo causal, ato ilícito e dano, comuns aos atos civis, a responsabilidade do estado prescinde da análise das circunstâncias do caso em concreto, grau de clareza e precisão da norma, tipo de inconstitucionalidade e o fato de ter adotado a conduta possível para evitar ilicitude, como prevê expressamente no artigo 15, nº4 da Lei 67/2007.

Assim, a conduta do legislador deve ser analisada sob os aspectos firmados do nº4, artigo 15. Além de se discutir a culpa, não há como afastar a contextualização do ato, se dentro do caso o legislador poderia tomar outra decisão normativa, para afastar ou diminuir o seu dever de indenizar.

Por certo que, o conceito adotado difere do direito privado, e não poderia ser diferente. A noção de culpa considera a atuação política dos agentes. O debate político democrático coaduna-se com a liberdade de expressão, ideias e voto, e como garantia os deputados portugueses gozam de irresponsabilidade civil pelos votos e opiniões desde que correlatas a sua função³⁶⁸.

³⁶⁶ “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” LEI n.º 67, de 31 de dezembro de 2007, [em linha].

³⁶⁷ LEONG, Hong Cheng – **Da Construção de um Novo Paradigma de Culpa do Legislador e o Correspondente Critério de Juízo: uma problematização no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrente do exercício da função político-legislativa**, p. 324

³⁶⁸ Artigo 157.º - (Imunidades)

Miranda relata que o legislador atua com dolo ou no mínimo culpa grave quando reaprova ou reproduz norma declarada inconstitucional com efeito obrigatório geral, sem que tenha sido alterado a norma paradigma que se verificou a inconstitucionalidade³⁶⁹.

No âmbito da responsabilidade civil do Estado, a responsabilidade do poder público por ato ilícito possui como referência o Estado Democrático de Direito, a proteção aos direitos e garantias constitucionais para imputação de danos, de forma que, o ato ilícito decorre de violação de todo o sistema normativo.

Os atos legislativos, por todo processo democrático adotado são elaborados por representantes dos povos, votadas e aprovadas ordinariamente pelo colegiado, a violação do dever de integridade por seu grau de gravidade impõe que a culpa seja presumida, posto que é diretamente ligada a função primária do Estado obedecer aos ditames constitucionais.

3.2.4. Dano

Como já tratado, mesmo a lei sendo destinada a generalidade de pessoas, não obsta a individualização de seus efeitos, e com isso poderá causar prejuízos a um ou grupo de pessoas identificadas.

A Lei n.º 67/2007 diferencia os danos tutelados na responsabilidade civil extracontratual do Estado e entidades, variando se o dano for causado por lei válida ou inválida. Em se tratando de ato ilícito, ou lei inválida, é necessário um dano anormal, artigo 15 n.º³⁷⁰, já na responsabilidade por ato lícito ou por sacrifício é necessário dano especial, artigo 16³⁷¹.

Nem toda lei inválida que cause dano é motivo para que seja indenizado, é necessário que o dano seja qualificado, ultrapasse os custos de viver em sociedade. O dano deve

1. Os Deputados não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, [em linha].

³⁶⁹ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional VI**, p. 98.

³⁷⁰ Artigo 15.º 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. LEI n.º 67, de 31 de dezembro de 2007, [em linha].

³⁷¹ Artigo 16.º. Indemnização pelo sacrifício. O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado. LEI n.º 67, de 31 de dezembro de 2007, [em linha].

ser efetivo, real e atual, na modalidade de dano emergente atual ou futuro, de natureza patrimonial ou moral³⁷².

Oliveira³⁷³, ao tratar sobre a reparação dos danos causados pela não observância de norma de direito comunitário relata que o artigo 15 n.º 4, é mais restritivo que a jurisprudência comunitária, isso porque o dano indenizável é o dano anormal. Conclui que, no direito comunitário o importante é a ilicitude do ato, e por isso, qualquer dano deveria ser indenizável com exceção da responsabilidade por sacrifício em que o ato é lícito.

O intuito da Lei n.º 67/2007 foi de restringir o ressarcimento pelo erário público reduzindo-os aos danos anormais causados pela função legislativa. O artigo 2 da referida lei disciplina que são sujeitos a reparação os danos graves que ultrapassem os custos próprios da vida em sociedade. Nesse âmbito, foram excluídos os danos especiais, e ainda, foi previsto na referida lei, a possibilidade de diminuir o valor quando o número de afetados pela lei for alto³⁷⁴.

A reparação por danos causados por omissão no dever de legislar imposto por diretiva de direito comunitário não está expressamente previsto no artigo 15 n.º 3, motivo pelo qual Oliveira, ao contrário do que dispõe Carlos Cadilha, entende que a previsão legal deficiente não pode passar despercebido, sendo uma infringência ao direito comunitário, vez que o maior volume de ação é por não transposição de diretivas³⁷⁵.

No ilícito legislativo, não se exige esse dano especial, mas apenas o dano anormal. No ato inconstitucional lesivo, o dano tem que ser anormal fugindo do cotidiano e sabores da vida em sociedade. Na norma válida lesiva a direito de particular há a intencionalidade de causar danos a alguns, o interesse público justificaria o sacrifício, por isso se exige o dano especial³⁷⁶.

³⁷² DIAS, Gilberto – **A Responsabilidade Civil por Facto Legislativo Inválido na Lei 67/2007, de 31 de dezembro**, p. 16.

³⁷³ OLIVEIRA, Heloisa – **Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Influência, Omissão e Desconformidade**, p. 18.

³⁷⁴ ALMEIDA, Mario Aroso – **A responsabilidade do legislador no âmbito da nova lei portuguesa da responsabilidade civil extracontratual do Estado**, p. 13.

³⁷⁵ OLIVEIRA, Heloisa – *Op. Cit.*, p. 22.

³⁷⁶ Ac. STJ de 28-06-2007. Responsabilidade civil do Estado - Função legislativa - Acto administrativo - Reserva Ecológica Nacional.

I. O Estado e as demais pessoas colectivas públicas devem indemnizar os particulares a quem, no interesse geral, mediante actos administrativos legais ou actos materiais lícitos, tenham imposto encargos ou causado prejuízos especiais e anormais (art. 9.º, n.º 1, do DL n.º 48051, de 21-11-1967).

II. A especialidade e a anormalidade do risco e do dano subsequente têm lugar quando elas ultrapassam a medida das contingências, transtornos e prejuízos que são inerentes á vida colectiva, devendo cada um suportá-los sem indemnização como contrapartida das inestimáveis vantagens que a mesma lhes proporciona. GABINETE DE JUÍZES ASSESSORES DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ASSESSORIA CÍVEL – **Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa: Sumários de Acórdãos de 1996 a Outubro de 2014**

Dias³⁷⁷ explica que o dano causado por um ato legislativo inconstitucional é efeito secundário, enquanto na reparação pelo sacrifício o dano é previsto através de ato normativo lícito e delimitado a um grupo de pessoas, cujo interesse de muitos justificaria o sacrifício de alguns. No ato inconstitucional, o público atingido é indeterminado, não havia a previsão de dano pela presunção de constitucionalidade, assim, a reparação não está limitada a um grupo de pessoas certo, mas a todos que sofreram um dano anormal.

Medeiros³⁷⁸ relata que não pode ser usado como excludente do dever de indenizar a culpa exclusiva da vítima na aplicação de lei inconstitucional. Isso porque, não pode se esperar do particular que descumpra a lei. Mas o Tribunal deverá balancear a gravidade das culpas para se chegar ao quanto indenizatório.

Na ideia de justiça trazida por Rawls³⁷⁹ as desigualdades sociais e econômicas devem ser repartidas em prol da coletividade, sendo possível a todos o acesso, isso justifica a adoção de um sistema garantista para permitir que o particular não suporte com o ônus sozinho de um dano causado indiretamente por todos, representados por aqueles que foram eleitos por uma maioria.

Otero³⁸⁰ preocupado com a sustentabilidade econômica do Estado, ressalta que, a efetivação da responsabilidade civil extracontratual do Estado é o que mais demanda aos cofres estatais. Isso porque, a reparação em face do ilícito dos Poderes Público é enraizada a noção de justiça e garantia dos direitos fundamentais e divisão dos encargos públicos.

Essa necessidade de justiça pelo cidadão é responsável pelo aumento representativo da judicialização em face do Estado, numa falsa percepção de que o dinheiro público é inesgotável, esquecendo-se que a responsabilidade civil estatal acaba sendo de toda a coletividade que divide o ônus conjuntamente³⁸¹.

O papel do judiciário é essencial para desestimular a judicialização experimental e a ruína do Estado, motivo pelo qual deveria ser realizado um esforço metodológico para ponderar as decisões. A existência do Estado é pressuposto da Constituição, a sustentabilidade financeira e a garantia dos direitos individuais devem estar em equilíbrio, nem que para isso o juiz utilize a modulação dos efeitos da decisão³⁸².

³⁷⁷ DIAS, Gilberto – **A Responsabilidade Civil por Facto Legislativo Inválido na Lei 67/2007, de 31 de dezembro**, p. 17-18.

³⁷⁸ MEDEIROS, Rui – **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**, p. 224.

³⁷⁹ STANESCU, Alex de Oliveira – **A concepção de justiça de John Rawls**, p. 177.

³⁸⁰ OTERO, Paulo – **Direito fundamental a responsabilidade civil dos poderes públicos e crise financeira** *Direito fundamental a responsabilidade civil dos poderes públicos e crise financeira*, p. 16- 20.

³⁸¹ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 15.

³⁸² *Idem* – **Manual de Direito Administrativo**, p. 573-574.

O n.º 6 do artigo 15 permite a manipulação do quantum indenizatório permitindo aos tribunais na existência de interesse público relevante verificado no caso em concreto, reduzir o valor da indenização a patamar inferior ao que seria no caso de reparação integral, independente do grau de reprovabilidade da conduta do legislador. A justificativa seria o extenso número de atingidos e a capacidade econômica do Estado³⁸³.

Não se espera que a reparação indenizatória por ato inconstitucional leve o Estado a situação de miséria. A indenização deve ser quando possível reparatória do dano, e se não viável, deve ser observado a capacidade econômica dentro reserva do possível considerando a conjuntura social.

3.2.5. Nexo de Casualidade

Browne ensina que a causalidade possui dois objetivos na responsabilidade civil, determinar quem deve reparar o dano, e também, ponto crucial para verificar a extensão do prejuízo causado e a quantificação da *quantum* reparatório³⁸⁴.

O controle jurisdicional de constitucionalidade está diretamente relacionado a responsabilidade do estado pelos atos legislativos, posto que, enquanto não declaradas inconstitucionais, as leis são consideradas válidas e cogentes, pela presunção de constitucionalidade das leis³⁸⁵.

A responsabilidade civil tem que haver o nexos de causalidade entre o ato ilícito e o dano como pressuposto para indenizar como disposto no art. 563.º do CC³⁸⁶. O nexos de causalidade é entendido como probabilidade do ato para gerar o dano, e não como condição única para a existência do dano, isso significa que, para a produção do dano outros fatores podem ter atuado concomitante ou posteriores ao ato legislativo. No direito português é utilizada a doutrina da causalidade adequada na formulação negativa, a causalidade só é afastada se demonstrado que foi inadequado e o dano tenha resultado de consequência anômala e excepcional³⁸⁷.

³⁸³ DIAS, Gilberto – **A Responsabilidade Civil por Facto Legislativo Inválido na Lei 67/2007, de 31 de dezembro**, p. 21.

³⁸⁴ BROWNE, Luciana Pereira Gomes – **Omissão do Estado: Faute Du Service ou risco administrativo?: Responsabilidade civil extracontratual do Estado: uma análise histórica**, p. 90.

³⁸⁵ ALMEIDA, Vitor Luis de – **Responsabilidade Civil do Estado decorrente do exercício da função legislativa**, p. 12.

³⁸⁶ “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”. *Ibidem*.

³⁸⁷ 5. Ac. STJ de 31-03-2009: Responsabilidade civil do Estado - Função legislativa - Militar - Forças Armadas - Reforma - Danos patrimoniais - Danos não patrimoniais.

A doutrina tradicionalista adotava como critério para verificação da casualidade a teoria da equivalência das condições ou *condition sine qua non*. Segundo essa teoria, a causa do acontecimento constitui cada uma das condições que conflui para a verificação do resultado. Essa teoria foi afastada pela maioria dos juristas contemporâneos por puxar uma cadeia infinita de causas. Assim, a teoria da casualidade adequada mostrou-se mais apropriada, adotando um critério de probabilidade da conduta do agente e o resultado causado para estabelecer a relação de causa e efeito³⁸⁸.

A teoria da casualidade adequada recebe críticas da doutrina em razão da dificuldade em estabelecer o que é ou não a causa adequada dentro do caso em concreto, ficando ao arbítrio do julgador a análise³⁸⁹.

Almeida explica que o dano indenizável é aqueles imputáveis a lei, os danos eventualmente causados por aplicação incorreta ou inexecução parcial da lei, ou seja, fatores exógenos a lei em si, não estão abrangidos pelo artigo 15 da Lei n.º 67/2007, e sim por responsabilidade no exercício de função administrativa³⁹⁰.

Desse modo, o nexo de casualidade entre o dano e o ato legislativo inconstitucional pode ser rompido se demonstrado que o dano improvavelmente tenha relação com a conduta do legislador, ou que o dano seja excepcional não esperado pela aplicação normal da lei³⁹¹.

Há de se desvencilhar a responsabilidade do legislador por ato ilícito e os danos oriundos da negligência na aplicação da lei. Nesse caso, a responsabilidade não deve recair no legislativo. A ação executiva do governo deve responder pela inobservância aos parâmetros fixados integralmente pela lei, sem exorbitância ou descaso, o ato de criação da lei não pode se confundir com o ato de execução.

