
A&C

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

 **Editora Fórum**

ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 11	n. 45	p. 1-258	jul./set. 2011
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Bibliotecários: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral	Secretário Editorial Executivo
Romeu Felipe Bacellar Filho	Daniel Wunder Hachem
Diretor Editorial	Conselho Diretivo
Paulo Roberto Ferreira Motta	Adriana da Costa Ricardo Schier
Editora Acadêmica Responsável	Edgar Chiuratto Guimarães
Ana Cláudia Finger	Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Odilon Borges Junior (UFES)
Eros Roberto Grau (USP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)	Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	Sérgio Ferraz (PUC-Rio)
Juarez Freitas (UFRGS)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)	Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG)	Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil)	Prof. Dr. Michele Carducci (Università del Salento – Itália)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR)	Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUCPR)	Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG)	Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba)	Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP)	Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá)

A evolução da responsabilidade do Estado por atos legislativos na França e na Itália sob a influência do Direito Comunitário*

Sandy Salvaneschi Cassan-Barnel

Doutoranda em Direito Público na Université du Sud Toulon-Var e membro do Centre de Droit et de Politique Comparé Jean-Claude Escarras.

Resumo: O ensaio pretende realizar uma análise comparativa da evolução da responsabilidade do Estado decorrente de atos legislativos, sob a ótica da jurisprudência, levando em consideração os ordenamentos jurídicos francês e italiano e assinalando as repercussões do Direito Comunitário Europeu nas jurisdições nacionais da França e da Itália.

Palavras-chave: Responsabilidade do Estado. Atos legislativos. Direito Comunitário. Direito francês. Direito italiano.

Sumário: 1 Introdução – 2 A renovação da noção de responsabilidade estatal diante do reconhecimento do valor imperativo do Direito Comunitário, fonte de proteção ampliada para o particular – 2.1 Um impulso deflagrado pela Corte de Justiça das Comunidades Europeias – 2.2 Os Estados obrigados a se adaptar à transformação do princípio – 3 A evolução da noção em direção a uma axiomática responsabilidade por falta – 3.1 A prudência do Direito Comunitário na qualificação da responsabilidade por falta – 3.2 As jurisdições nacionais e a consideração da falta: da reticência inicial à evolução tranquila

1 Introdução

Há vinte anos, o estudo da responsabilidade do Estado por atos legislativos renderia ensejo a uma análise lacônica. Aos raros casos de responsabilidade do Estado por atos legislativos seria então oposto o princípio da soberania do Parlamento.

Um século mais cedo, no entanto, era o próprio reconhecimento da responsabilidade do Poder Público que aparecia como uma inovação.

* Artigo traduzido da língua francesa para a língua portuguesa por Daniel Wunder Hachem (Doutorando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito do Estado e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Administrativo e Direito Constitucional do Curso de Graduação em Direito da UniBrasil. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro fundador e Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Secretário Editorial Executivo da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Advogado militante). Os trechos situados entre aspas representam transcrições de decisões jurisprudenciais efetuadas pela autora, razão pela qual a redação original foi reproduzida em notas de rodapé.

Assim, até o fim do século XIX, em virtude do princípio “the king can not do wrong”, transformado posteriormente em “la loi ne peut mal faire”, não se podia admitir que o Poder Público devesse responder por seus atos, e isso apesar da existência, na França, do artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A Sociedade tem o direito de pedir contas a todo o agente público por sua administração”.

Foi igualmente durante o século XIX que se deu o advento do Estado liberal, de sorte que o reconhecimento da responsabilidade do Estado não podia então se revelar em um contexto pouco propício ao intervencionismo estatal.

Na França, como na Itália, foi no fim desse século que se aceitou a ideia de que poderia ser reconhecida uma responsabilidade do Poder Público. Desde 1865, na Itália, aplica-se uma responsabilidade direta da Administração de maneira jurisprudencial, ao passo que em 1873, na França, o aresto “Blanc ” foi proferido pelo Tribunal de Conflitos, que afirmou que “a responsabilidade que pode incumbir ao Estado por fato de agentes que ele emprega no serviço público não é nem geral nem absoluta”.¹

Porém, foi no século XXI, quando da passagem do Estado liberal ao Estado providência, que a responsabilidade do Poder Público encontrou um real impulso. A Constituição italiana reflete essa revolução jurídica. Com efeito, seu artigo 28 prevê que “os funcionários e os agentes do Estado e das entidades públicas são diretamente responsáveis, conforme as leis penais, civis e administrativas, pelos atos praticados em violação de direitos. Nesses casos, a responsabilidade civil se estende ao Estado e às entidades públicas”.

Entretanto, em que pese o fato de ter-se tornado possível deflagrar a responsabilidade do Poder Público quando um órgão do Estado desse origem ao prejuízo causado a um cidadão, se o legislador fosse ele próprio a fonte do prejuízo, a responsabilidade do Poder Público não podia ser invocada. Essa exclusão tinha origem no regime particular de que dispõe a lei. Em sentido bem amplo, entende-se por “lei” um conjunto de regras obrigatórias estabelecidas pela autoridade de uma sociedade e sancionada pela força pública.

¹ Tribunal des Conflits, 8 février 1873, “Blanc ”. In: BRAIBANT, G.; DELVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B. et al. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. 15^e éd. Paris: Dalloz, 2005. p. 1.

Desde 1789, o artigo 6 da Declaração dos direitos do Homem e do cidadão, passou-se a denominar “lei” como a decisão do povo ou de seus representantes, uma vez que ela é “expressão da vontade geral”.

Como a lei era a emanção de uma Nação soberana, que exprimia sua vontade através de um órgão, o Parlamento, os atos desse órgão tornavam-se também soberanos e nenhum poder, nenhum ato lhes sendo superior, submetê-los a um controle era improvável.

Esse conceito, a partir da Revolução Francesa, que fazia do Parlamento o representante da soberania nacional e, da lei, a expressão da vontade geral, manifestou-se de maneira exacerbada, durante a terceira e quarta Repúblicas. Apesar da existência de uma Constituição, teoricamente superior à lei, o apagamento do Poder Executivo manifestou um pouco mais os perigos que podem aparecer quando a separação dos poderes é desequilibrada em favor de apenas um desses poderes, no caso, o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, por não encontrar qualquer limite político, não se encontrava confrontado a nenhum limite jurídico.

Após as andanças dos Paramentos da terceira e quarta Repúblicas, uma vez que se admitiu que a lei poderia “fazer mal”, o controle da lei tornou-se possível. Também não é trivial notar que quando, pela primeira vez, a jurisdição administrativa aceitou que um particular fosse indenizado pelos danos causados por uma lei, o fim da terceira República estava próximo, e a perda de confiança do povo em relação ao Parlamento era significativa.

Na Itália, ao contrário, após a segunda guerra mundial e após vinte anos de ditadura, os Constituintes italianos preocuparam-se mais em reforçar os poderes do Parlamento do que aqueles do governo, e de impor ao mesmo tempo, em numerosas matérias, a necessidade de uma regulamentação pela via legislativa.

Todavia, para evitar recair nas armadilhas da ditadura, a Itália se dotou de uma Corte Constitucional,² como o fez alguns anos mais tarde a França, para proteger o Executivo das invasões do Parlamento. A lei não era mais a norma suprema: ela devia então exprimir a vontade geral respeitando a Constituição.³

² Artigos 134 a 137 da Constituição italiana de 27 de dezembro de 1947, G.U. n° 98, 27 de dezembro de 1947.