Não obstante, pode ser admitido o concurso de responsabilidade, quando uma lei inválida e uma execução negligente em conjunto causam danos a particulares. Nesses casos,

I. O Estado, no exercício da sua função legislativa, ao revogar a Lei n.º 15/92, de 05-08, por intermédio pelo DL n.º 236/99, de 25-06, actuou de modo ilícito e culposo.

II. Ao agir deste modo, o Estado ficou incurso na obrigação de indemnizar os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelos militares das Forças Armadas que, por força da sua sujeição ao regime preconizado pelo citado Decreto-Lei, passaram prematura e irreversivelmente à reforma e, por isso, viram cair a possibilidade de regresso ao serviço com o escopo de alcançarem um escalão remuneratório superior e de reflectirem este no cálculo da sua pensão de reforma. CÓDIGO Civil Português, [em linha].

³⁸⁸ ALMEIDA, Vitor Luis de – **Responsabilidade Civil do Estado decorrente do exercício da função legislativa**, p. 36.

³⁸⁹ LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Responsabilidade civil do Estado Legislador**, p. 94.

³⁹⁰ ALMEIDA, Mario Aroso – **A responsabilidade do legislador no âmbito da nova lei portuguesa da responsabilidade civil extracontratual do Estado**, p. 14.

³⁹¹ MEDEIROS, Rui – **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**, p. 202-203.

todos os agentes envolvidos na cadeia do nexo causal devem responder na medida e proporção de seus atos, e o Estado em solidariedade³⁹².

Não pode ser atribuído ao Estado legislador, a responsabilidade de reparação se o órgão julgador não afastou a aplicação de lei inconstitucional. O artigo 204 do CRP veda a possibilidade de aplicação de lei que viole a constituição e seus princípios, sob pena de incorrer em responsabilidade.

A ideia é que vigendo uma lei inconstitucional potencialmente lesiva ao particular, o judiciário não pode convalidar a inconstitucionalidade e decidir pela válida aplicação da lei. Se no caso em concreto houver uma pretensão resistida e o judiciário decidir pela aplicação da lei inconstitucional, nesse caso, o nexo de causalidade é estabelecido entre a decisão e o dano, vez que só a existência da lei não foi o suficiente para a ocorrência do dano.

3.3. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO POR LEI INCONSTITUCIONAL

No Estado brasileiro observa-se lentamente a desvalorização do poder legislativo. O empoderamento do Poder Judiciário que ultrapassa a função de interprete das leis, e adota uma postura ativa de criar normas jurídicas em suas decisões, estabelecendo direitos e obrigações através do ativismo judicial.

Segundo, pelo enfraquecimento moral de suas atribuições, causadas pelos próprios legisladores que comercializam o seu apoio e voto, sacrificando seu dever funcional de observância à constituição, e desviando-se da finalidade legislar os anseios de seus representados em prol de interesses egoístas. Num jogo político, não na concepção correta da palavra, mas desvirtuada, o Legislativo abre mão de sua autonomia e se rende ao interesse de alguns poucos na negociata por apoio eleitoral.

Nessa conjectura, a responsabilidade por ato legislativo torna-se necessária, não para enfraquecer o Poder Legislativo, mas ao contrário, garantir o regular funcionamento. Não seria justo responsabilizar o Estado por julgamento errôneo, ou a Administração Pública por obra malfeita, e eximir a função legislativa de responsabilização.

A relação é a seguinte, o Estado é a união de todos os indivíduos organizados politicamente, regidos por instrumento único. Esses indivíduos são representados por poucos que atuam no interesse da coletividade e na manutenção do sistema organizado. O Estado

³⁹² ALMEIDA, Mario Aroso – **A responsabilidade do legislador no âmbito da nova lei portuguesa da responsabilidade civil extracontratual do Estado**, p. 15.

responde pelos prejuízos causados a particulares, que por sua vez estarão mais atentos a seus representantes, pois respondem indiretamente pelos prejuízos, uma vez que sustentam o Estado com o pagamento de tributos. A indenização paga com os recursos dos cofres públicos poderia ser revertida em benefício da coletividade, mas será revertido para restaurar o equilíbrio do particular lesado.

Por previsão expressa da Constituição, os legisladores são imunidades por suas expressões, votos e opiniões. A responsabilização não visa atingir tais garantias, mas certificar que os valores constitucionais e a coesão do sistema jurídico sejam preservados na função legislativa. Isso significa que, o Estado deve ser responsabilizado por ato legislativo que transgrida os interesses dos administrados, os valores éticos constitucionais, e prejuízos matérias oriundos de ato legislativo defeituoso.

3.3.1. Diretrizes Gerais da Responsabilidade Civil do Estado

A responsabilidade da pessoa humana ou jurídica decorre de uma perturbação social que causa prejuízo na esfera civil e penal. A primeira é uma desordem que causa desequilíbrio social, enquanto a segunda é um tipo penal cuja responsabilização pode ser patrimonial ou restritiva da liberdade.

Nesse aspecto, a doutrina francesa trouxe valioso debate com o doutrinador Savatier avançando na ideia de reparação como medida de justiça³⁹³. Não obstante, no direito brasileiro, a culpa não foi afastada por completo como elemento caracterizador da responsabilidade civil, mas atua como fundamento e critério da responsabilidade.

Com revogação do Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 trouxe alteração significativa no elemento volitivo do dever de indenizar. O extremo subjetivismo previsto no art.159 do CC de 1916 foi substituído pela predominância da responsabilidade objetiva como se verifica no Código Civil vigente nas cláusulas gerais do abuso de direito, art. 187 do CC, exercício de atividade de risco, art. 927 do CC, danos causados por produto, responsabilidade por incapazes, art. 928 do CC, responsabilidade das coisas e do animal, artigos 936, 937, 939 todos do CC.

A evolução da concepção de responsabilidade visa amparar a vítima e para tanto desapega-se do conceito de culpa, da análise da reprovação da conduta geradora, com o objetivo

³⁹³ HELENE, Helio – **Responsabilidade civil por Ato Legislativo**, p. 21.

de recompor os danos causados. A sociedade passou a ser solidariamente responsável pelos prejuízos causados, na expectativa da justiça restauradora integral.

A responsabilidade do Estado expandiu-se com a ideia de que a reparação civil não decorre apenas de ato ilícito, mas também de atos lícitos, e a desvinculação da ideia de responsabilidade individual para socialização dos riscos.

Sem tornar exaustivo a leitura do presente trabalho, tendo em vista que as correntes de responsabilidade do Estado já foram abordadas anteriormente, vale frisar que no direito brasileiro, a evolução da responsabilidade estatal destaca-se pela adoção de três correntes em ordem cronológica: primeiro da teoria da culpa; posteriormente, passou-se a teoria do acidente administrativo; atualmente a teoria do risco administrativo.

Atualmente, no direito brasileiro o Estado responde objetivamente pelos danos que causar a terceiro, de fato que a culpa somente é verificada pra atribuir a responsabilidade ao agente público, na ação *in rem verso* da Administração contra o agente³⁹⁴. Desse modo, estabelecido o nexo causal e o dano atrelado as funções e serviços estatal, o cidadão tem o direito a reparação.

Apenas para o registro histórico no trabalho, os primeiros documentos que apontam a teoria do risco datam de 1912, a Lei que regula a responsabilidade nas estradas de ferro, art. 1º do Decreto nº 2.681 de 07 de dezembro de 1912³⁹⁵, e o acidente de trabalho previsto no Decreto nº 3.724 de 15 de janeiro de 1919³⁹⁶.

O Brasil adota em algumas previsões expressas a teoria do risco integral para reparação de danos causados pela administração pública como a responsabilidade por dano

³⁹⁴ PEREIRA, Caio Mario – **Responsabilidade Civil**, p. 171.

³⁹⁵ “Art. 1º As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar.

Será sempre presumida a culpa e contra esta presunção só se admitirá alguma das seguintes provas:

1ª, caso fortuito ou força maior;

2ª, que a perda ou avaria se deu por vício intrínseco da mercadoria ou causas inerentes à sua natureza;

3ª, tratando-se de animais vivos, que a morte ou avaria foi consequência de risco que tal espécie de transporte naturalmente correr;

4ª, que a perda ou avaria foi devida ao não acondicionamento da mercadoria ou a ter sido entregue para transportar sem estar encaixotada, enfardada ou protegida por qualquer outra espécie de envoltório;

5ª, que foi devido a ter sido transportada em vagões descobertos, em consequência de ajuste ou expressa determinação do regulamento;

6ª, que o carregamento e descarregamento foram feitos pelo remetente ou pelo destinatário ou pelos seus agentes e disto proveu a perda ou avaria;

7ª, que a mercadoria foi transportada em vagão ou plataforma especialmente fretada pelo remetente, sob a sua custódia e vigilância, e que a perda ou avaria foi consequência do risco que essa vigilância devia remover”. DECRETO n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, [em linha].

³⁹⁶ “Art. 2º O acidente, nas condições do artigo anterior, quando ocorrido pelo facto do trabalho ou durante este, obriga o patrão a pagar uma indemnização ao operário ou à sua família, excetuados apenas os casos de força maior ou dolo da própria vítima ou de estranhos”. DECRETO n.º 3.724, de 15 de janeiro de 1919, [em linha].

atômico que independe de nexos causalidade, bastando a existência do dano previsto no art. 21, XXII da CF.

No âmbito constitucional, art. 37, XXII, §6º da Constituição Federal deixa claro que o sistema de responsabilidade civil do Estado envolve tanto a pessoa jurídica de direito público quanto os prestadores de serviço ao Estado, as pessoas jurídicas de direito privado.

O Estado brasileiro é responsável pelos agentes e funcionários públicos, não importando o vínculo com o Estado, mas o fato de exercer uma atividade ou função típica do Estado, qual seja, função administrativa, legislativa ou judicial³⁹⁷.

Obsta esclarecer que, para o indivíduo ter a sua justa reparação, a doutrina brasileira entende que não é necessário que a discussão sobre a culpa do agente ou funcionário seja apurada na ação judicial. Isso porque, o ressarcimento pelo agente público deve ser realizado por meio de ação de regresso como será mais adiante explicado.

O ressarcimento dos prejuízos pelo servidor ao Estado, uma vez apurada a culpa, é obrigatória, sob pena do gestor público, responsável direto pelo agressor, responder pelo crime de improbidade. Não obstante, não deve ser condicionante ao direito do indivíduo, na relação indivíduo- Estado, visto que o sistema brasileiro visa simplificar essa reparação³⁹⁸.

No Brasil, o art. 43 do Código Civil dispõe sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público disciplinando que estes responderão pelos danos causados a terceiros por seus prepostos, resguardado o direito de regresso contra quem causou os danos.

No que tange a natureza do ato a ser reparado, o art. 37, §6º da Constituição Federal não especifica se seria ato comissivo ou omissivo. Resolvendo a questão, o STF³⁹⁹ estabeleceu que, o Estado brasileiro responde objetivamente pelos danos causados por atos omissivos e comissivos.

A função política legislativa, sendo uma das funções estatais como a executiva e judiciária, deveria ensejar a responsabilização do Estado por prejuízo causado ao administrado por escolha legislativa precária.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal está acima de todas as leis, de forma que as leis encontram seu espelho-freio nas normas constitucionais. Com isso, o afastamento irresponsável dos valores esculpidos deveria sim ensejar a responsabilidade do

³⁹⁷ PEREIRA, Caio Mario – **Responsabilidade Civil**, p. 168.

³⁹⁸ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 171.

³⁹⁹ STF, 2ª T., ARE 868.610 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 26.05.2015. V. tb. STF, 1ª T., ARE 956.285 AgR/CE, Rel. Min. Luiz Edson Fachin, julgado em 09.08.2016. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário com agravo 868.610PB, 26 de maio de 2015**, [em linha]. *Idem* – **Recurso Extraordinário com agravo 956.285CE, 09 de agosto de 2016**, [em linha].

Estado, a exemplo do que ocorre em Portugal, em razão do dever dos parlamentares de manutenção e proteção da integridade e coesão do sistema jurídico.

Como tratado anteriormente, o sistema jurídico português prevê a responsabilidade por leis inconstitucionais na Lei n.º 67/2007, art.15, no qual prevê a responsabilidade do Estado pelo exercício da função político-legislativa, desde que o administrado sofra um dano anormal e específico relacionado com a lei inconstitucional⁴⁰⁰.

Numa análise comparativa entre o sistema do Brasil e o de Portugal é desse ressaltar que o tratamento infraconstitucional sobre a matéria se destaca. O segundo ponto de divergência é que o sistema português é positivista, enquanto o tema da responsabilidade no Brasil possui regramento firmado pelo poder judiciário. O terceiro aspecto de diferenciação é a divisão dos institutos de reparação. Em Portugal, a Lei n.º 67/2007 separa a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública em três grandes grupos, conduta ilícita, responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por conduta ilícita ou pelo sacrifício. No Brasil, o tratamento é unitário conforme previsto na Constituição a responsabilidade objetiva⁴⁰¹.

Pereira, destaca que timidamente, o Supremo Tribunal Federal, em casos isolados, reconheceu o direito a indenização por danos causados por lei inconstitucional, transcrevendo como exemplo a ementa do voto do Ministro Celso de Mello, relator do Recurso Extraordinário n. 153.464, de 2 de setembro de 1992: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – LEI INCONSTITUCIONAL – INDENIZAÇÃO. O Estado responde civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional da função de legislar” (RDP 189/305)⁴⁰².

No Brasil, não há norma jurídica que regule a responsabilidade civil do Estado legislador, possui apenas a cláusula geral de responsabilidade estatal previsto no art.37,§6º da CF e escassa decisões jurisprudenciais que admitem a responsabilidade por ato

⁴⁰⁰ “5. Ac. TRC de 10-12-2013 : I. A al.g) do art. 4º do ETAF dispõe que compete aos tribunais de jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham, nomeadamente, por objecto «questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público, incluindo a resultante do exercício da função jurisdicional e da função legislativa».

II. Deste modo, sempre que as pessoas colectivas de direito público devam responder extracontratualmente por prejuízos causados a outrem, o julgamento da respectiva causa pertencerá à jurisdição administrativa, independentemente da qualificação do acto lesivo como acto de gestão pública ou de gestão privada.

III. Por sua vez, a al.i) desse art. 4º indica que são da competência dos mesmos tribunais os litígios sobre «responsabilidade civil extracontratual dos sujeitos privados, aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público».

IV. O que significa que a competência dos tribunais administrativos e fiscais abrangerá as questões atinentes à responsabilidade civil extracontratual de sujeitos privados desde que a eles deva ser aplicado o regime próprio da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA – Acórdão 1112/12.3TBVNO-A.C1, de 10 de dezembro de 2013, [em linha].

⁴⁰¹ BROWNE, Luciana Pereira Gomes – **Omissão do Estado: Faute Du Service ou risco administrativo?: Responsabilidade civil extracontratual do Estado: uma análise histórica**, p. 430.

⁴⁰² PEREIRA, Diego Gustavo – **Responsabilidade civil do Estado pela edição de Norma Inconstitucional**, p. 18.

legislativo lesivo. A doutrina diverge sobre a possibilidade da responsabilização ou não pela atividade legislativa.

3.3.2. Responsabilidade Civil do Estado por Lei Inconstitucional

No Brasil, a responsabilidade por ato legislativo inconstitucional é controverso na doutrina. Dentre os doutrinadores que entende inviável a responsabilidade do Estado legislador está Helly Lopes Meirelles. O renomado doutrinador posiciona-se no sentido de que a Constituição do Brasil por opção, não inseriu o conceito de agentes políticos no art. 37, §6º da CF, razão pela qual não poderiam ser responsabilizados objetivamente. Além disso, o Estado não poderia ser responsabilizado pelos atos do representante do povo, posto que foram democraticamente eleitos ⁴⁰³

Cavaliere Filho⁴⁰⁴ entende não ser possível a responsabilidade civil do Estado por lei inconstitucional porque toda lei para sua concretização dependeria de um ato administrativo que a executasse, dessa forma, a responsabilidade se relacionaria ao ato administrativo não a lei.

A teoria da irresponsabilidade civil por atos legislativos inconstitucionais respalda-se na ideia que a lei é ato de soberania. A disposição legal é uma opção política realizada por aqueles que foram legitimamente eleitos, aos cidadãos que elegeram cabe cumprir a lei⁴⁰⁵.

As leis não são um fim em si mesmas, sim são opção política, mas deve estar em consonância com o ordenamento jurídico no qual se insere. A lei contém uma norma de conduta desejável, mas não é inquestionável e imperativa, podendo ser declarada inconstitucional e não produzir mais efeitos. Esse raciocínio, afastaria a apreciação do judiciário brasileiro de declarar a inconstitucionalidade, vez que toda declaração de inconstitucionalidade seria uma afronta a soberania do Estado.

O argumento da confusão entre lesante e lesado, daqueles que entendem que não há responsabilidade do legislador por serem representantes do povo, não merece prosperar em face do ato inconstitucional. Isso porque, não é interesse dos cidadãos a transgressão de direitos e garantias constitucionais, pelo contrário⁴⁰⁶.

⁴⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 789-790.

⁴⁰⁴ CAVALIERE FILHO, Sergio – **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 265.

⁴⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**, p. 684.

⁴⁰⁶ PEREIRA, Diego Gustavo – **Responsabilidade civil do Estado pela edição de norma inconstitucional**, p. 15.

Ainda no que tange soberania, Esteves⁴⁰⁷ lembra que nos primórdios da separação dos poderes, suas funções eram tiranas, os legisladores podiam tudo, pois seriam responsáveis pela definição dos anseios primários da sociedade. Nessa lógica, o legislador somente poderia ser responsabilizado pelo judiciário por atos legislativos, se houve a opção política por meio de lei de fazê-lo, do contrário, não existiria o dever de indenizar nessa função estatal.

Cretella Junior⁴⁰⁸ formula interessante questionamento sobre a dificuldade de se fixar o dever de indenizar do Estado por lei geral, abstrata e impessoal, pela dificuldade de estabelecer o nexo de causalidade entre o evento danoso e a lei. Segundo o doutrinador, ainda que conseguisse estabelecer a ligação de uma lei ao dano, a lei passou por todo processo legislativo, fruto de vontade indireta dos administrados, o que isentaria de por si só a responsabilidade.

Esteves coloca como fatores que legitimam o dever de indenizar, o rompimento da integridade do ordenamento jurídico. O poder legislativo exorbita o poder constitucional de legislar, seja na esfera municipal, estadual ou até mesmo federal, acarretando em danos para o particular. O sistema de responsabilidade civil do Estado legislador pela transgressão aos valores e parâmetros estabelecidos na constituição, decorre da incorporação ao sistema constitucional do princípio constitucional da igualdade, direito adquirido, desvio de finalidade no exercício da função legislativa, o afastamento do interesse público⁴⁰⁹.

Isso porque, pelo princípio da igualdade, não há fundamento para que apenas um ou alguns particulares suportem o exercício ilícito do legislador, o prejuízo deve ser suportado pela formação da maioria da coletividade.

Mota⁴¹⁰ explica que a responsabilidade estatal por ato legislativo importa no reconhecimento de dois requisitos: formal, violação de um dever jurídico; material, o dano moral e material, o dano só poderá ser indenizável se atingir um interesse jurídico.

Considerando a admissão da responsabilidade do legislador no Brasil, o ato legislativo ilícito dependerá de prévia declaração de constitucionalidade pelo STF, através de controle abstrato com efeito vinculante?

Luvizotto⁴¹¹ relata que a doutrina mais conservadora somente admite a responsabilidade por ato legislativo inconstitucional se houver a prévia declaração de inconstitucionalidade da lei em controle abstrato. A Autora refuta tal entendimento explicando

⁴⁰⁷ ESTEVES, Julio César dos Santos – **Responsabilidade civil por ato legislativo**, p. 90-93.

⁴⁰⁸ CRETILLA JUNIOR, José – **Responsabilidade do Estado por ato legislativo**, p. 11-20.

⁴⁰⁹ ESTEVES, Julio Cesar dos Santos – *Op. Cit.*, p. 228.

⁴¹⁰ MOTA, Maurício Jorge Pereira da – **Responsabilidade civil do Estado Legislador**, p. 137.

⁴¹¹ LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Responsabilidade civil do Estado Legislador**, p. 146.

que, as alterações do controle de constitucionalidade adotadas pelo STF permitindo a expansão dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, bem como a valorização dos precedentes a força vinculante, permitem a extensão dos efeitos para além dos interesses subjetivos da demanda.

No sistema brasileiro de constitucionalidade nenhuma diferença ontológica existe entre a declaração de inconstitucionalidade pronunciada por juiz de primeiro grau e os Tribunais superiores. Os efeitos da decisão são constitutivas negativas no caso em concreto, de forma que, não há sentido a necessidade de prévia declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Tribunais para se exigir a reparação de danos por lei inconstitucional⁴¹².

A indenização decorrente de lei inconstitucional na análise do caso em concreto, pode ser o objeto da pretensão autoral, o que não é proibido ou incompatível com o sistema processual vigente. Ademais o rol de legitimados da ação em controle abstrato, bem como a vedação de discussão sobre os efeitos em concreto na ação de declaração de inconstitucionalidade esvaziaria a possibilidade do ressarcimento dos danos, o que não se coaduna com a garantia constitucional previsto no art. 5º, inciso XXXV da CF, de acesso ao judiciário⁴¹³.

O dever de integridade do sistema é a chave para consolidar a responsabilidade do Estado legislador no Brasil que não tem lei específica disciplinando a matéria. Responsabilizando o Estado, não há razão pelo qual não se possa entrar com ação de regresso contra o parlamentar.

A imunidade parlamentar foi resguardada no sistema constitucional brasileiro para garantir atuação imparcial do eleito e manutenção da harmonia dos Poderes, a lei inconstitucional e a lei manifestamente inconstitucional, essa última que se desvia do interesse público, deve gerar a responsabilização pessoal do agente⁴¹⁴.

3.3.2.1. Evento Danoso

O direito está em constante evolução, a própria responsabilidade objetiva do Estado brasileiro foi repensada para acomodar as inovações tecnológicas como o uso de energia e lixo

⁴¹² MOTA, Maurício – **A responsabilidade Civil do Estado pelos danos causados por Leis Inconstitucionais**, p. 04.

⁴¹³ ESTEVES, Júlio César dos Santos – **Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo**, p. 231.

⁴¹⁴ ROSA, Mateus Ferreira – **A responsabilidade civil do Estado decorrente da edição de lei, a (im)prescindibilidade do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e os direitos fundamentais**, p. 10.

atômico, isso porque, o dano se alastra para o futuro, de forma que, o dano não pode ser plenamente mensurado. Nesses casos, a responsabilidade independe de nexo causal, e a reparação do dano é por uma estimativa, vez que os efeitos podem se alastrar por décadas.

Nos Estados Unidos, o problema sobre esse tipo de dano já foi apreciado, ao decidirem sobre *causation in fact*, estabeleceram que a reparação é devida desde que a probabilidade ultrapasse 50% do encadeamento das causas⁴¹⁵.

No direito à reparação o dano por ato legislativo, principalmente no direito brasileiro que não há norma positivada, é muito discutido. Entende-se pertinente e adequado o uso do entendimento de Rui Medeiros, tal como ocorre em Portugal, no ordenamento brasileiro comporta condenação de reparação pelos danos emergentes, lucro cessantes desde que fundados na violação de interesse e direitos de particular atingidos por norma inconstitucional⁴¹⁶.

O dano deve, portanto, ser injusto, e ultrapassar os prejuízos normais do cotidiano ocasionado por norma que atingiu a esfera jurídica de interesse do particular resultando em dano ilegítimo.

A reparação por dano causado por lei ilícita decorre também de um dano jurídico, ou seja, a violação de um bem jurídico protegido pela integridade do sistema jurídico que o designa como direito do indivíduo⁴¹⁷.

Santos⁴¹⁸ ressalta ainda que não é passível de ser reparado atividade tida pelo ato normativo como ilícita, imoral ou contrária à sociedade, mesmo que a lei venha a ser declarada inconstitucional. Caberia indenização somente se a lei declarada inconstitucional proibir ou restringir uma atividade lícita do particular.

O raciocínio apresentado pela referida Autora se justifica por lei declaradas inconstitucionais pelo aspecto formal, por exemplo, uma norma penal que tipifica um crime, mas tem sua vigência afastada por inconstitucionalidade, nesses casos não caberia o estado indenizar por eventual prejuízos.

3.3.2.2. Sujeito Ativo e Sujeito Passivo

⁴¹⁵ PEREIRA, Caio Mario – **Responsabilidade Civil**, p. 172.

⁴¹⁶ MEDEIROS, Rui – **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**, p. 102.

⁴¹⁷ SANTOS, Eliana Bueno de Miranda – **Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos**, p. 113.

⁴¹⁸ *Ibidem*.

Mello⁴¹⁹ entende que no ordenamento jurídico brasileiro não há fundamento jurídico que impeça o prejudicado ingressar com ação diretamente em face do agente público desde que comprovado o dolo ou culpa, por meio da cláusula geral de responsabilidade prevista nos artigos 186 e 187 do Código Civil, aquele que comete ato ilícito é obrigado a reparar.

Jose Afonso da Silva entende que a ação de responsabilidade seria apenas em face do Estado, em razão do ônus de provar que o agente cometeu o ato ilícito culposa ou dolosamente, e a facilidade de ser ressarcido pela administração pública⁴²⁰.

Na ação de reparação fundada em responsabilidade civil extracontratual do Estado possui polo passivo obrigatório o Estado e/ou pessoa jurídica prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima passiva o autor do ato, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 1.027.633, Tema 940⁴²¹. O mesmo entendimento se extrai para a reparação por lei inconstitucional tendo em vista que a Constituição Federal contém a cláusula ampla de responsabilidade previsto no do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Percebe-se que, o sistema de responsabilidade do Estado brasileiro distancia-se do Português nesse aspecto. Enquanto em Portugal o polo passivo pode ser ocupado diretamente pelo causador do dano, no Brasil, a legitimidade passiva da ação é sempre do Estado e prestadoras de serviço público⁴²².

3.3.2.3. Lei Inconstitucional Danosa – Nexo causal

Como já relatado, em Portugal, a teoria mais utilizada para verificar a relação de causa e efeito entre o dano e o ato legislativo, é a teoria da causalidade adequada, em que se realiza juízo hipotético de probabilidades de o resultado ocorrer.

Luvizotto relata que no Brasil, a teoria dos danos diretos e imediatos é a mais aceita pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal. Essa teoria possui o alicerce normativo no art. 43 do Código Civil que dispõe sobre a reparação das perdas e danos em caso de prejuízo efetivo e lucro cessantes tendo por causa direta e imediata a inexecução do devedor. A causa seria determinada pelo evento mais próximo do resultado, através de um liame lógico-jurídico, o

⁴¹⁹ MELO, Celso Antonio Bandeira – **Curso de Direito Administrativo**, p. 1024.

⁴²⁰ LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Responsabilidade civil do Estado Legislador**, p. 238.

⁴²¹ “A teor do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima passiva o autor do ato”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Recurso Especial 1.027.633, 06 de dezembro de 2019, [em linha].