³ Conseil constitutionnel, Décision n° 85/197 DC du 23 août 1985, “Loi sur l’évolution de la Nouvelle-Calédonie”, Rec., p. 70.

O controle de constitucionalidade das leis permite tornar efetivo o respeito à Constituição. Sua existência nas Repúblicas francesas precedentes teria evitado os excessos que elas conheceram.

A Constituição, enquanto elemento indispensável ao Estado de Direito, é um pré-requisito à edição da lei e a condiciona tanto em sua forma quanto em seu conteúdo.⁴ Sem hierarquização precisa das normas e a existência de órgãos competentes para controlar o respeito de uma norma em relação às que lhe são superiores, o Estado de Direito não pode ser garantido.

De fato, o controle da lei é um elemento essencial à perenidade do Estado de Direito. Entende-se por Estado de Direito, tradicionalmente, e de acordo com os escritos de Hans Kelsen, um sistema institucional no qual o Poder Público está submetido ao Direito. Mas, ainda assim, um Estado no qual as normas jurídicas são hierarquizadas de tal forma que seu poder se encontra limitado.

Entretanto, o poder estatal deve se encontrar limitado pelos direitos conferidos aos cidadãos que compõem o Estado. A Constituição confere aos cidadãos direitos e liberdades, permitindo-lhes a proteção contra as ingerências estatais. Contudo, é necessário que o órgão constitucional encarregado de garantir o respeito à Constituição seja também capaz de tornar efetiva a tutela desses direitos.

A Constituição italiana prevê em seu próprio corpo uma enumeração de direitos e princípios fundamentais que devem ser objeto de uma proteção efetiva pela jurisdição constitucional; no entanto, o mesmo não ocorre na França. A Constituição francesa foi inicialmente formulada com o propósito de garantir a separação de poderes tendo em vista os eventos que as Repúblicas francesas haviam experimentado anteriormente.

Somente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 e o Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946 continham disposições relativas à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Como essas disposições não estavam contidas no próprio texto da Constituição de 1958, o Conselho Constitucional não fazia a sua aplicação.

Era, contudo, importante que os particulares se encontrassem protegidos face à intervenção do Poder Público pela via legislativa.

⁴ MATHIEU, B. La loi. Paris: Dalloz, 1996. p. 31.

Nesse sentido, o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamava: "A sociedade na qual a garantia dos direitos não seja assegurada, nem a separação de poderes determinada, não possui constituição".⁵

A reflexão do órgão constitucional sobre o tema levou-o a adotar uma decisão criadora,⁶ uma vez que nada nos trabalhos preparatórios da assembleia constituinte lhe permitia pensar que um controle de constitucionalidade das leis em relação às disposições estabelecidas nos textos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e no Preâmbulo da Constituição de 1946 pudesse ser considerado.

Foi reportando-se ao Preâmbulo da atual Constituição, que se refere a esses textos, que o Conselho Constitucional pôde lhes reconhecer um pleno valor constitucional.

Admitir que uma lei pudesse ser controlada, a partir do momento em que a responsabilidade do Poder Público foi aceita, permitia considerar que o particular lesado por essa lei pudesse ser indenizado.

Na França, após o aresto "Duchâtelier",⁷ o Conselho de Estado emitiu uma viva oposição ao princípio de reparação de danos causados por uma lei.

Porém, em uma época em que a soberania da lei era um princípio absoluto, enquanto o controle de constitucionalidade não passava ainda de um princípio evocado apenas pela doutrina, o Conselho de Estado francês, surpreendendo todos os seus homólogos europeus, permitiu que um particular fosse indenizado pelo dano que lhe houvesse sido causado por uma lei.

Foi por meio de uma construção jurisprudencial deveras hábil que a jurisdição administrativa pôde, sem violar o princípio de soberania do legislador, fazer emergir a possibilidade de o particular ser indenizado.

A lei de 29 de junho de 1934, relativa à proteção dos produtos lácteos, proibia a fabricação de todos os produtos suscetíveis de substituir o creme natural do leite. Sob o manto de uma medida geral e impessoal, o texto dirigia-se implicitamente, mas diretamente, à sociedade La Fleurette, que produzia um substitutivo de creme e que deveria, em consequência dessa lei, cessar sua atividade.

⁵ No original: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminées, n'a point de Constitution".

⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 71/144, DC du 16 juillet 1971, "Liberté d'association", Rec., p. 29.

⁷ Conseil d'Etat, 11 janvier 1838, "Duchâtelier", Rec. p. 15.

O Conselho de Estado, baseando-se no silêncio do legislador, sem fazer qualquer referência à validade da lei, pôde aceitar a reparação do prejuízo sofrido.

Ele considerou, assim, que “nada, nem no texto da lei ou em seus trabalhos preparatórios, nem no conjunto das circunstâncias do caso, permite pensar que o legislador entendeu que o interessado deveria suportar uma carga que não lhe incumbe normalmente; essa carga, criada em vistas do interesse geral, deve ser suportada pela coletividade”⁸.

Mesmo que essa jurisprudência tenha encontrado depois apenas um eco limitado, dois elementos permitem pensar em uma renovação de tal posicionamento: o lugar cada vez mais importante que ocupa o controle de constitucionalidade das leis na França e na Itália, e a primazia do Direito Comunitário. O exemplo da Itália no que concerne a essa evolução é marcante.

Na Itália, a responsabilidade do Estado por atos legislativos só passou a ser invocada após a intervenção da jurisprudência da Corte de Justiça das Comunidades Europeias.

A Corte de Justiça, afirmando que os Estados membros da Comunidade Europeia eram responsáveis pelos atos praticados em violação do Direito Comunitário, e isso, mesmo se os atos tivessem sido praticados pelo legislador, fez, de modo significativo, evoluir o estado da jurisprudência nacional.

Nesse sentido, põe-se a questão de saber como o Direito Comunitário incitou as jurisdições nacionais a renovar a jurisprudência da responsabilidade estatal por atos legislativos.

Ao reconhecerem o Direito Comunitário como nova fonte do direito e ao aceitarem seu valor imperativo, os Estados francês e italiano abriram as portas à evolução da noção (item 2). Esse movimento permitiu revelar um novo fundamento da responsabilidade por atos legislativos, mas, igualmente, uma nova forma, uma vez que, a partir de então, é possível falar-se em responsabilidade por falta (item 3).

⁸ No original: “rien, ni dans le texte de la loi ou de ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressé une charge qui ne lui incombe normalement pas; cette charge, créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité”.

2 A renovação da noção de responsabilidade estatal diante do reconhecimento do valor imperativo do Direito Comunitário, fonte de proteção ampliada para o particular

Ao aceitarem submeter-se ao Direito decorrente dos tratados comunitários, os Estados-membros concordaram igualmente em respeitar a jurisprudência da Corte de Justiça das Comunidades Europeias. A partir de então, como a jurisprudência da Corte se orientou no sentido do reconhecimento da responsabilidade dos Estados-membros em casos de violação ao Direito Comunitário (subitem 2.1), os Estados foram compelidos a se submeter a ela (subitem 2.2).

2.1 Um impulso deflagrado pela Corte de Justiça das Comunidades Europeias

Em 1960, pela primeira vez, a Corte de Justiça das Comunidades Europeias teve a ocasião de invocar uma responsabilidade do Estado derivada de uma violação ao Direito Comunitário.⁹ A Corte afirmava expressamente que os Estados-membros podiam ser responsáveis pelo seu desrespeito; mas, nunca antes, tal parâmetro havia sido evocado.

A Corte de Justiça chegava mesmo a estender essa responsabilidade aos atos legislativos dos Estados, fundamentando a obrigação de reparação no artigo 86 do Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C.E.C.A.),¹⁰ equivalente ao artigo 5 do Tratado da Comunidade Europeia, estabelecendo a obrigação de cooperação leal por parte dos Estados-membros.

No aresto “Russo”,¹¹ em especial, a Corte de Justiça afirmou que, “quando tal prejuízo for causado pela violação do Direito Comunitário, incumbe ao Estado assumir, em relação ao lesado, as consequências sob as disposições do direito nacional relativas à responsabilidade do Estado”.¹²

É, todavia, no julgado “Francovich”¹³ que a Corte de Justiça, pela primeira vez, enuncia claramente, por ocasião de um caso de não transposição de uma diretiva no prazo fixado, o princípio da responsabilidade

⁹ CJCE, 16 décembre 1960, affaire 6/60, “Humblet”, Rec., p. 1125.

¹⁰ Communauté européenne du charbon et de l’acier.

¹¹ CJCE, 22 janvier 1976, affaire 60/75, “Russo”, Rec., p. 45.

¹² No original: “dans le cas où un tel préjudice aurait été causé par le fait d’une violation du droit communautaire, il incomberait à l’Etat d’en assumer, à l’égard de la personne lésée, les conséquences dans le cadre des dispositions du droit national relatives à la responsabilité de l’Etat”.

¹³ CJCE, 19 novembre 1991, affaire C 6/90 et C 9/90, “Francovich”, Rec., p. I-5357.

do Poder Público nacional por violação do Direito Comunitário, como consequência da especificidade da ordem jurídica comunitária.

Assim a Corte foi conduzida a afirmar explicitamente que: “A plena eficácia das normas comunitárias seria posta em xeque e a proteção dos direitos que elas reconhecem seria enfraquecida se os particulares não tivessem a possibilidade de obter reparação quando seus direitos são lesados por uma violação do Direito Comunitário imputável a um Estado-membro”.¹⁴ Ademais, “a obrigação, pelos Estados-membros, de reparar esses danos encontra igualmente seu fundamento no artigo 5 do tratado, em virtude do qual os Estados-membros são obrigados a tomar todas as medidas gerais ou particulares próprias a garantir a execução das obrigações que lhes incumbe em virtude do Direito Comunitário. E, entre essas obrigações, encontra-se a de eliminar as consequências ilícitas de uma violação do Direito Comunitário”.¹⁵ Ele conclui pelo fato de que “resulta de tudo o que foi dito que o Direito Comunitário impõe o princípio segundo o qual os Estados-membros são obrigados a reparar os danos causados aos particulares pelas violações do Direito Comunitário que lhes são imputáveis”.¹⁶

A Corte estabeleceu três condições para a implementação dessa responsabilidade: “A primeira condição é que o resultado prescrito pela diretiva implica a atribuição de direitos aos indivíduos. A segunda condição é que o conteúdo desses direitos pode ser identificado com base nas disposições da diretiva. A terceira condição é a existência de um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o dano sofrido pelas pessoas lesadas”.¹⁷

Entretanto, mesmo que o Tribunal reconheça o princípio geral da responsabilidade do Estado, ele apenas traça as condições aplicáveis

¹⁴ No original: “La pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu’elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n’avaient pas la possibilité d’obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un Etat membre”.

¹⁵ No original: “l’obligation, pour les États membres, de réparer ces dommages trouve également son fondement dans l’article 5 du traité, en vertu duquel les États membres sont tenus de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l’exécution des obligations qui leur incombent en vertu du droit communautaire. Or, parmi ces obligations se trouve celle d’effacer les conséquences illicites d’une violation du droit communautaire”.

¹⁶ No original: “Il résulte de tout ce qui précède que le droit communautaire impose le principe selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables”.

¹⁷ No original: “La première de ces conditions est que le résultat prescrit par la directive comporte l’attribution de droits au profit de particuliers. La deuxième condition est que le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive. Enfin, la troisième condition est l’existence d’un lien de causalité entre la violation de l’obligation qui incombe à l’Etat et le dommage subi par les personnes lésées”.

ao caso em espécie, sem extrair consequências globais que possam ser estendidas a todos os casos de mesma natureza.

Ademais, é perante as jurisdições nacionais que essa responsabilidade deveria ser implementada, e, às vezes, essas condições eram definidas em um âmbito de diferentes ordens jurídicas nacionais, de modo que na prática elas podiam tornar impossível a indenização do prejuízo, notadamente levando-se em conta um ato imputável ao legislador.

Foi somente cinco anos mais tarde que a Corte teve a ocasião de precisar esses pontos, e de se pronunciar sobre o caso de uma violação do Direito Comunitário imputável ao legislador nacional.

Em 1996, nos casos apensos “Brasserie du Pêcheur” e “Factortame”, a Corte de Justiça afirma inequivocamente que os Estados-membros são responsáveis pelos atos praticados em violação do Direito Comunitário, mesmo nas hipóteses em que essa violação seja imputável ao legislador nacional.

O advogado-geral Tesouro, em suas conclusões¹⁸ sobre tal caso, sublinha o fato de que, na ordem jurídica internacional, o Estado, cuja responsabilidade seria decorrente da violação de um compromisso desse tipo, é considerado na sua unidade, seja a violação derivada de um prejuízo imputável ao Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário.

Por isso, ele considera que “deve ser assim na ordem jurídica comunitária, de modo que todos os órgãos do Estado, incluindo o Poder Legislativo, devem respeitar, no exercício das suas funções, as normas impostas pelo Direito Comunitário, suscetível de regular diretamente a situação dos particulares”.¹⁹

Mas ele faz também um paralelo interessante com a responsabilidade da Administração: “Na verdade, quando o Legislativo deve, no exercício das suas funções essenciais, respeitar certos limites impostos pelas normas mais elevadas, não há objeção do ponto de vista da teoria geral do Direito à ideia de que o Estado possa ser obrigado a reparar os danos causados por leis que tenham transgredido esses limites. Nestas circunstâncias, a responsabilidade do legislador não está tão afastada nem é tão distinta, no plano conceitual, da responsabilidade da

¹⁸ Avocat général Tesouro, conclusions sur CJCE 5 mars 1996, affaires jointes C-46/93 et C-48/93, “Brasserie du Pêcheur” et “Factortame”, Rec. I, p. 1114.

¹⁹ No original: “il doit en être ainsi dans l'ordre juridique communautaire que toutes les instances de l'Etat, y compris le pouvoir législatif, sont tenus, dans l'accomplissement de leurs tâches, au respect des normes imposées par le droit communautaire et susceptible de régir directement la situation des particuliers”.

Administração decorrente de sua atividade normativa, a qual nos dias de hoje é amplamente admitida”.²⁰

Com efeito, até o século XX, nenhuma norma era superior à lei. Ao contrário, no século XXI, o fato de a lei ser submetida ao respeito de outras normas de nível superior tornou-se a “regra”, estando entre elas as normas comunitárias. Desde então, o legislador detém um papel de execução em relação a essas normas, sendo, portanto, possível considerar, em caso de violação de uma dessas normas, uma responsabilidade de mesma natureza daquela que poderia ser imputada à Administração no caso em que o ato administrativo ilegal tivesse causado um prejuízo.