⁴²² BROWNE, Luciana Pereira Gomes – **Omissão do Estado: Faute Du Service ou risco administrativo?: Responsabilidade civil extracontratual do Estado: uma análise histórica**, p. 440.

evento diretamente ligado ao evento danoso, independente da linha temporal dos acontecimentos⁴²³.

O tema da causalidade da responsabilidade civil extracontratual do Estado ainda é controvertido na doutrina brasileira, mas dentro do Supremo Tribunal de Federal é mais pacífico a adoção da teoria do dano direto e imediato como se percebe nas decisões do RE130.764⁴²⁴ RE136.247 RJ⁴²⁵.

No uso da teoria do dano direto e imediato, a reparação estatal por lei inconstitucional danosa é devida se comprovado o vínculo entre a lei contrária a Constituição, com a prévia declaração de inconstitucionalidade, o dano e a comprovação do nexo causal. Diferente do que acontece com o dano causado por lei constitucional não se exige um dano anormal ou especial⁴²⁶.

Na análise da extensão da responsabilidade por ato legislativo, Santos⁴²⁷ cita o entendimento de Canotilho que relata que os atos executórios decorrentes do ato legislativo ilícito são consequência do ato ilícito, e por isso, não podem ser dissociados mantendo o liame causal com a lei inconstitucional.

No direito Português é admitido o concurso de responsabilidade entre o Estado legislador e o administrador, se caracterizado a ilicitude em ambas esferas⁴²⁸.

⁴²³ LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Responsabilidade civil do Estado Legislador**, p. 95.

⁴²⁴ STF, Ementa: "(.) Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, é inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6º do artigo 37 da atual Constituição (.). SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário 130764, de 12 de maio de 1992**, [em linha].

⁴²⁵ STF, Ementa: "Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º da Constituição Federal. Faute du service public caracterizada. Estupro cometido por presidiário, fugitivo contumaz, não submetido à regressão de regime prisional como manda a lei. Configuração do nexo de causalidade. Recurso Extraordinário desprovido. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário n.º 136.247-2RJ, de 20 de junho de 2000**, [em linha].

⁴²⁶ LIMA, Elise Gasparotto de – **Responsabilidade civil do estado por atos legislativos**, p. 101-102.

⁴²⁷ SANTOS, Eliana Bueno de Miranda – **Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos**, p. 116.

⁴²⁸ MEDEIROS, Rui – **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**, p. 102.

No ordenamento jurídico brasileiro, o dano direto da lei seria o mais fácil de ser tolerado tendo em vista que a própria responsabilidade por ato legislativo inconstitucional em si, ainda é controverso.

Santos⁴²⁹ vai mais além e defende que até a declaração de inconstitucionalidade em análise em abstrato, os danos causados pela lei são de responsabilidade do legislador, visto que o ato administrativo executório é imposto por um instrumento legal de constitucionalidade presumida.

Com todo respeito ao pensamento da doutrinadora, como explicado anteriormente, o controle de constitucionalidade no sistema jurídico do Brasil não é realizado apenas na esfera judicial, tendo toda a Administração Pública o poder/dever de rever e anular os atos inconstitucionais⁴³⁰. Assim, somente no caso de o ato do legislativo impor responsabilidade ao agente público ou penalidade, a responsabilidade do administrador público deve ser apurada e deve indenizar conforme o caso, se executar lei manifestamente inconstitucional.

Por outro lado, os Decretos e regulamentos, não são responsabilidade do legislador, mas do poder executivo. O seu conteúdo por vedação constitucional não pode inovar ou trazer uma opção política primária. No ordenamento jurídico brasileiro são consideradas formalmente como lei, mas não são gerais e abstratas, e sim, visam regular outra lei. Assim, é responsabilidade por ato administrativo e não do legislador.

A Constituição prevê iniciativas de lei a todos os entes federativos, municipal, estadual federal, a todos os Poderes Públicos, e também iniciativa popular, por isso, a proposição do projeto de lei nem sempre vem na sua origem do Congresso Nacional. O recebimento da lei, a análise de constitucionalidade pelas Comissões de constituição e justiça, ocorre da mesma forma, ou seja, há a convalidação da proposta de lei, que passa a ser de responsabilidade dos parlamentares. A proposição é inócua, não faz efeitos nenhum no mundo jurídico. Não cria direitos ou impõe deveres. Assim, o fato da proposta de lei ser de origem externa ao Congresso Nacional, não deveria afastar a responsabilidade do legislador.

Não se pode esperar do particular a mesma expertise do legislador na análise de inconstitucionalidade. O nexo causal não pode ser excluído, sob alegação de culpa exclusiva da vítima na observância dos preceitos estabelecidos na lei inconstitucional. Não se pode exigir que o cidadão faça controle de constitucionalidade, faltaria expertise para tanto. Até porque,

⁴²⁹ SANTOS, Eliana Bueno de Miranda – **Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos**, p. 117.

⁴³⁰ Súmula 473 do STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Súmula 473, de 10 de dezembro de 1969**, [em linha].

milita a presunção de constitucionalidade da norma, e, portanto, o seu cumprimento é cogente. Não se exclui dentro das infinitas hipóteses de efeitos da lei inconstitucional a mitigação e ponderação dos prejuízos caso o particular concorra com comportamento culposo⁴³¹.

Em Portugal, artigo 282 da CRP, assim como, no Brasil, art. 27 da Lei Federal nº9.868/99, podem modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, para ter seus efeitos desconstituídos desde a entrada em vigor da lei, *ex tunc*, ou a contar do ato da declaração de inconstitucionalidade, *ex nunc*, ou para momento posterior a decisão, *pro futuro*, visando resguardar a segurança jurídica. A questão é a responsabilidade de indenizar do Estado subsiste diante declaração de inconstitucionalidade com efeitos modulados.

No que concerne ao efeito comum, *ex tunc*, Medeiros entende que as decisões somente não pode afetar as relações consolidadas, mas isso não exige que o Estado indenize os danos causados por lei inconstitucional⁴³².

Eduardo Garcia de Enterría doutrinador espanhol entende pelo respeito da coisa julgada e dos atos administrativos consolidados, ainda que haja a pronúncia de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*, mas não concorda na responsabilidade do Estado nessas hipóteses. Fundamenta sua posição em três argumentos: o primeiro, é que a mera anulação da lei não gera a responsabilidade, a anulação da norma que ampara o ato administrativo firme não determina a nulidade do ato; segundo, a insegurança jurídica que a irretroatividade absoluta causaria, principalmente em institutos jurídicos como a prescrição e usucapião; por fim, a reparação retroativa irrestrita levaria a responsabilidade do estado eterna e imprescritível, o que oneraria excessivamente os cofres públicos. A exceção seria em caso de julgamento pendente, nessa hipóteses poderia ser alcançada pela reparação do estado⁴³³.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal admite que é rescindível a sentença ou acórdão de Tribunal regional quando declarada a nulidade da lei por ação direta de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*. Isso porque, o efeito é *ex tunc* e *erga omnes*, sendo possível entrar com ação rescisória do julgado. Tal entendimento, decorre da máxima efetividade das normas constitucionais e força vinculante e retroatividade dos efeitos declaração de inconstitucionalidade⁴³⁴.

⁴³¹ SANTOS, Eliana Bueno de Miranda – **Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos**, p. 122.

⁴³² MEDEIROS, Rui – **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**, p. 153.

⁴³³ LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Responsabilidade civil do Estado legislador**, p. 163-172.

⁴³⁴ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Julgamento. Sentença de mérito. Oponibilidade erga omnes e força vinculante. Efeito *ex tunc*. Ofensa à sua autoridade. Caracterização. Acórdão em sentido contrário, em ação rescisória. Prolação durante a vigência e nos termos de liminar expedida na ação direta de inconstitucionalidade. Irrelevância. Eficácia retroativa da decisão de mérito da ADI. Aplicação do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Liminar concedida em reclamação, para suspender os efeitos do acórdão impugnado. Agravo improvido. Voto vencido. Reputa-se ofensivo à autoridade de sentença de mérito

Luvizotto⁴³⁵, a responsabilidade do legislador e a modulação dos efeitos da decisão em controle abstrato, *pro futuro* e *ex nunc*, explica que se o STF tiver modulado os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, o direito de reparar o dano por lei inconstitucional só pode subsistir conforme os efeitos da decisão. A modulação dos efeitos visa regular os efeitos da lei inconstitucional nas situações jurídicas constituídas durante a sua vigência. Ao admitir a possibilidade de entrar com ação reparatória, violaria a própria decisão de inconstitucionalidade de efeito vinculante, e com isso a segurança jurídica, e a própria Constituição pois desobedeceria aos fundamentos da decisão.

A referida Autora parece se flexionar no sentido de que, na declaração de inconstitucionalidade de efeito *ex tunc* adota o posicionamento de Rui Medeiros, na modulação dos efeitos, entende que a doutrina acertada é do jurista espanhol Eduardo Garcia de Enterría. Essa parece ser a posição mais compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, isso porque, ao ingressar com ação indenizatória, em grau de recurso, o STF julgaria da mesma forma que na ação direta de inconstitucionalidade, nesse caso, é impossível desassociar a ação de reparação e a ação de inconstitucionalidade, não subsistindo a responsabilização civil do Estado vez que ausente a antijuridicidade do prejuízo.

A análise de conformidade com o ordenamento jurídico é a mesma utilizada no controle de constitucionalidade. A lei não se enquadra dentro dos parâmetros fixados de integridade do sistema. O que difere é a forma como a norma jurídica se enquadra no âmbito processual, tal como entendido no modelo português, ao invés de declarar sua invalidade desde a origem, será reconhecida a invalidade, mas também que, o ato legislativo inconstitucional durante sua vigência foi apto a produzir efeitos danos.

3.3.2.4. Indenização

Santos⁴³⁶ propõem a fixação da indenização conforme o grau de injustiça do dano. Para o Autor, somente o dano injusto e que tenha causa direta com o ato normativo caberia o ressarcimento integral pela Fazenda Pública. Se o dano é causado por força da natureza ou pelo próprio prejudicado, fugiria do conceito de dano injusto e não é indenizável. O dano é injusto

proferida em ação direta de inconstitucionalidade, com efeito *ex tunc*, o acórdão que, julgando improcedente ação rescisória, adotou entendimento contrário, ainda que na vigência e nos termos de liminar concedida na mesma ação direta de inconstitucionalidade. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Agravo Regimental na Reclamação 2.600-1SE, 14 de setembro de 2006**, [em linha].

⁴³⁵ LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Responsabilidade civil do Estado legislador**, p. 171-172.

⁴³⁶ SANTOS, Eliana Bueno de Miranda – **Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos**, p. 113.

e realizado por ato do Poder Público, mas tem concorrência com causa natural, por terceiros ou do próprio particular, é indenizável pela Fazenda Pública de forma atenuada.

No caso de prejuízo causado por lei, pode haver no próprio corpo normativo a fixação de modo expresso ou tácito de indenização pelos prejuízos causados, caso não tenha o juiz deverá fixar⁴³⁷. Tendo em vista que a declaração de inconstitucionalidade não é previsível em tese pelo legislador, a indenização nunca estará estabelecida na lei lesante, como ocorre no prejuízo causado por lei lícita.

Cretella Junior⁴³⁸ explica que, se no ato legislativo danoso omitir sobre a indenização, a reparação deverá obedecer as regras: não será indenizável se a atividade tipificada na normal for moral, ilícita ou divergente ao interesse público; a indenização só é cabível quando ultrapassar a média de sacrifícios impostos pelo texto em questão; não é indenizável se o sacrifício imposto ao particular foi para salvaguardar o interesse nacional.

O entendimento fixado pelo doutrinador assim, enquadra-se em leis lícitas que importam em sacrifício de particular. Não cabe no caso de lei inconstitucional, isso porque, essa lei entra no mundo jurídico presumindo sua constitucionalidade, ou seja, de não ser um ato ilícito ou lesivo.

A indenização pelo dano patrimonial deve ser na extensão do prejuízo sofrido, enquanto a reparação por dano moral, deve ter além o caráter reparatório, o punitivo para que se coíba a prática reiterada do ato ilícito⁴³⁹.

O dano reparável é o certo podendo ser atual (dano emergente) ou futuro (lucros cessantes), e deve haver o prejuízo jurídico e não apenas o patrimônio material. No que tange a natureza da lesão pode ser tanto material como moral, isso porque a previsão do art. 5, V e X da CF, confere o direito a resposta pelo dano moral, como forma de proteger a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas⁴⁴⁰.

Tal como ocorre no direito português, por compatibilidade com o sistema brasileiro, mostra-se possível que reparação do prejuízo causado por ato legislativo inconstitucional seja mitigado conforme o interesse público relevante que justificasse, no caso em concreto, reduzir o valor indenizatório, tal como prevê o n.º 6 do artigo 15.

⁴³⁷ LIMA, Elise Gasparotto de – **Responsabilidade civil do estado por atos legislativos**, p. 20.

⁴³⁸ CRETELLA JUNIOR, José – **Responsabilidade do Estado por ato legislativo**, p. 29.

⁴³⁹ LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Responsabilidade civil do Estado legislador**, p. 92.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

A manipulação do valor da indenização também deverá se coadunar com a gravidade da inconstitucionalidade, ou seja, considerando o bem jurídico tutelado e o grau de lesividade.

Não se pode ainda desconsiderar que, se o ato lesivo já tiver sido declarado anteriormente inconstitucional pelo STF, existirá uma ação dolosa dos legisladores, razão pela qual há o agravamento na conduta lesiva do legislador, o que deve ser ponderado na fixação da indenização.

3.4. DIREITO DE REGRESSO COMO MEDIDA DE JUSTIÇA

A regra da responsabilização do agente público por dano causado no exercício de função pública no Brasil está inserta no art. 37, §6º da Constituição Federal, devendo preencher dois requisitos, a prévia condenação do ente público e comprovação de sua responsabilidade na modalidade culposa, diferente da responsabilidade do Estado que é objetiva⁴⁴¹.