A Corte de Justiça pôde então admitir que o Estado é responsável pelos danos causados por uma violação do Direito Comunitário atribuível ao legislador: “Deve-se responder aos tribunais nacionais que o princípio segundo o qual os Estados-membros são obrigados a reparar os danos causados aos particulares pela violação do Direito Comunitário que lhes são imputáveis é também aplicável quando a alegada violação é atribuída ao legislador”.²¹

Para justificar a existência de uma responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário cometida pelo legislador, a Corte de Justiça utiliza notadamente como argumento o princípio de uniformidade de aplicação do Direito Comunitário. Ele seria infringido se a obrigação de reparar pudesse depender das regras internas de repartição de competências entre os poderes constitucionais (ponto 33).

É verdade que, de acordo com as conclusões do advogado-geral Léger no caso “Hedley Lomas”, “se bastasse que um Estado-membro praticasse um ato pelo Parlamento para escapar da responsabilidade por uma ação, a definição de um padrão comunitário quanto ao regime dessa ação seria inútil”.²²

²⁰ No original: “En fait, lorsque le législateur est tenu, dans l’accomplissement de ses tâches essentielles, au respect de certaines limites imposées par des normes supérieures, rien ne s’oppose du point de vue de la théorie juridique générale, à ce que l’Etat puisse être tenu de réparer les dommages causés par des lois qui ont transgressé ces limites. Dans ces conditions, la responsabilité du fait du législateur n’est pas très éloignée ni distincte, sur le plan conceptuel, de la responsabilité de l’administration du fait de son activité normative, telle qu’elle est de nos jours largement admise”.

²¹ No original: “Il y a lieu de répondre aux juridictions nationales que le principe selon lequel les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire qui leur sont imputables est applicable lorsque le manquement reproché est attribué au législateur”.

²² Conclusions avocat général Léger pour CJCE 23 mai 1996, affaire C-5/94, “Hedley Lomas”, Recueil I, p. 2566. No original: “s’il suffisait qu’un Etat membre fasse adopter un acte par le parlement pour échapper à une action en responsabilité, la définition d’un standard communautaire quant au régime de cette action serait vaine”.

Entretanto, mesmo que a responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário pelo legislador seja reconhecida, não se pode deixar de notar que a responsabilidade é imputável ao Estado como um todo, e não particularmente ao legislador. Os arestos “Factortame” e “Brasserie du Pêcheur” foram exarados com o propósito de elucidar que o Estado era responsável pelas ofensas ao Direito Comunitário cometidas por todos os seus órgãos, sem exceção. Não foi criado um novo caso de responsabilidade, mas o regime clássico foi esclarecido.

Para tornar efetivos os tratados comunitários e com o objetivo de que eles não sejam somente um meio de cooperação internacional, era necessário admitir que eles pudessem conferir direitos aos particulares.

A Corte de Justiça das Comunidades Europeias²³ teve a ocasião de se pronunciar pela primeira vez em 1963, num julgado de primordial importância que constitui um dos fundamentos da jurisprudência comunitária.

A empresa belga Van Gend en Loos era especializada em transportes transfronteiriços entre, notadamente, a Holanda e a República Federal da Alemanha. Em 1962, ela foi submetida na fronteira holandesa a uma taxa de importação nova de 8%. Fundando-se no artigo 12 do Tratado de Roma,²⁴ que proíbe os direitos aduaneiros, a empresa acionou a jurisdição administrativa holandesa. Mas, para se pronunciar, o Tribunal devia conhecer os beneficiários das disposições dos Tratados. Para fazê-lo, propôs-se perante a Corte de Justiça uma questão prejudicial relativa à necessidade de saber se os jurisdicionados podiam utilizar-se do Tratado para invocar direitos individuais que o juiz nacional deveria salvaguardar.

Foi a oportunidade para a Corte de Justiça afirmar que seu papel, nos termos do artigo 177,²⁵ “confirma que os Estados reconheceram ao

²³ CJCE, 5 février 1963, affaire 26/62, “Van Gend en Loos”, Rec., p. 3.

²⁴ Artigo 25, TCE (ex-artigo 12): “Les droits de douane à l’importation et à l’exportation ou taxes d’effet équivalent sont interdits entre les États membres. Cette interdiction s’applique également aux droits de douane à caractère fiscal”.

²⁵ Artigo 234, TCE (ex-artigo 177):

“La Cour de justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel:

a) sur l’interprétation du présent traité,
b) sur la validité et l’interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté et par la BCE,
c) sur l’interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient.
Lorsqu’une telle question est soulevée devant une juridiction d’un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu’une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question.

Lorsqu’une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d’un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice.”

Direito Comunitário uma autoridade suscetível de ser invocada pelos seus cidadãos perante as jurisdições”.²⁶

Assim, o fato de ter aceitado a competência da Corte de Justiça ao ratificar o Tratado implica para os Estados-membros que eles reconheçam que o Tratado comunitário confere direitos desfrutáveis pelos particulares: “Deve-se concluir a partir deste estado de coisas que a comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, em benefício da qual os Estados limitaram, embora em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos não são apenas os Estados-membros, mas também os seus cidadãos; Que o Direito Comunitário, independente da legislação dos Estados-Membros, da mesma forma que impõe obrigações aos particulares é também destinado a conferir-lhes direitos que ingressam em seu patrimônio jurídico”.²⁷

Esses direitos não nascem apenas de disposições expressas do Tratado que concedem direitos aos particulares, mas igualmente de obrigações que o Tratado impõe aos sujeitos de direito: “Estes surgem não apenas nos casos em que uma atribuição explícita é feita pelo Tratado, mas também por conta de obrigações que o Tratado impõe de uma maneira bem definida tanto aos particulares quando aos Estados-membros e às instituições comunitárias”.²⁸

Na medida em que a Corte havia afirmado que o Direito Comunitário conferia direitos aos particulares, era preciso, em seguida, determinar como estes poderiam ser protegidos e implementados.

A Corte enunciou rapidamente o princípio segundo o qual os direitos atribuídos aos particulares pelo Direito Comunitário devem poder ser objeto de um recurso em direito interno.

Em 1983²⁹ principalmente, a Corte de Justiça esclareceu que os jurisdicionados tinham direito a um controle jurisdicional efetivo. Eles deviam assim poder fazer valer pela via jurisdicional os direitos que eles extraem do Direito Comunitário e toda infração das autoridades

²⁶ No original: “confirme que les Etats ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d’être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions”.

²⁷ No original: “Il faut conclure de cet état des choses que la communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants; Que le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats membres, de même qu’il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique”.

²⁸ No original: “Ceux-ci naissent non seulement lorsqu’une attribution explicite en est faite par le Traité, mais aussi en raison d’obligations que le Traité impose d’une manière bien définie tant aux particuliers qu’aux Etats membres et aux institutions communautaires”.

²⁹ CJCE, 9 novembre 1983, affaire 199/82, “San Giorgio”, Rec., p. 3595.

nacionais devia poder ser sancionada. As exigências procedimentais nacionais não deveriam obstar o exercício de direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária.

O recurso jurisdicional nacional deve, portanto, ser suscetível de atribuir uma proteção eficaz aos particulares. Caso contrário, o Estado em questão poderá ser sancionado.

Esse raciocínio é totalmente conforme ao espírito do Tratado. Ao ratificá-lo, os Estados partes abandonaram uma parte de sua soberania em benefício das Comunidades, e aceitaram as obrigações dele decorrentes. De tais obrigações, nasce a exigência de um controle em relação a essas obrigações. Na verdade, eles devem submeter-se ao controle de suas próprias jurisdições nacionais se eles não as cumprirem.

Assim, o juiz nacional torna-se um ator do sistema comunitário por meio do exame do respeito e da correta aplicação do Direito Comunitário por parte do Estado por ele integrado.

A fim de que a ação do juiz comunitário seja eficaz, a Corte de Justiça proíbe que os aspectos procedimentais do direito nacional imponham obstáculos à proteção conferida aos particulares pelo Direito Comunitário,³⁰ e determina as modalidades de implementação de recursos que permitam a proteção dos direitos dos particulares.

É portanto indispensável que o juiz nacional empreste a sua cooperação ao Direito Comunitário visando a assegurar uma integral proteção dos direitos dos particulares que os Estados tenham violado.

2.2 Os Estados obrigados a se adaptar à transformação do princípio

A análise dos meios jurídicos que permitem conferir uma aplicabilidade direta ao Direito Comunitário em direito interno possibilita compreender como o legislador nacional pode ser responsável por não ter aplicado o Direito Comunitário. É notadamente ao observar de que maneira os dois países — França e Itália — abordaram o problema da inserção do Direito Comunitário no direito interno que é possível conceber suas posições relativas à responsabilidade do legislador por violação do Direito Comunitário.

Nenhum artigo dos Tratados comunitários prevê expressamente a primazia do Direito Comunitário sobre as ordens jurídicas nacionais. Contudo, sem a existência de um tal princípio, a perenidade das

³⁰ CJCE, 16 décembre 1976, affaire 33/76, "Rewe", Rec., p. 1989.

Comunidades seria colocada em xeque, as normas por elas estabelecidas disporiam apenas de um caráter subsidiário, ficando a sua aplicação relegada à discricionariedade dos órgãos estatais. Sem a possibilidade de unificar os ordenamentos nacionais, as missões confiadas à União Europeia quando da ratificação dos Tratados, pela qual os Estados decidiram delegar uma parte de sua soberania, não poderiam ser cumpridas.

É manifestamente a razão pela qual a Corte de Justiça tomou a liderança, ao afirmar ela mesma essa primazia, por ocasião de uma decisão proferida pela Corte Constitucional italiana em 1964, "Costa vs. E.N.E.L.",³¹ que ia de encontro a essa posição.

Fundando-se no artigo 11 da Constituição,³² a Corte afirma o primado da ordem nacional sobre a ordem comunitária ao adotar uma concepção dualista das ordens jurídicas, pela demonstração seguinte: se a violação do Tratado enseja a responsabilidade do Estado no plano internacional, ela não retira a plena eficácia da lei por ela contrariada. Tal fato não impediria, todavia, que o Tratado e a lei que o implementa produzissem seus efeitos. Porém, seria a lei implementadora do Tratado e não o Tratado por si só que encontraria aplicação no direito interno. De acordo com o princípio de sucessão das leis no tempo, compete aos Tribunais fazer aplicar as leis mais recentes, em detrimento das disposições anteriores em contrário. Além disso, a Corte considera que não se deve preocupar com o caráter econômico da Comunidade Europeia e com as consequências que derivam da lei de execução do Tratado. Ela refuta, por outro lado, a necessidade de examinar se a lei que lhe era submetida havia violado ou não as obrigações decorrentes do Tratado, uma vez que o direito nacional deveria prevalecer.

Provocada pela Comissão, a Corte de Justiça das Comunidades Europeias³³ foi instada a se pronunciar sobre a recusa emitida pela Corte Constitucional italiana em aceitar a primazia do Direito Comunitário. Ela sustenta inicialmente a necessidade de unificar os direitos nacionais, esclarecendo que "A força executiva do Direito Comunitário não pode variar de um Estado a outro em favor das legislações internas ulteriores, sem comprometer a realização dos objetivos do Tratado definidos no

³¹ Corte costituzionale, 7 de março de 1964, nº 14, "Costa vs. E.N.E.L.", Foro it. 1964, I, p. 465-478.

³² Artigo 11 da Constituição italiana: "A Itália repudia a guerra como meio de atentar contra a liberdade dos outros povos e como modo de solução de disputas internacionais; ela consente sob condições de reciprocidade com outros Estados às limitações de soberania necessárias a uma ordem que garanta a paz e a justiça entre as Nações; ela suscita e favoriza as organizações internacionais que busquem tal objetivo".

³³ CJCE, 15 juillet 1964, affaire 6/64, "Costa contre E.N.E.L.", Rec.1964, p. 1194.

artigo 5,³⁴ ou provocar uma discriminação proibida pelo artigo 7³⁵ para, em seguida, recordar a transferência de soberania operada pelos Estados, da qual decorre o primado do Direito Comunitário: “A transferência operada pelos Estados, de sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do Tratado, produz portanto uma limitação definitiva de seus direitos soberanos, sobre a qual não pode prevalecer um ato unilateral ulterior incompatível com a noção de comunidade”.³⁶

A Corte italiana se mostra, todavia, reticente, após esse julgado, a reconhecer o primado do Direito Comunitário e mantém a sua posição.

No caso “San Michele vs. CECA” de 1965,³⁷ a Corte Constitucional italiana retoma explicitamente a tese da distinção entre as duas ordens jurídicas, para afirmar que a ordem interna não reconheceu o Direito Comunitário para recebê-lo em seu sistema, mas para tornar eficaz a cooperação internacional.

A mudança da jurisprudência ocorreu finalmente em 1973, com a decisão “Frontini et Pozzani”.³⁸ Nesse julgado, a Corte reconhece a supremacia do Direito Comunitário, ocasião em que ela proíbe medidas reprodutivas do Direito Comunitário suscetíveis de modificar a sua entrada em vigor, ao afirmar sua incapacidade de controlar a sua constitucionalidade: “as disposições constitucionais regulamentam unicamente a atividade normativa das instituições do Estado italiano e, por sua natureza, elas não podem se referir ou se aplicar à atividade das instituições comunitárias, regulamentada pelo Tratado de Roma, o qual constitui o estatuto fundamental da Comunidade”.³⁹

³⁴ Artigo 10 (ex-artigo 5) TCE: “Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité”.

³⁵ No original: “La force exécutive du droit communautaire ne saurait varier d'un Etat à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du Traité visés à l'article 5, ni provoquer une discrimination interdite par l'article 7”.

³⁶ No original: “Le transfert opéré par les Etats, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du Traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains, contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de communauté”.

³⁷ Corte costituzionale, 27 de dezembro de 1965, “San michele vs. CECA”, Foro it., 1964, I, p. 465.

³⁸ Corte costituzionale, 27 de dezembro de 1973, “Fronntini et Pozzani”, R.T.D.E. 1974, p. 148.

³⁹ No original: “les dispositions constitutionnelles règlementent uniquement l'activité normative des institutions de l'Etat italien et, par leur nature, elles ne peuvent pas se rapporter ou s'appliquer à l'activité des institutions communautaires, règlementée par le Traité de Rome, lequel constitue le statue fondamental de la Communauté”.