Luvizotto⁴⁴² expõe a dificuldade em responsabilizar pessoalmente o legislador no caso em concreto. No entanto, explica que a imunidade parlamentar material não pode ser obstáculo para a responsabilidade do legislador, posto que essa somente pode ser utilizada para o exercício pleno da função legislativa, assim, havendo provas que houve o ato viciado do legislador, as prerrogativas deverão ser afastadas e o legislador deve responder pessoalmente pelo ato.

O legislador que apresenta, discute, aprova e vota ato legislativo institucional comete ato ilícito, pois possui o dever constitucional e integridade ao sistema jurídico. A atividade legislativa é vinculada aos parâmetros estabelecidos pela constituição⁴⁴³.

Browne relata que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o agente público não pode ingressar o polo passivo das ações de responsabilidade, o polo passivo é composto apenas pela pessoa jurídica de direito público e as prestadoras de serviço público, ficando o prejuízo a ser ressarcido em ação de regresso. Nisso difere do direito português que permite a ação diretamente em face do autor do ato lesivo. A Autora afirma que o procedimento português tem a aparência de mais célere, pois coloca todos no polo passivo para pleitear a indenização, não obstante, em razão da necessidade de comprovação da culpa do agente público, tal

⁴⁴¹ LIMA, Elise Gasparotto de – **Responsabilidade civil do estado por atos legislativos**, p. 103.

⁴⁴² LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Responsabilidade civil do Estado legislador**, p. 239.

⁴⁴³ ESTEVES, Julio Cesar dos Santos – **Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo**, p. 171.

procedimento acaba por demandar maior instrução aumentando o tempo de trâmite processual para satisfação da pretensão do particular⁴⁴⁴.

Na Constituição Federal de 1988, todos os integrantes dos poderes executivo, legislativo e judiciário estão submetidos aos princípios constitucionais de legalidade, moralidade, publicidade, eficiência, impessoalidade, previstos no art. 37, §4º da CF, sob pena de cometer ato de improbidade previsto na Lei n.º 8.429/92, passível de penalização com perda da função pública, indisponibilidade de bens, suspensão de direitos políticos e ressarcimento ao erário.

No caso de ato legislativo ilícito a perda do mandato parlamentar não pode ser por meio de ação de improbidade conforme a Lei n.º 8.429/92, para os Senadores e Deputados Federais a decisão cabe a suas respectivas Casas, art. 55, §§2º e 3º da Constituição Federal⁴⁴⁵, e os Deputados Estaduais pela Assembleia Legislativa, art. 27, §1º da CF⁴⁴⁶. Já os vereadores podem responder por improbidade ante a ausência de previsão constitucional diversa.

A título de exemplificação, podemos citar a ação de improbidade movida pelo Ministério Público em face do Prefeito e Vereadores da Prefeitura de Garças no Estado de São Paulo acordaram em aprovar lei que aumentasse o número de cargos comissionados para que pudessem acomodar os familiares, amigos e conhecidos. Em decorrência do nítido desvio de finalidade do ato legislativo, e a inconstitucionalidade da lei a ação foi proposta⁴⁴⁷.

É importante esclarecer que, nem toda lei inconstitucional passível de responsabilidade pelo Estado caracteriza ato de improbidade do legislador. A Lei de Improbidade exige o dolo, o legislador aproveitando-se do seu mandato promove atos legislativos com desvio de finalidade, para atingir benefício diverso do interesse público⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ BROWNE, Luciana Pereira Gomes – **Omissão do Estado: Faute Du Service ou risco administrativo?: Responsabilidade civil extracontratual do Estado: uma análise histórica**, p. 422.

⁴⁴⁵ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013)

§ 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

⁴⁴⁶ “Art. 27. O número de Deputados à Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

§ 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas”.

⁴⁴⁷ MP ajuíza ação por improbidade contra prefeito e 7 vereadores de Garça, [em linha].

⁴⁴⁸ FAGGION, Amanda Vieira; SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugênio – **A responsabilidade civil do Estado-legislador e eventual enquadramento do parlamentar em improbidade administrativa**, p. 83.

No Estado Constitucional, os princípios de justiça estão inseridos na Constituição, sendo dever de todos a observância e a manutenção da estabilidade do sistema normativo. Ordenamento jurídico coeso não pode permitir que, aqueles que deveriam trabalhar para a integração consensual do sistema normativo atue contra as diretrizes de validade e o respeito mútuo, de observância obrigatória.

Assim, não há fundamento para não responsabilizar os legisladores pessoalmente por seus atos lesivos, principalmente quando aprovam leis manifestamente inconstitucionais. No entendimento do STF, o ressarcimento ao erário público deverá ser realizada mediante ação de regresso.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa pretendeu averiguar e, por fim, demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro precisa de um sistema normativo como possui o Estado português, para regulamentar a responsabilidade civil do Estado por ato legislativo inconstitucional. O sistema jurídico íntegro e coeso possui princípios de justiça coerentes com os valores sociais, mecanismos de fiscalização de constitucionalidade e responsabilização por ato inconstitucional lesivo visando conferir segurança jurídica aos cidadãos que amargaram prejuízos causados durante a vigência de lei inconstitucional.

A investigação foi impulsionada pela inquietação causada pela necessidade de estabelecer obrigação estatal de reparar aqueles que sofreram prejuízo por atividade legislativa fora do padrão constitucional. No ordenamento jurídico brasileiro existe apenas uma cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado, prevista no §6 do art. 37 da Constituição, sem regramento específico para a responsabilidade por ato legislativo, diferente da realidade do sistema português.

A responsabilidade civil do Estado é importante instrumento para a manutenção da integridade normativa e princípios estruturantes do Estado, de modo que, a teoria de irresponsabilidade por exercício da função legislativa, viola de forma direta os direitos e garantias fundamentais da coletividade.

O sistema normativo brasileiro suscita muitos embates doutrinários se é ou não possível a responsabilidade por ato legislativo inconstitucional. Enquanto não se firmar um posicionamento, ou tiver uma lei regulamentando a matéria, a atual conjectura permite que passe impunemente a criação de leis manifestamente inconstitucionais em razão de ideais e compromissos políticos ou com a finalidade eleitoreira de manipulação da população.

Na busca pelo equilíbrio do ordenamento jurídico, o sistema de fiscalização de inconstitucionalidade passa a ser a solução para retirar o ato lesivo do mundo jurídico, assim, multiplica-se as demandas de inconstitucionalidade nos Tribunais, por via de ação e de objeção. Por consequência, aumenta a desconfiança social e o descrédito dos integrantes do Poder Legislativo, e causa mal estar institucional entre o judiciário e o órgão legiferante, desprestigiando o sistema de freios e contrapesos.

No intuito de se estabelecer parâmetros objetivos para a responsabilidade extracontratual civil do estado brasileiro, para desenvolver o presente trabalho usou-se o método de pesquisa dedutivo e dialético, e no que se refere ao procedimento, os métodos histórico, comparativo, além de estudo de caso.

A análise da evolução da teoria do Estado possibilita a reflexão sobre a constituição do Estado e seus ideais de justiça. O desenvolvimento da concepção de Estado possui relação direta com a utilização da responsabilidade estatal como mecanismo de proteção do sistema jurídico e arbitrariedades do Estado e seus agentes públicos.

Na monarquia absolutista, o rei tinha seu poder fundamentado na religião, como ser divino, o governante possuía direito ilimitado para governar. A soberania era irresponsável e perpétua.

Em razão dos abusos cometidos pelos monarcas, diversos pensadores levantaram-se para defender direitos mínimos ao homem, e a necessidade de promover a lei como expressão máxima do direito, com destaque para os escritos de Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant.

A necessidade de criação de um texto constitucional surge das teorias contratuálistas, que desenvolveram a ideia de que a sociedade deveria ser governada por meio de um pacto social.

Sem dúvidas, o constitucionalismo moderno é marcado pela criação da Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1789 oriunda da Revolução Francesa. Alguns institutos atuais nasceram em decorrência dessas duas revoluções como a universalização dos direitos individuais, a separação dos poderes, soberania nacional e a igualdade entre os homens.

Resta destacar aqui que, apenas com a subordinação dos poderes do Estado à lei, é que se alcança o primeiro degrau para estabelecer um padrão de conduta do Estado e, com isso, responsabilizar a atuação estatal conflitante com a legislação. Pode-se afirmar que é o embrião da ideia de coerência entre os atos normativos e o sistema jurídico, afastando a vontade do governante como elemento central do ordenamento jurídico.

Diante dos anseios sociais causados pela Revolução Industrial, os ideais liberais evoluíram para a criação da legislação social, o Estado Social passa a atuar para estabelecer ações afirmativas que garantam a liberdade e igualdade, e responsabilização do Estado infrator. O Estado que passa a atuar ao lado do cidadão em prol do interesse público não poderia passar despercebido de suas próprias atrocidades.

No Estado Democrático de Direito, o Estado deixou de ser limitado apenas por suas leis, devendo se submeter aos princípios e regras jurídicas estabelecidos pelo povo através dos instrumentos democráticos. O poder estatal é restrito pela soberania popular.

No pós Segunda Guerra diante das atrocidades fundamentadas no positivismo jurídico, criou-se a visão de solidariedade e valorização do homem em todos os aspectos, o

Estado não é o único responsável por garantir a efetivação dos direitos humanos, passando a ser de todos.

A Constituição passa a incorporar os princípios e os direitos fundamentais, e se torna o parâmetro formal e material de legitimidade como medida de justiça. O movimento neoconstitucionalista impulsionou o reconhecimento dos princípios como norma jurídica.

Durante a evolução histórica do conceito de Estado, verifica-se que em sua versão Liberal, o protagonismo era do Poder Legislativo, submetendo o Estado às leis como parâmetro de legitimidade. No Estado Social, a implementação de políticas públicas e ações afirmativas demandaram uma atuação marcante do Poder Executivo. No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário assume papel de destaque, atuando como garantidor de políticas públicas insuficientes, fiscalizando a atuação dos outros poderes por meio da constitucionalidade, ou responsabilização extracontratual do Estado por falha dos Poderes Públicos.

O Poder Judiciário passa a ser demandado para efetivar o próprio sistema jurídico, e preservar a constituição. Em razão do fracasso do Estado em atender as demandas sociais e estabelecimento de políticas públicas, e ineficiência do Poder Legislativo, o Poder Judiciário assumiu posição de protagonismo.

O protagonismo de qualquer um dos Poderes Públicos demonstra falha sistêmica. A integridade do sistema estaria violada pelo desequilíbrio dos poderes públicos no aspecto estrutural-formal, de igual forma que, a atuação inconstitucional também conflita com o sistema jurídico, no aspecto material-axiológico. Dessa forma, a responsabilidade civil extracontratual é importante instrumento de justiça e controle da atuação estatal, assegurando o funcionamento regular dos poderes e a preservação dos valores constitucionalmente consolidados.

No sistema jurídico brasileiro, o Estado é responsável pela atuação irregular do Poder Executivo e Judiciário, no entanto, pela atividade legiferante a doutrina tradicional não reconhece a responsabilidade.

No Brasil, a responsabilização do Estado por atos legislativos inconstitucionais é uma criação jurisprudencial ainda tímida. A ausência de iniciativa do Poder Legislativo em legislar sobre a matéria, oportunizou que o STF através de uma interpretação sistêmica decidisse num caso específico pela responsabilidade do Estado legislador.

Pois bem. A busca da justiça não pode esbarrar no próprio Estado, pelo contrário, ele é o garantidor da justiça social e normativa. O sistema normativo é criado pelo Estado, e o Estado é fundamentado pelo ordenamento jurídico, no Estado Constitucional o seu fundamento está na constituição.

A insuficiência legislativa deve ser vencida pelos princípios estruturantes firmados na Constituição de caráter impositivo para os cidadãos, e de tão ou mais importância para os poderes que gerenciam o Estado. Não há Estado justo sem a coerência normativa.

Dentro dessa concepção, o Estado deve organizar instrumentos para preservar as instituições estatais e garantir a sobrevivência da ordem e regime democrático, tornando a teoria de justiça idealizada exequível.

O modelo constitucional atual de Estado tem sua base firmada nos princípios de justiça. O justo é que todos possuem o dever de zelar pela estabilidade do sistema normativo. Na concepção de Rawls, o consenso é a aceitação pela sociedade de diretrizes de validade e o respeito mútuo, de observância obrigatória principalmente por aqueles que representam a vontade da sociedade.

A proposição de trazer a teoria de Rawls para o trabalho sobre responsabilidade do Estado por leis inconstitucionais vem da necessidade de coerência do sistema normativo. O renomado Autor teoriza os passos para criação de um Estado mais próximo possível do justo. O primeiro passo é estabelecer que todos são livres e iguais para participar do consenso uniformizante do Estado Justo. Não se pretende a revolução constitucional do Estado português ou brasileiro, mas demonstrar que esse consenso firmado pela Constituição, ainda que não tenham sido vencidas todas as etapas propostas por Rawls, deve ser seguido. Os princípios de justiça devem ser o norte para a atuação estatal e o parâmetro de constitucionalidade.

Os princípios de justiça guiam todo o ordenamento jurídico, bem como, justificam a penalização do Estado infrator. O estabelecimento desses princípios de forma clara é fundamental para evitar subjetivismo e garantir um sistema justo.

A dificuldade em firmar um princípio pilar pode ensejar a distorção do ordenamento. Os princípios constitucionais são fontes do direito no ordenamento brasileiro e português, e servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade. O sistema normativo deve ecoar num conteúdo certo e objetivo, seguindo um princípio máximo e outros secundários num liame lógico, de modo que, a interpretação demonstre claramente o objeto central de valoração do ordenamento.

Assim, estabelecer as diretrizes axiológicas do sistema jurídico é fundamental para a sua coesão, permitindo que o controle de constitucionalidade analise o aspecto valorativo das normas sem receio de cair no subjetivismo dos magistrados.

A prevalência do Poder Judiciário como destacado mais a frente, revela pertinente a ponderação sobre a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como pilar

sistêmico do estado. Isso porque, a dignidade da pessoa humana é conceito vago e abstrato, cuja flexão permite que seja utilizada de fundamento de validade tanto de um lado como de outro.

A dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco ao ser humano, e inafastável da sociedade. A resposta judicial constitucionalmente adequada visa resguardar a dignidade dos jurisdicionados, daí a necessidade de um ordenamento coeso.

No conceito de Estado atual, o ordenamento jurídico é estruturado com a finalidade de estabelecer a ordem interna, soberania e os direitos e garantias dos indivíduos à luz da dignidade humana, sendo esta o objetivo de um estado democrático, mas como fundamento de decisão não pode estar desassociado dos outros princípios constitucionais estruturantes.

A Constituição estrutura o Estado de forma que o poder político e a legalidade devem caminhar em relação de simbiose, não havendo poder político sem lei, e sua observância o torna em poder político. Ou seja, a legitimidade do poder é extraída do sistema justo, na contraposição entre a necessidade do administrado, resposta estatal e o objetivo social firmado constitucionalmente.

O ordenamento jurídico justo impõe a todos o dever de observar e manter a estabilidade da justiça, principalmente daqueles que ocupam posição de representação democrática. O controle judicial visa resguardar os valores firmados no consenso democrático, analisando a leis por meios dos princípios e parâmetros constitucionais.

O controle de constitucionalidade está intimamente relacionado com a responsabilidade pelo ato legislativos, não havendo ato ilícito sem o reconhecimento de que a lei é inválida por incompatibilidade constitucional.

No âmbito dos particulares, a inobservância das leis e normas constitucionais vem com a imposição de sanção em caso de descumprimento. Para os Poderes Públicos, além da sanção, há o controle de legalidade e constitucionalidade de seus atos.

A análise das leis é de competência primária do Poder Judiciário por meio do controle de constitucionalidade que tem como objetivo principal assegurar que sejam respeitados o consenso democrático e os valores constitucionais.

Os sistemas de controle de constitucionalidade brasileiro e português possuem características complexas, englobando mecanismos de controle modelo kelseniano, modelo austríaco, e da *judicial review* norte-americano.

Como parâmetro de constitucionalidade, as regras e os princípios possuem o mesmo valor de norma constitucional. Contudo, o objeto do controle de constitucionalidade no sistema português é mais amplo pois adotam o conceito de norma funcionalmente adequada, o ato tem que possuir normatividade, afrontar a constituição, vincular um padrão de conduta, e ter o

reconhecimento de caráter vinculante mesmo que oriundas da autonomia privada. Assim, pode se sujeitar a controle de constitucionalidade as convenções coletivas.

No direito brasileiro, o controle de constitucionalidade restringe-se a atos normativos do poder público, leis genéricas, emendas constitucionais, medidas provisórias, leis complementares, bem como os atos normativos produzidos em âmbito administrativo pelo poder público tais como decretos do poder executivo e normas regimentais dos Tribunais e suas resoluções.

O modelo português do sistema difuso é muito similar ao do Brasil. A verdade é que ambos os países parecem ter uma evolução jurídica no mesmo passo, com muitas similitudes, e no controle de constitucionalidade não é diferente.

Em ambos países, as decisões em controle concreto têm em regra eficácia *interparts*. Na fiscalização portuguesa, caso seja a mesma norma seja declarada inconstitucional por três ocasiões distintas o juiz do Tribunal de ofício ou Ministério Público podem propor ação de fiscalização em abstrato, para que o Tribunal Constitucional julgue a matéria e, com isso, a decisão passa a ter efeitos gerais e força obrigatória.

No Brasil, o alcance *erga omnes* das decisões em controle concreto pode se concedido pela sustação dos efeitos pelo Senado Federal, 52, X da Constituição Federal, e pela utilização dos precedentes vinculantes, em razão do dever que os tribunais possuem de manter íntegro e uniforme a jurisprudência, art. 926 do CPC.

O controle abstrato nos dois sistemas é analisado a lei em tese, não se decide o caso em concreto, os efeitos são em regra *erga omnes*, e *ex tunc*, reconhecida a invalidade a norma é retirada do ordenamento jurídico, voltando ao *status quo ante*. Em ambos ordenamentos, é admitida a modulação dos efeitos visando resguardar a segurança jurídica.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são de suma importância para dimensionar a ação reparatória. Entendemos que, a lei sendo declarada inconstitucional com efeito vinculante, no controle abstrato ou difuso, a antijuridicidade da lei apenas subsiste conforme os efeitos da decisão. A declaração de inconstitucionalidade pode ter seus efeitos modulados, *pro futuro* e *ex nunc*, nesse caso, a possibilidade de entrar com ação reparatória para fatos pretéritos a decisão violaria a própria decisão de inconstitucionalidade e seus fundamentos.

Ademais, em sede recursal o Tribunal que declarou a inconstitucionalidade com modulação de efeitos tenderia a julgar do mesmo modo que no controle de constitucionalidade. Na prática é impossível desassociar a ação de reparação e a ação de inconstitucionalidade, não subsistindo a responsabilização civil do Estado já que ausente a antijuridicidade do prejuízo.

Cabe aqui registrar que a inconstitucionalidade, em que pese agredir a coesão do sistema jurídico e revelar o descumprimento do dever jurídico de utilizar a constituição como padrão legislativo, nem sempre ensejará a responsabilização do Estado, e nem todo dano é reparável, os critérios devem ser preenchidos.

A responsabilidade, tanto oriunda de relação jurídica entre particulares ou entre particular e o Estado, está diretamente conectada ao sentimento de justiça, no qual se retira do patrimônio do lesador e transfere ao lesado reestabelecendo o equilíbrio. A responsabilidade além do caráter reparador é um meio de coerção para que conduta similar seja evitada no futuro, atuando como meio de pacificação social.

A responsabilidade do estatal passou por diversas etapas, conforme foi amadurecendo a relação entre o Estado e seus administrados. No Estado despótico, não havia responsabilidade civil estatal. No Estado Liberal pelo contexto histórico de necessidade de proteção da propriedade privada e liberdade, havia a responsabilidade civil fundada na noção de culpa. No Estado Social houve o alargamento da noção de culpa, na tentativa de efetivar e aprimorar os serviços públicos. No Estado atual há a preocupação na efetivação dos direitos e garantias individuais adotando-se a culpa objetiva.

Nesse contexto, surge a teoria do risco ou responsabilidade objetiva. A reparação independe de culpa ou falha do serviço, e passa ser analisada através da relação de causalidade entre a conduta estatal e o dano sofrido. O princípio da equidade, justiça social na igualdade de ônus e distribuição de encargos sociais foram determinantes para o surgimento desta teoria.

O fundamento da responsabilidade objetiva seja pelo viés do seguro social ou pela ideia do sacrifício, transfere o lugar da culpa para o nexo de causalidade, assim, a indenização será indevida se houver culpa total da vítima, caso fortuito e força maior, havendo culpa estatal concorrente, o Estado responde de forma proporcional.

A responsabilidade do Estado passou a existir independentemente da ocorrência de ato lícito ou ilícito, desde que haja o dano e o nexo de causalidade com a atuação estatal, havendo inclusive casos em que a responsabilidade estatal existirá mesmo que presente as excludentes de ilicitude pela teoria do risco integral, em razão da atividade de risco desenvolvida pelo Estado.

Como discorrido, para a manutenção da coerência do ordenamento jurídico é fundamental a responsabilidade civil do Estado por ato inconstitucional, resta analisar se o sistema de responsabilidade extracontratual de Portugal com diretrizes gerais no art. 22 do CRP e na Lei nº 67/2007, é compatível com os institutos de responsabilidade estatal do Brasil para

que se possa firmar critérios objetivos para pacificar a possibilidade responsabilização do Estado por ato ilícito legislativo, assim se pretende concluir o trabalho.

A primeira diferença entre o ordenamento jurídico português e o do Brasil é que o instituto de responsabilidade por lei inconstitucional lusitano é positivado, e no Brasil é regido pela cláusula geral do art. 37, §6º da CF e jurisprudencial.

Em razão da ausência de lei que regulamente a responsabilidade do Estado legislador, a doutrina brasileira hesita em admitir desse tipo de responsabilidade. O primeiro argumento para aqueles contra a reparação estatal por lei inconstitucional é que o ato de legislar é um exercício de soberania, e os legisladores para pleno exercício de suas funções, gozam de imunidade parlamentar. Segundo argumento, é que a votação e aprovação das leis é ato complexo, e ficaria impossível distinguir a culpa.

O cidadão comum no exercício de suas funções não pode agir de forma culposa ou dolosa e lesar outro indivíduo. A título de exemplificação, um médico não pode agir de forma displicente com a saúde de seu paciente, pois ele cuida do bem maior que é a vida, sendo a falha por negligência penalizada civil e algumas vezes penalmente. Ora, o legislador no exercício de suas funções primárias, qual seja, de elaborar leis que regulem o convívio social, não pode sair impune, e não pode atuar de forma culposa ou dolosa. O fundamento é o mesmo para responsabilização, e nem seria coerente que não o fosse punido.

Em que pese haja o conflito doutrinário, o STF numa análise tímida já decidiu pela possibilidade de responsabilização do Estado por lei inconstitucional, restando apenas estabelecer os parâmetros para a responsabilidade extracontratual do estado brasileiro.

O ato ilícito seria a lei inconstitucional que conflita com os anseios sociais e os princípios constitucionalmente previstos. Tal como o ordenamento português, o fato ilícito seria a lei geral e abstrata que inova o mundo no jurídico trazendo uma opção política. Dessa forma, não se enquadra como responsabilidade do Estado legislador, os decretos e regulamentos que apenas executam o que já está previsto em outra lei primária, logo, teriam a característica material de ato administrativo, ensejando outro tipo de responsabilidade estatal.

Analisando os dois sistemas, podemos observar que a responsabilidade pela atividade legislativa ilícita toma lugar quando norma é declarada inconstitucional e causa prejuízo ao particular. Não obstante, não é qualquer dano que é indenizável. O dano antijurídico indenizável é o dano certo e não eventual, podendo ser atual ou futuro, de cunho material e imaterial, e tem que ser anormal fugindo do mero dessabor cotidiano.

Ambos países adotam a teoria do risco como dito anteriormente, o Estado é responsável se provado o dano e o nexo de causalidade. O elemento culpa somente é analisado

para punir o agente público causador do ato ilícito. No caso do ato legislativo inconstitucional, o dolo do legislador estaria presente quando reproduz norma declarada inconstitucional com efeito geral, e a culpa grave quando a matéria, em que pese não ter declaração de inconstitucionalidade com efeito vinculante, é de latente e flagrante inconstitucionalidade. No sistema português, o Estado em caso de culpa leve responde sozinho pelo prejuízo, no sistema objetivo brasileiro não caberia a diferenciação do tipo de culpa, no máximo a ponderação no quantum indenizatório.

No que concerne ao nexo de causalidade, os países adotam teorias diferentes para responsabilidade extracontratual estatal. Em Portugal a teoria mais aceita é a da causalidade adequada, no qual se realiza uma análise hipotética do caso e, através do critério de probabilidade da conduta do agente e o resultado, se percebe a relação de causa e efeito. No Brasil, a teoria adotada pelo STF é a teoria do dano direto e imediato, assim, a reparação por lei inconstitucional seria devida no caso de comprovação do vínculo entre a lei contrária a Constituição e o dano direto e imediato, independente do lapso temporal.

No caso de lei inconstitucional, assim como a doutrina portuguesa não se pode aplicar como excludente de ilicitude a culpa exclusiva da vítima. Primeiro, em razão da presunção de constitucionalidade das leis, não se pode exigir do particular que descumpra a lei cogente alegando a inconstitucionalidade. Assim como não se pode exigir que o cidadão tenha a mesma expertise do legislador para auferir a constitucionalidade ou não das leis.

Além da responsabilidade do Estado por lei inconstitucional, defende-se a responsabilidade pessoal do legislador. Os mesmos argumentos para afastar a responsabilidade do Estado são utilizados também para afastar a culpa pessoal do legislador em caso de ação regressiva. A imunidade parlamentar é garantia da liberdade de atuação do parlamentar no exercício de suas atividades, mas a sua atuação é vinculada aos princípios e regras estabelecidos na Constituição.

No sistema de Portugal, a responsabilidade do agente é solidária com a do Estado, sendo possível entrar com ação diretamente contra o agente. No Brasil, o STF já entendeu que o agente público não é parte legítima para figurar no polo passivo da ação de responsabilidade e não cabe a denúncia da lide do indivíduo lesador, assim, a ação deve ser ingressada primeiro contra o Estado para posterior ação regressiva, o particular só irá compensar os prejuízos por meio do ressarcimento ao Estado.

No direito brasileiro, os membros do Poder Legislativo estão submetidos aos princípios administrativos de legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, previstos no art. 37, §4º da CF, e respondem por crime de improbidade. Não há exceção legalmente prevista

para excluírem de responder por crime de improbidade, previsto Lei nº 8.429/92, os legisladores que atuarem com dolo na aprovação de ato normativo ilícito.

A fixação da indenização deverá, quando possível, reparar o dano integralmente. Isso porque, a exemplo do que é previsto no nº6 do art. 15 da Lei nº 67/2007 que regula a responsabilidade em Portugal, a indenização poderá ser limitada pelo interesse público. Tal disposição se acomoda perfeitamente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Não se pretende a ruína do Estado. A extensão do dano pode ser utilizada como limitadora do dever de indenizar, inclusive nas decisões de inconstitucionalidade, muitas decisões tem seus efeitos modulados justificando pelo interesse público, e como se explicou anteriormente, a declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos não podem ser desvinculados da ação reparatória.