A Corte, em seguida, reafirmou sua posição em uma decisão de 1975⁴⁰ na qual ela considera que, na hipótese de um conflito entre uma norma interna e uma norma comunitária, o juiz pode não ser competente para decidir pela não aplicação da norma interna, mas deverá suscitar uma questão prejudicial perante a Corte Constitucional. O controle de constitucionalidade é então estendido às normas internas contrárias ao Direito Comunitário em virtude do artigo 11 da Constituição.

A Corte faz uma distinção entre a norma interna anterior que será revogada pela entrada em vigor na norma comunitária, e a norma interna posterior que não deverá ser aplicada e deverá ser objeto de um controle de constitucionalidade.

A Corte de Justiça das Comunidades Europeias⁴¹ interveio, no entanto, três anos mais tarde, adotando uma orientação contrária: "Todo juiz nacional tem a obrigação de aplicar integralmente o Direito Comunitário e de proteger os direitos que este confere aos particulares, deixando de aplicar qualquer disposição eventualmente contrária, que seja anterior ou posterior à regra comunitária, sem ter que solicitar ou esperar a sua eliminação prévia pela via legislativa ou por qualquer outro procedimento constitucional".⁴²

O risco era, de fato, evidente: uma norma jurídica contrária a uma norma comunitária, mesmo se posterior a ela, representa uma ameaça para a segurança jurídica dos particulares enquanto ela estiver em vigor.

A decisão "Granital"⁴³ de 1984 foi a ocasião para a Corte reconhecer a aplicabilidade direta do Direito Comunitário, ao mesmo tempo que tentava não rechaçar totalmente suas jurisprudências precedentes. A ordem jurídica nacional e a ordem comunitária são sempre duas ordens autônomas e distintas, mas coordenadas, pela repartição de competências estabelecida pelo Tratado. Todavia, em virtude do artigo 11 da Constituição, a ordem jurídica comunitária encontra uma aplicação direta sobre o território nacional.

A Corte Constitucional, contudo, adotou a tese segundo a qual a ordem nacional e a ordem comunitária eram distintas, e, por

⁴⁰ Corte costituzionale, 22 de outubro de 1975, "Société industrie chimiche Italia vs. ministre des finances", R.T.D.E. 1976, p. 396.

⁴¹ CJCE, 9 mars 1978, "Simmenthal", affaire 106/77, Rec., p. 629.

⁴² No original: "Tout juge national a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel".

⁴³ Corte costituzionale, 8 de junho de 1984, "Granital", nº 170, Foro it., 1984, I, p. 2062.

consequência, a de que não poderia haver uma manifestação de anulação ou revogação entre normas que pertencem a diferentes ordenamentos. As normas comunitárias que “se situam exteriormente ao sistema de fontes internas, não podem ser apreciadas conforme os esquemas estabelecidos pela solução de conflitos entre normas de nosso ordenamento jurídico”.⁴⁴

Portanto, o regramento comunitário “não pode ab-rogar, modificar ou derogar normas nacionais com as quais ele entra em conflito, nem ocasionar a invalidade de suas disposições”.⁴⁵

Por conseguinte, as normas nacionais incompatíveis com o Direito Comunitário não são nem invalidadas, nem ab-rogadas, mas são inaplicáveis pelo juiz nacional, que deve retirá-las de um conflito.

Os juízes ordinários recebem competência para exercer “uma espécie de controle difuso de conformidade do direito interno ao Direito Comunitário derivado”.^{46 47}

Todavia, a Corte impõe um sistema que parece um pouco perigoso. As normas internas em contrariedade com o Direito Comunitário derivado continuam efetivamente válidas e em vigor, mas não podem ser aplicadas.

Deixar em vigor, mas considerar inaplicável uma lei contrária a uma norma que lhe é superior não parece uma solução que caminha no sentido de uma simplificação do Direito.

A França foi igualmente reticente a reconhecer esses princípios, mas em uma medida menor, uma vez que o artigo 55 da Constituição⁴⁸ permitiu facilitar sua aceitação, já que ele prevê a superioridade dos Tratados sobre as leis.

Assim não era tanto a primazia do Direito Comunitário que era difícil de aceitar, mas sim as modalidades de seu controle.

A Constituição francesa não possuía um dispositivo similar ao artigo 11 da Constituição italiana, fundamento do controle de constitucionalidade das normas internas incompatíveis com o Direito

⁴⁴ No original: “restent extérieures au système des sources internes, ne peuvent pas être appréciées selon les schémas établis pour la solution des conflits entre normes de notre ordonnancement juridique”.

⁴⁵ No original: “ne peut ni abroger, modifier ou déroger aux normes nationales avec lesquelles il entre en conflit, ni entraîner l’invalidité de leurs dispositions”.

⁴⁶ No original: “une sorte de contrôle diffus de la conformité du droit interne au droit communautaire dérivé”.

⁴⁷ GUASTINI, R. La primauté du droit communautaire: une révision tacite de la Constitution italienne. Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n. 9, p. 121, 2000.

⁴⁸ Artigo 55 da Constituição francesa: “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie”.

Comunitário, razão pela qual o Conselho Constitucional não podia adotar uma posição idêntica à da Corte Constitucional italiana.

É na famosa decisão "IVG"⁴⁹ que o Conselho considerou que ele não extraía nem do artigo 55 da Constituição, nem do artigo 61, relativo ao controle de constitucionalidade das leis, a possibilidade de controlar a convencionalidade das leis.

Embora por vezes criticada pela doutrina, essa posição não é verdadeiramente inconveniente, na medida em que o sistema francês de controle de constitucionalidade, contrariamente ao sistema italiano que oferece a possibilidade de um controle de constitucionalidade das leis a posteriori, não havia permitido um controle plenamente eficaz da conformidade das leis ao Direito Comunitário.

Esse papel retornou então às duas Cortes supremas, visto que em 1986 o Conselho⁵⁰ estabeleceu o princípio segundo o qual o respeito à regra veiculada pelo artigo 55 da Constituição "se impõe mesmo no silêncio da lei"⁵¹ e que "incumbe aos diversos órgãos do Estado fazer cumprir a aplicação"⁵² das convenções internacionais "nos termos de suas competências respectivas".⁵³ Devido a essa jurisprudência, o Conselho de Estado no célebre aresto "Nicolo",⁵⁴ sob o impulso dado pelo Conselho Constitucional, pôde fazer aplicação dessa jurisprudência. Dela resulta que os juízes ordinários, embora não sejam habilitados a controlar a conformidade das leis à Constituição, devem entretanto operar um tal controle nos termos da aplicação do art. 55 da Constituição. Não lhes compete, todavia, anular uma lei que seja contrária a essa disposição, mas eles devem, como ocorre na Itália, eliminar a sua aplicação.

Os sistemas francês e italiano de controle de convencionalidade, apesar de gozarem da vantagem de serem rápidos, pelo fato de esse controle não ser confiado a apenas uma única Corte, trazem o risco de provocar certas inconveniências.

Uma lei pode ser afastada por um Tribunal, e certas autoridades, pouco informadas, a partir do momento em que essa lei continua em vigor, podem aplicá-la, correndo o risco de causar certos danos. Mesmo

⁴⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 74-54, 15 janvier 1975, "IVG", Rec., p. 19.

⁵⁰ Conseil constitutionnel n° 86-216, DC 3 septembre 1986, "Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France", Rec., p. 135.

⁵¹ No original: "s'impose même dans le silence de la loi".

⁵² No original: "il appartient aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application".

⁵³ No original: "dans le cadre de leurs compétences respectives".

⁵⁴ Conseil d'Etat, 20 octobre 1989, "Nicolo", Rec. Lebon, p. 190.

se as jurisdições francesas e italianas reconhecem a primazia do Direito Comunitário sobre o direito interno, sua forma de aplicá-lo é, todavia, perigosa para a segurança jurídica dos cidadãos.

3 A evolução da noção em direção a uma axiomática responsabilidade por falta^{N.T.}

O fato de o legislador poder cometer uma falta ao elaborar uma lei que viola uma norma comunitária não é admitido da mesma forma que nas hipóteses nas quais a lei em questão infringiu uma norma de direito interno. Na prática, a existência de uma falta imputável ao legislador resta dificilmente admitida pelas jurisdições internas.

Se, sem saber-se de antemão de qual ofensa se trata, busca-se averiguar se a falta ensejadora da responsabilidade decorreu da violação do Direito Comunitário, não é sempre possível declarar que ela restou configurada quando se trata da violação de uma norma de direito interno.

Mesmo que a responsabilidade do Estado imputável ao legislador pela violação do Direito Comunitário possa ser considerada como faltosa, com uma certa prudência, no âmbito da jurisdição comunitária (subitem 3.1), e o prejuízo da vítima seja indenizado como tal, as

^{N.T.} A expressão originalmente utilizada pela autora na língua francesa era *responsabilité pour faute*. Muito embora alguns juristas brasileiros prefiram traduzir a expressão por “responsabilidade por culpa”, entendemos, após estudo aprofundado da bibliografia francesa específica acerca da responsabilidade por *faute du service*, que a correta tradução do termo, para a língua portuguesa, é “responsabilidade por falta”. “Falta” não no sentido de “ausência”, mas na acepção de “infração”, como se emprega comumente no Direito do Trabalho ao se falar em “falta grave” do trabalhador. Essa tradução de *faute du service* entendida como “falta cometida no exercício do serviço” é a mais adequada, uma vez que a compreensão da expressão como “culpa” não resiste a uma análise mais detida. A necessidade que alguns autores franceses encontram em fazer referência ao termo latino *culpa* (in eligendo e in vigilando) permite dizer que *faute* não pode significar “culpa”. Tome-se como exemplo Marcel Waline. Inicialmente, o autor atesta a incorreção da expressão *responsabilité pour faute*, preferindo a terminologia *responsabilité conditionnée par une faute*, por entender que “uma pessoa jurídica não é jamais responsável por sua própria *faute*. É um de seus agentes ou representantes que cometeu a *faute*, e é ela que condiciona a responsabilidade da pessoa jurídica” (WALINE, Marcel. *Traité de Droit Administratif*. 8^e éd. Paris: Sirey, 1959. p. 707). Mais adiante, o autor alude às hipóteses de culpa in vigilando e culpa in eligendo do direito civil, reputando-as como exigências absurdas. Na redação de Waline, fica claro que a acepção da palavra *faute* não pode ser “culpa”, sob pena de se admitir a insensata hipótese de que linhas atrás teria o autor afirmado que foi um dos agentes públicos que “cometeu a culpa”. No mesmo influxo, outros autores como René Chapus e Michel Paillet utilizam a expressão “cometer uma *faute*” (no original: “commettre de *faute*” (CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité privée: les influences des jurisprudences administrative et judiciaire*. Paris: LGDJ, 1954. p. 1189) ou “*faute* cometida” (no original: “*faute commise*”. PAILLET, Michel. *La faute du service public en droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1980. p. 35). Acresça-se o fato de alguns autores fazerem alusão a “agents (...) coupables d’une *faute*” (MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 6^e éd. Paris: Montchrestien, 1999. p. 755). Qual seria então a tradução da locução? “agentes culpáveis por uma culpa”? Parece-nos que não: o sensato seria traduzir para “agentes culpáveis por uma falta”. Sobre o tema, ver: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Org.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 239-292.

jurisdições nacionais se mostram muito mais reticentes à aceitação de uma responsabilidade por falta cometida pelo legislador, mas, a partir de agora, a consideração da falta na esfera das jurisdições nacionais parece estar evoluindo em um sentido positivo (subitem 3.2).

3.1 A prudência do Direito Comunitário na qualificação da responsabilidade por falta

As condições gerais de implementação da responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário serão claramente estabelecidas pela Corte nos julgados apensos “Brasserie du Pêcheur” e “Factortame”. No aresto “Francovich”, ao contrário, ela tinha apenas que verificar se certos critérios estavam reunidos, aplicáveis somente ao caso em espécie, sem buscar condições de aplicação geral. Mas, sobretudo nos julgados mencionados, a questão foi claramente invocada pelos requerentes.

Em que medida e em quais condições um operador econômico poderia obter reparação do prejuízo que ele havia sofrido por conta de um descumprimento do Direito Comunitário imputável ao legislador?

Para compreender as soluções oferecidas pela Corte de Justiça, é interessante conhecer as circunstâncias fáticas dos dois julgados.

No caso “Brasserie du Pêcheur”, uma lei germânica sobre a pureza da cerveja havia obrigado uma empresa francesa a cessar suas exportações à Alemanha. Com efeito, as disposições dessa lei fixavam critérios tais que a cerveja produzida pela empresa francesa tornava-se ilegal na Alemanha.

No entanto, essa lei havia sido julgada contrária ao artigo 30 do Tratado pela Corte de Justiça em sua decisão de 12 de março de 1987, “Commission vs. Allemagne”.⁵⁵ A empresa “Brasserie du Pêcheur” acionou, na oportunidade, a República Federal da Alemanha pelo prejuízo por ela sofrido.

O Bundesgerichtshof submeteu a questão à Corte de Justiça das Comunidades Europeias, porque nenhuma base em Direito alemão lhe permitia analisar a demanda da empresa francesa. Assim, a questão suscitada à Corte dizia respeito a saber se a empresa “Brasserie du Pêcheur” podia valer-se diretamente do Direito Comunitário no intuito de beneficiar-se de uma indenização, e quais condições seriam necessárias para a implementação dessa responsabilidade.

⁵⁵ CJCE, 12 mars 1987, affaire 178/87, “Commission contre Allemagne”, Rec., p. I-1577.

No que concerne ao caso “Factortame”, uma lei britânica — o Merchant Shipping Act — instituía um novo regime relativo ao registro de barcos de pesca. Ela subordinava o direito dos barcos de pesca de navegar em águas britânicas a certas condições de nacionalidade e a condições de gestão e de controle efetuado pelo Reino Unido.

Impondo tais condições, o Estado britânico buscava pôr um fim às atividades de empresas espanholas que, comprando barcos de pesca britânicos ou registrando os seus na Grã-Bretanha, monopolizavam uma parte das cotas de pesca reservadas a esse Estado.

Porém, um aresto da Corte de Justiça⁵⁶ apontava para a incompatibilidade dessa lei com o Direito Comunitário. A High Court devia, por conseguinte, pronunciar-se sobre a concessão de indenizações por danos causados. Todavia, conforme um julgado da Court of Appeal, a invocação da responsabilidade do Poder Público exige que o ministro tenha cometido o delito de abuso de poder. No caso sob análise, contudo, essa exigência não se encontrava satisfeita. A fim de superar esse impasse, a High Court se dirigiu à Corte de Justiça, solicitando-lhe que esclarecesse em que medida e sob quais condições a jurisprudência Francovich se aplicava à espécie.