Não se pode esquecer que a reparação civil possui também o caráter punitivo para que coíba a prática reiterada. Através do caráter sancionatório se reforça aos integrantes do poder público o dever de coesão e integridade do sistema. Assim, deve ser possível a modulação do quantum indenizatório, mas como medida excepcional. Trazendo novamente o entendimento de Rawls, o saldo social positivo não é razão para suprimir as liberdades individuais, isso porque cada indivíduo possui um núcleo intransponível firmado no consenso de justiça. Nessa linha, o prejuízo do Estado não pode ser o obstáculo para a responsabilidade civil por lei inconstitucional, em especialmente quando atinge direito e garantia fundamental do indivíduo.

Conclui-se que o dever de coesão e integridade justifica a responsabilização do Estado por lei inconstitucional, em contrapartida, a responsabilização por ato legislativo reforça a coerência do ordenamento. O ordenamento jurídico brasileiro impõe a todos a observância dos parâmetros constitucionais e os princípios de justiça, responsabiliza o poder executivo e judiciário, e, contraditoriamente, reluta em aceitar a responsabilidade estatal por atividade legiferante ilícita.

Analisando o instituto da responsabilidade civil do Estado e o sistema normativo, a responsabilidade civil por lei inconstitucional é perfeitamente admissível no ordenamento jurídico brasileiro, e que por compatibilidade sistêmica poderia ser utilizado parâmetros similares ao adotado em Portugal. A atividade legislativa é vinculada aos parâmetros constitucionais sendo, portanto, medida de justiça e resguardo dos direitos fundamentais individuais a reparação e responsabilização por ato ilícito legislativo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura – **Curso de Direito Constitucional**. 9.^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. ISBN 978-85-450-0470-7.

ALEXY, Ronald – Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. [Em linha]. Vol. 217, (1999), p. 55–66. Disponível em <https://doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47413>. [Consult. 19 abr. 2018].

ALEXY, Ronald – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008. ISB 978-85-7420-872-5.

ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de – As raias da imunidade parlamentar na omissão legislativa e o direito de regresso. [Em linha]. **Jusbrasil**. (20/09/2023). Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/as-raias-da-imunidade-parlamentar-na-omissao-legislativa-e-o-direito-de-regresso/1810103641>. [Consult. 20 agosto. 2024].

ALMEIDA, Mario Aroso – A responsabilidade do legislador no âmbito da nova lei portuguesa da responsabilidade civil extracontratual do Estado. [Em linha]. *In Encontro Anual Conselho Superior da Magistratura*, VI, Lisboa, 2009. Lisboa: Conselho Superior da Magistratura, 2009. Disponível em https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/encontroscsm/06eacsm/6encontroscsm_arosolmeida.pdf. [Consult. 20 agosto. 2023].

ALMEIDA, Vitor Luis de – Responsabilidade Civil do Estado decorrente do exercício da função legislativa. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 6, n.º 2 (2020), p.1367-1428. I ISSN: 2183-539X.

ALMEIDA, Mario Aroso de – Responsabilidade do Legislador no Ambito do Artigo 15.º do Novo Regime Introduzido pela Lei N.º 67/2007, de 31 de Dezembro . **Revista Julgar**. Ano 6, n.º 5 (2008), p.39-50. ISSN: 2183-539X.

ALVES, Patrícia Pinto – A responsabilidade civil extracontratual do Estado por Ato Administrativo no Ordenamento Jurídico Português: uma tripla perspectiva do Regime da

Responsabilidade: delitual, pelo risco, por fato lícito. **Revista de Direito**. N.º 2019, p. 387-416. ISSN 2527-0389.

AMORIM, Camila Silva de – A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades em Portugal: um exemplo a ser seguido. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 15, n.º 60 (2015), p. 279-300. ISSN: 1516-3210.

AZEVEDO, Alvaro Vilhaça – **Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 13.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 9788553609642.

BAHIA, Flavia – **Direito Constitucional**. 3.^a ed. Recife: Armador, 2017. ISBN 978-85-9483-010-4.

BARCELLOS, Ana Paula de – **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-8011-5.

BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. ISBN 978-85-7700-639-7.

BARROSO, Luís Roberto – **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. ISBN 9788553617555.

BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978850262926-4.

BOBBIO, Noberto – **A era dos Direitos**. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. ISBN 85-7001-710-3.

BONAVIDES, Paulo – **Ciência Política**. 10.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003. ISBN 85-7420-023-9.

BRAGA, Luiz Felipe Nobre – Responsabilidade civil do Estado por lei inconstitucional. [Em linha]. **Âmbito Jurídico**. (01/09/2009). Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6576. [Consult. 19 abr. 2018].

BROWNE, Luciana Pereira Gomes – **Omissão do Estado: Faute Du Service ou risco administrativo?: responsabilidade civil extracontratual do Estado: uma análise histórica (do século XIX ao moderno Direito brasileiro e português)**. [Em linha]. Lisboa, 2023. Tese de doutoramento em História do Direito, apresentada à Universidade de Lisboa (polic.^a). Disponível em <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/61321>. [Consult. 23 agosto. 2024].

CADILHA, Carlos – **Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: anotado**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 9789723219319.

CAHALI, Yussef Said – **Responsabilidade civil do Estado**. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 9788520352540.

CÂMARA DOS DEPUTADOS – **Resolução n.º 17, de 1989: Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. [Em linha]. (1989). Disponível em <https://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/colecoes/informes/Integras/RI2005.pdf>. [Consult. 29 set. 2024].

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes – **A responsabilidade do Estado por actos lícitos**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. ISBN 978-85-450-0593-3.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. 6.^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. ISBN: 972400757x.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

CANOTILHO Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol I**. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

CARVALHO, Orlando de – **Teoria geral do Direito Civil: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino**. Coimbra: Coimbra, 2012. ISBN 9789723220179.

CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 34.^a ed. São Paulo: Atlas, 2020. ISBN 978-85-97-02497-5.

CAVALIERI FILHO, Sergio – **Programa de Responsabilidade Civil**. 10.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 978-85-224-6955-0.

CAVALIERE FILHO, Sérgio – **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.^a ed. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN 978-8522484669.

CERA, Denise Cristina Mantovani – O Supremo Tribunal Federal admite a tese das normas constitucionais inconstitucionais? [Em linha]. **Jusbrasil**. (28-08-2022). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/o-supremo-tribunal-federal-admite-a-tese-das-normas-constitucionais-inconstitucionais-denise-cristina-mantovani-cera/2564231>. [Consult. 29 set. 2024].

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. 53.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-02-63621-7.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de agosto. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6809-1.

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. **E-Pública**. N.º 2, p. 246-272. ISSN 2183-184X.

CRETELLA JUNIOR, José – Responsabilidade do Estado por ato legislativo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. N.º 2 (2020), p.1367-1428. ISSN 0034-8007.

CUNHA, Paulo Ferreira da – **Teoria geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 9788553601837.

DECRETO n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912. [Em linha]. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-2681-7-dezembro-1912-578354-publicacaooriginal-101207-pl.html>. [Consult. 23 nov. 2021].

DECRETO n.º 3.724, de 15 de janeiro de 1919. [Em linha]. Disponível em <http://https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html>. [Consult. 23 nov. 2021].

DECRETO-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil Português. [Em linha]. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. [Consult. 29 set. 2024].

DIAS, Gilberto – **A responsabilidade civil por facto legislativo inválido na Lei 67/2007, de 31 de dezembro: pressupostos e insuficiências**. [Em linha]. (09-2010). Disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/792-1197.pdf>. [Consult. 23 novembro. 2021].

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito administrativo**. 30.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7615-6.

DONIZETTI, Elpidio; QUINTELLA, Felipe – **Curso didático de Direito Civil**. 6.^a ed. São Paulo: Atlas, 2017. ISBN 978-85-97-00962-0.

DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**. 3.^a ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2011. ISBN 978-8578272517.

ESTEVES, Julio César dos Santos – **Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. ISBN 87-7308-637-8.

FALCÃO, Paula Margarida Tavares – **Sistema de fiscalização concreta da Constitucionalidade em Portugal**. Lisboa, 2013. Dissertação de Mestrado Jurídico Forense – Área Civil e Penal, apresentada à Universidade Católica Portuguesa. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15245/1/201246376.pdf>. [Consult. 30 abr. 2018].

FAGGION, Amanda Vieira; SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugênio – A responsabilidade civil do Estado-Legislator e eventual enquadramento do parlamentar em improbidade administrativa. *In Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*: Anais, out/2021, p. 68-89. ISSN 2358-1557.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. 9.^a ed. Salvador: Jus PODIVM, 2017. ISBN 978-85-442-1428-2.

GABINETE DE JUÍZES ASSESSORES DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ASSESSORIA CÍVEL – **Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa: Sumários de Acórdãos de 1996 a Outubro de 2014**. [Em linha]. [s.d.]. Disponível em <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2024/02/responsabilidadecivilextracontratualdoestado1996-2014.pdf>. [Consult. 29 set. 2024].

GOMES, Carla Amado; RAIMUNDO, Miguel Assis – **Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2012. ISBN 978-989-97834-3-0.

GOMES, Carla Amado; SERRÃO, Tiago – **Responsabilidade extracontratual das Entidades Públicas**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2013. ISBN 978-989-97834-6-1.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21664-8.

GRIS, Anna Christina; DAL RI, Luciene – A função do Direito e do pós-positivismo jurídico. **Revista Direito em Debate**. Vol. 27, n.º 49 (2018), p. 3-24. ISSN:2176-6622.

HELENE, Helio – **Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-10295-8.

JUSTEN FILHO, Marçal – **Curso de Direito Administrativo**. 12.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6930-2.

KANT, Immanuel – **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições70, LDA. 978-972-44-1439-3.

KELSEN, Hans – **Teoria pura do Direito**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. ISBN 85-203-2331-6.

KELSEN, Hans – **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martini Pontes, 2003. ISBN 336-1473-X

KIM, Richard Pae – **Pós-positivismo e alguns paradoxos sobre a interpretação constitucional: interpretação constitucional no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. ISBN 978-85-8191-065-9.

LEI n.º 28, de 15 de novembro de 1982. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/28-1982-377508>. [Consult. 29 set. 2024].

LEI n.º 67, de 31 de dezembro de 2007. [Em linha]. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/67-2007-628004>. [Consult. 29 set. 2024].

LEI n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <https://www.gov.br/conarq/pt-br/legislacao-arquivistica/leis-e-decretos-leis/lei-no-13-105-de-16-de-marco-de-2015>. [Consult. 29 set. 2024].

LEITÃO, Luís Manoel Teles de Menezes – **Direito das Obrigações**. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISSN 978-9724060200.

LEITE, George Salomão – **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. Brasília, DF: Senado Federal, Conselho Editorial, 2020. ISBN 978-65-5676-006-3.

LENZA, Pedro – **Direito constitucional esquematizado**. 23.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN 9788553606504

LEONG, Hong Cheng – Da construção de um novo paradigma de culpa do legislador e o correspondente critério de juízo: uma problematização no âmbito da responsabilidade civil

extracontratual do Estado decorrente do exercício da função político-legislativa. **Revista e-Pública**. Vol. 4, n.º 2 (2017), p. 291-325. ISSN 2183-184x.

LIMA, Dandara Miranda Teixeira de – O aparente embate entre positivismo e pós-positivismo no Brasil: uma análise da decisão sobre a união homoafetiva. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**. Vol. 3, n.º 1 (jan/jun. 2017), p. 1-21. ISSN:2525-9644.

LIMA, Elise Gasparotto de – Responsabilidade civil do estado por atos legislativos [Em linha]. **Unopar Científica: Ciências jurídicas e Empresariais**. Vol. 7, n. 1 (mar. 2006), p. 99-106. Disponível em <http://www13.unopar.br/unopar/pesquisa/getArtigo.action?arquivo=00000559>. [Consult. 23 novembro. 2022].

LUVIZOTTO, Juliana Cristina – **Responsabilidade civil do Estado Legislador**. São Paulo: Almedina, 2015. ISBN 978-858-49-3033-3.

MAGALHÃES, W – **O controle difuso de constitucionalidade em Portugal**. [Em linha]. (2016). Disponível em <http://www.judicialdialogue.com.br/noticia-1504290669-o-controle-difuso-de-constitucionalidade-em-portugal>. [Consult. 09 mai. 2018].

MALUF, Sahid – **Teoria geral do Estado**. 35.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN 9788553610013.

MAQUIAVEL, Nicolau – **O príncipe**. São Paulo: Edipro, 2019. ISBN 978-85-521-0056-0.

MARMELSTEIN, George – **Curso de Direitos Fundamentais**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-5595-9.

MARTINS, Flávio – **Curso de Direito Constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. ISBN 9786553620575.

MAZZA, Alexandre – **Manual de direito administrativo**. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN 9788553605651.

MEDEIROS, Rui – **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992. ISBN 9724006603.

MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. 42.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016. ISBN 978-85-392-0319-2.

MELO, Celso Antonio Bandeira – **Curso de Direito Administrativo**. 11.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019. ISBN 978-8530988739.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 12.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1681-8.

MENEZES, Paulo de Tarso Duarte – A fiscalização de constitucionalidade em Portugal: as peculiaridades do controle difuso. [Em linha]. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. N.º 12 (2019), p. 265-286. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/217/200>. [Consult. 04 jun. 2024].

MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV**. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972-32-0935-7.

MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional. Tomo VI**. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 972320419.

MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional. Tomo VII**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1513-7.

MIRANDA, Jorge – Responsabilidade Civil do Estado, a Constituição e a Lei nº 67/2007 (Portugal). [Em linha]. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. N.º 36 (2009), p. 13-27. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/36/revista36%20\(3\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/36/revista36%20(3).pdf). [Consult. 04 jun. 2024].

MIRANDA, Jorge – **Responsabilidade do Estado pelo exercício da função legislativa-breve síntese: responsabilidade civil extracontratual do Estado: trabalhos preparatórios da reforma**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN 9789723211313.

MIRANDA, Jorge – **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. ISBN 978-8530979881.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat – **Do espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret. ISBN 857232-460-7.

MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 33.^a ed. São Paulo: Atlas, 2017. ISBN 978-85-97-01129-6.

MOREIRA, Lucas Silva – **A responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa nos sistemas brasileiro e português**. Coimbra, 2014. Dissertação Mestrado em Direito, apresentada à Universidade de Coimbra (polic.^a).

MOREIRA, Vital – O Tribunal Constitucional Português: a “Fiscalização Concreta” no quadro de um sistema misto de justiça constitucional. [Em linha]. **Direito Público**. Nº 3 (jan-fev-mar/2004), p. 62-88. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1388/856>. [Consult. 04 jun. 2024].

MOTA, Maurício – A responsabilidade civil do Estado pelos danos causados por leis inconstitucionais. [Em linha]. **Empório do Direito**. (11-10-2017). Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-civil-do-estado-pelos-danos-causados-por-leis-inconstitucionais-por-mauricio-mota>. [Consult. 19 abr. 2018].

MOTA, Maurício Jorge Pereira da – **Responsabilidade civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. ISBN: 8573870133

MOTTA, Sylvio – **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 27.^a ed. São Paulo: Método, 2018. ISBN 978-85-309-7875-4

MOURA, Bruno – A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades publicas no exercício da função administrativa: uma breve análise do regime Português. **Scientia Iuris**. Vol. 18, n.º 2 (dez. 2014), p. 125-144. ISSN: 2178-8189.

MUNGUBA, Filipe Ferreira – Controle concreto de constitucionalidade em Portugal. [Em linha]. **Conteúdo Jurídico**. (12-04-2016). Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/46384/controle-concreto-de-constitucionalidade-em-portugal>. [Consult. 12 abr. 2018].

NADER, Paulo – **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis – **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-2845-3.

NOVAIS, Jorge Reis – **Sistema português de fiscalização de Constitucionalidade**. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-972-629-100-8.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves – **Curso de direito constitucional**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN 9788553611423.

OLIVEIRA, Heloisa – **Jurisprudência comunitária e regime jurídico da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas: influência, omissão e desconformidade**. [Em linha]. [s.d.]. Disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/645-963.pdf>. [Consult. 15 Jan. 2022].

OLIVEIRA, Márcio Luís de – **A Constituição juridicamente adequada**. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013. ISBN 978-85-62741-44-9.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende – **Curso de Direito Administrativo**. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7497-8.

OSÓRIO, Alcides Daniel Guimarães – **A responsabilidade civil extracontratual da administração por violação do Direito da União Europeia: responsabilidade por facto ilícito**. [Em linha]. Porto, 2012. Dissertação de mestrado em Direito - Ciências Jurídico-Administrativas, apresentada à Universidade do Porto (polic.^a). Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66113/2/24699.pdf>. [Consult. 15 Jan. 2022].

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. ISBN 978-972-629-089-6. p. 23-34.

OTERO, Paulo – **Manual de Direito Administrativo. Vol. 1**. Almedina: Lisboa, 2016. ISBN 978-97-240-5388-2.

OTERO, Paulo – **O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência**. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 9789726290896.

PADILHA, Rodrigo – **Direito Constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: Método, 2020. ISBN 978-85-309-8830-2

PEDRO, Ricardo Lopes Dinis – **Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça, conceito e âmbito**. Lisboa, 2015. Dissertação para Doutoramento em Direito Público, apresentada à Universidade Nova de Lisboa (polic.^a).

PEREIRA, Caio Mario da Silva – **Responsabilidade Civil**. 12.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-8031-3.

PEREIRA, Diego Gustavo – Responsabilidade Civil do Estado pela Edição de Norma Inconstitucional. *In* GERCHEVSKI NETO, Conrado (org.) – A academia da magistratura: profusão jurídico científica. [Em linha]. Curitiba: Corregedoria-Geral da Justiça Poder Judiciário do Estado do Paraná, 2018. Disponível em <https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/11188715/ACADEMIA+DA+MAGISTRATURA+-PRODU%C3%87%C3%83O+JUR%C3%8DDICO+CIENT%C3%8DFICA+-+2+ED/86d3187e-feff-8f03-a72e-f9381cbe89af>. [Consult. 15 Fev. 2021].

PIRES, Alex Sander Xavier; TRINDADE, Carla Dolezel; AZNAR FILHO, Simão – **Constitucionalismo Luso- Brasileiro: leitura normativa no âmbito do domínio da lei e da humanização das relações**. Rio de Janeiro: Instituto Universitário, 2017. ISBN978-85-909488-4-1.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva – **Estrutura e aplicabilidade das normas constitucionais de Direitos Sociais**. [Em linha]. (2008). Disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/627-944.pdf>. [Consult. 15 Jan. 2022].

RESOLUÇÃO n.º 17, de 1989. Regimento Interno da Câmara dos Deputados [Em linha]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/colecoes/informes/Integras/RI2005.pdf>. [Consult. 29 set. 2024].

ROSA, Mateus Ferreira – A responsabilidade civil do Estado decorrente da edição de lei, a (im)prescindibilidade do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e os direitos fundamentais. [Em linha]. **Conteúdo Jurídico**. (07/03/2014). Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-civil-do-estado-decorrente-da-edicao-de-lei-a-imprescindibilidade-do-controle-de-constituci,47266.html>. [Consult. 19 abr. 2018].

ROLO, Nuno Cunha – A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso da constitucionalidade em direito comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s). [Em linha]. **Galileu. Revista de Economia e Direito**. Vol. IV, n.º 1 (1999), p. 48. Disponível em <http://www.verbojuridico.net/doutrina/constitucional/fiscalizacaoconcreta.html>. [Consult. 19 abr. 2018].

SANTOS, Eliana Bueno de Miranda – **Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos**. São Paulo: SRS Editora, 2008. ISBN 978-85-98030-54-8.

SARLET, Ingo Wolfgang – Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. **Revista da Faculdade de Direito**. Vol. 41, n.º 2 (2020), p. 15-46. Disponível em <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/1274>. [Consult. 19 abr. 2018].

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 9788547216429.

SARMENTO, Daniel – O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. [Em linha]. **Forum**. [s.d.]. Disponível em https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. [Consult. 19 abr. 2018].

SENADO FEDERAL – **Resolução n.º 93, de 1970: Regimento Interno. Vol.I**. [Em linha]. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao/regimento-interno>. [Consult. 29 set. 2024].

SILVA, José Afonso da – **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8.^a ed. São Paulo. Malheiros, 2012. ISBN 978-8539201426

SILVA, Luís Virgílio Afonso da – O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. [Em linha]. **Revista de Direito do Estado**. Vol. 1, n.º 4 (out./dez., 2006), p. 23-51. Disponível em https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. [Consult. 29 set. 2024].

SILVA, Jorge Pereira da – Responsabilidade civil por dano decorrente da função político-legislativa. *In* COMENTÁRIO ao regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013. ISBN 9789725403846.

SILVA JUNIOR, Arnaldo – **A limitação da responsabilidade administrativa dos Agentes Públicos**. Belo Horizonte: Arraes Editores LTDA, 2018. ISBN 978-85-8238-417-6.

SILVEIRA, João Thiago – A reforma da responsabilidade civil extracontratual do Estado. [Em linha]. **Revista Jurídica** 26. Disponível em https://www.mlgtis.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigos/2012/A_Reforma_da_Responsabilidade_Civil_Extracontratual_do_Estado_-_Revista_Juridica_AAFDL_n_o_26.pdf. [Consult. 19 abr. 2018].

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel – **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. ISBN 978-85-7700-627-4.

STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição constitucional**. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-7948-5.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1480, de 04 de setembro de 1997**. [em linha]. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14819932>. [Consult. 29 set. 2024].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, de 22 de julho de 2009**. [Em linha]. Relator: Ayres Britto. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. [Consult. 29 set. 2024].

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Acórdão 08B2421, de 31 de março de 2009**. [Em linha]. Relator: Serra Baptista. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e9003d5f790805a38025758c00364893?OpenDocument>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Acórdão 142/09.7TTCSC.L1.S1, de 19 de abril de 2012**. [Em linha]. Relator: Fernandes da Silva. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/B2567B97D1F9734D802579E6004A6AFC>. [Consult. 29 set. 2024].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Agravo Regimental na Reclamação 2.600-1SE, de 14 de setembro de 2006**. Relator: Cezar Peluso. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474618>. [Consult. 29 set. 2024].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, de 27 de fevereiro de 2008**. [Em linha]. Relator: Ayres Britto. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. [Consult. 29 set. 2024].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Habeas Corpus 84539, de 16 de dezembro de 2004.** [Em linha]. Relator: Ayres Britto. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2229206>. [Consult. 29 set. 2024].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Habeas Corpus 86875RS, de 18 de abril de 2006.** [Em linha]. Relator: Cezar Peluso. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2327974>. [Consult. 29 set. 2024].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário 130.764, de 12 de maio de 1992.** [Em linha]. Relator: Ilmar Galvão. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/751060>. [Consult. 29 set. 2024].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário 136.247 RJ, 20 de junho de 2000.** [Em linha]. Relator: Sepúlveda Pertence. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207937>. [Consult. 29 set. 2024].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário 358.875-AgR, de 23 de outubro de 2007.** [Em linha]. Relator: Celso de Mello. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2061305>. [Consult. 29 set. 2024].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário com Agravo 868.610PB 868.610, de 26 de maio de 2015.** Relator: Dias Toffoli. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8831973>. [Consult. 29 set. 2024].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário com Agravo 956.285AgR/CE, 09 de agosto de 2016.** Relator: Luiz Edson Fachin. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11544603>. [Consult. 29 set. 2024].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário 1.027.633, 21 de fevereiro de 2017.** [Em linha]. Relator: Marco Aurélio. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=513>

6782&numeroProcesso=1027633&classeProcesso=RE&numeroTema=940. [Consult. 29 set. 2024].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Súmula 282, de 13 de dezembro de 1963**. [Em linha]. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2496#:~:text=%C3%89%20inadmiss%C3%ADvel%20o%20recurso%20extraordin%C3%A1rio,recorrida%2C%20a%20quest%C3%A3o%20federal%20suscitada>. [Consult. 29 set. 2024].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Súmula 356, de 13 de dezembro de 1963**. [Em linha]. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2648>. [Consult. 29 set. 2024].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Súmula 473, de 10 de dezembro de 1969**. [Em linha]. Relator: Dias Toffoli. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602#:~:text=A%20administra%C3%A7%C3%A3o%20pode%20anular%20seus,os%20casos%2C%20a%20aprecia%C3%A7%C3%A3o%20judicial>. [Consult. 29 set. 2024].

TARTUCE, Flavio – **Manual de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-8220-1.

TAVARES, André Ramos – **Curso de direito constitucional**. 18.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. ISBN 9788553616404.

TEPEDINO, Gustavo – **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. ISBN 978-85-309-9244-6.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão n.º 26, de 26 de abril de 1985**. [Em linha]. Relator: Cardoso da Costa. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850026.html?impressao=1>. [Consult. 29 set. 2024].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão n.º 156, de 29 de junho de 1988.** [Em linha]. Relator: Mário de Brito. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880156.html?impressao=1>. [Consult. 29 set. 2024].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão n.º 172, de 10 de fevereiro de 1993.** [Em linha]. Relator: Luís Nunes de Almeida. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930172.html>. [Consult. 29 set. 2024].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão n.º 472, de 22 de setembro de 1989.** [Em linha]. Relator: Martins da Fonseca. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890472.html>. [Consult. 29 set. 2024].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão n.º 659, de 22 de novembro de 1995.** [Em linha]. Relator: Ribeiro Mendes. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950659.html>. [Consult. 29 set. 2024].

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA – **Acórdão 1112/12.3TBVNO-A.C1, de 10 de dezembro de 2013.** [Em linha]. Relator: Regina Rosa. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/46111b0b3b281f4980257c5800435e17?OpenDocument>. [Consult. 29 set. 2024].

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA – **Acórdão de Brasserie du pêcheur c. Alemanha/Factortame, de 05 de março de 1996.** [Em linha]. Relator: Gil Carlos Rodríguez Iglesias. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:c282fcda-29a2-4ba5-99a6-da45b05cb305.0009.03/DOC_1&format=PDF. [Consult. 29 set. 2024].

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA – **Acórdão de Francovich, de 19 de novembro de 1991.** [Em linha]. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:7a76ea3f-a919-475c-8cbe-29e0b260ebc4.0009.03/DOC_1&format=PDF. [Consult. 29 set. 2024].

URBANO, Maria Benedita – **Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6194-8.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo – Aplicabilidade da teoria do desvio de poder no controle da constitucionalidade de atos legislativos: contornos, limites e superação pela teoria dos princípios. **Revista Informação Legislativa**. N.º 182 (abril./jun. 2009), p.177-210. ISSN 0034-835X

VENOSA, Silvio de Salvo – **Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17.^a ed. São Paulo: Atlas, 2017. ISBN 978-85-97-00974-3.

VERBICARO, Loiane Prado; RIBEIRO, Flávia Góes Costa – A renovação do positivismo jurídico sob a perspectiva de sua versão inclusiva. **Revista Jurídica Cesumar**. Vol. 17, n.º 2 (mai./ago., 2017), p. 401-429. ISSN 1677-6402.