A Corte de Justiça reafirma, inicialmente, sua competência para julgar um caso de implementação da responsabilidade de um Estado membro pela violação do Direito Comunitário, invocando para tanto o aresto Francovich, segundo o qual: “O princípio da responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares pelas violações do Direito Comunitário que lhe sejam imputáveis é inerente ao sistema do Tratado”.⁵⁷

Pelo fato de nenhuma das disposições do Tratado regulamentar diretamente as consequências de uma violação do Direito Comunitário, a Corte considera que ostenta competência para atribuir tal encargo.

Pareceu-lhe conveniente decidir sobre essa questão referindo-se aos princípios gerais comuns aos sistemas jurídicos dos Estados-membros, e baseando-se nos princípios que regem a responsabilidade extracontratual da Comunidade. Não seria de fato isonômico que os particulares fossem tratados de forma diferente dependendo da instituição que lhe tenha causado o dano.⁵⁸ O nexó existente entre os dois tipos de

⁵⁶ CJCE, 25 juillet 1991, affaire C 221/89, “Factortame II”, Rec., p. I-3905.

⁵⁷ No original: “le principe de la responsabilité de l’Etat pour les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du Traité”.

⁵⁸ “les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l’Etat pour des dommages causés aux particuliers en raison de la violation du droit communautaire ne doivent pas, en raison de justifications particulière, différer de

responsabilidade⁵⁹ é, conseqüentemente, posto em evidência pela Corte. Entretanto, este nexó só pode ser estabelecido nas circunstâncias em que o Direito Comunitário tenha conferido um grande poder de apreciação ao legislador nacional. Caso contrário, não será possível fazer um paralelo com a responsabilidade extracontratual da Comunidade, porque ela age sempre dispendo de um poder de apreciação alargado.

As disposições do Tratado, relativas à política econômica dos Estados, suscitadas pelas partes, deixavam um amplo poder de apreciação ao legislador nacional.

Parecia apropriado para a Corte de Justiça transpor ao caso de responsabilidade extracontratual do Estado o artigo 215.2 do Tratado da Comunidade Europeia, o qual prevê que, "Em matéria de responsabilidade não contratual, a Comunidade deve reparar, em conformidade com os princípios gerais comuns aos ordenamentos dos Estados-membros, os danos causados por suas instituições ou por seus agentes no exercício de suas funções".⁶⁰

Os casos examinados permitiam, portanto, que a Corte fizesse uma aproximação entre as duas responsabilidades, uma vez que os Estados dispunham de um poder alargado de apreciação. Mas esse paralelo teve por consequência fazer emergir dois casos de responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário.

Quando o Estado dispõe de um poder de apreciação ampliado na implementação do Direito Comunitário, mas por sua ação ou inação ele o viola, as condições de implementação dessa responsabilidade serão mais restritivas do que nos casos em que o Estado dispõe somente de um poder de apreciação limitado, tal como nos casos de transposição de uma diretiva comunitária. A exigência de que a violação de uma regra de direito seja suficientemente caracterizada é uma demonstração disso.

O fato de um ato normativo não ser válido não pode, por si só, configurar a responsabilidade da Comunidade.⁶¹ Este ato, se implicar escolhas de política econômica, somente pode gerar a responsabilidade

celles régissant la responsabilité de la Communauté dans des circonstances comparables. En effet, la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage", *Affaires jointes "Brasserie du Pêcheur et Factortame"*, Rec., p. 1147.

⁵⁹ "Il est pertinent de se référer à la jurisprudence de la Cour relative à la responsabilité extracontractuelle de la Communauté".

⁶⁰ No original: "En matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions".

⁶¹ CJCE, 25 mai 1978, affaire 94/76, "HNL contre Conseil et Commission", Rec., p. 1209.

da Comunidade “quando estiver presente uma violação suficientemente caracterizada de uma regra de direito protetora dos interesses dos particulares”⁶²

É verdade que as jurisdições nacionais são em geral muito reticentes em reconhecer a responsabilidade dos poderes públicos pelos atos normativos que “traduzem opções de política econômica”⁶³. Em razão disso, somente uma “violação manifesta e grave”⁶⁴ dos limites que se impõem ao exercício desses poderes pelo Estado pode justificar a implementação da responsabilidade. A Corte se mostra bem precisa ao definir os elementos a se levar em consideração para determinar se a violação é “manifesta e grave”⁶⁵.

No entanto, no caso “Hedley Lomas”⁶⁶, a Corte de Justiça estabeleceu que, “na hipótese em que o Estado-membro, que cometeu uma infração a uma disposição de Direito Comunitário conferindo direitos aos particulares, não estava, no momento em que ele cometeu a infração, confrontado com escolhas normativas e dispunha de uma margem de apreciação consideravelmente reduzida, ou mesmo inexistente, a simples infração do Direito Comunitário pode bastar para estabelecer a existência de uma violação suficientemente caracterizada, exigida para que possa nascer uma obrigação de reparar os danos sofridos pelos particulares”⁶⁷.

Uma vez que uma regra de direito deve ter sido violada para ensejar a responsabilidade do Estado, e na medida em que a extensão dessa responsabilidade é levada em conta para determinar a natureza da responsabilidade, um paralelo pode ser feito entre a responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário e a distinção tradicional

⁶² No original: “qu'en présence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit protégeant les intérêts des particuliers”.

⁶³ No original: “se traduisent des options de politique économique”.

⁶⁴ No original: “violation manifeste et grave”.

⁶⁵ A Corte de Justiça convoca as jurisdições nacionais a levar em conta, notadamente:

“O grau de clareza e de precisão da regra violada,

A extensão da margem de apreciação que a regra proporciona às autoridades nacionais ou comunitárias,

O caráter interventivo ou involuntário do descumprimento cometido ou do prejuízo causado,

O caráter escusável ou inescusável de um eventual erro de direito,

A circunstância de que as atitudes tomadas por uma instituição comunitária tenham podido contribuir para a omissão, a adoção, ou a manutenção de medidas ou de práticas nacionais contrárias ao Direito Comunitário”.

⁶⁶ CJCE, 23 mai 1996, affaire C-5/94, “Hedley Lomas”, Rec. 1996, p. I-2553. Um litígio opunha Hedley Lomas e o ministro da agricultura britânico: este último se recusava a conferir ao requerente uma licença de exportação de ovinos vivos para a Espanha, pelo motivo de que esse país não respeitava a diretiva 74/577/CEE, relativa ao atordoamento dos animais antes do abate.

⁶⁷ No original: “dans l' hypothèse où l' Etat membre, qui a commis une infraction à une disposition de droit communautaire conférant des droits aux particuliers, n' était pas, au moment où il a commis l' infraction, confronté à des choix normatifs et disposait d' une marge d' appréciation considérablement réduite, voire inexistante, la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l' existence d' une violation suffisamment caractérisée, exigée pour que puisse naître une obligation de réparer les dommages subis par les particuliers”.

existente em matéria de responsabilidade estatal administrativa que opõe a falta grave à falta simples.⁶⁸ De modo geral, a exigência da falta grave está vinculada à dificuldade de exercício da atividade em questão. Essa dificuldade pode ser reportada ao caso do legislador que age no exercício de um poder discricionário de apreciação. Para ele, a dificuldade não se situa em um nível puramente técnico, mas na escolha que ele deve operar. No momento em que o Estado que age em violação do Direito Comunitário dispõe de um extenso poder de apreciação, uma falta grave é exigida para deflagrar sua responsabilidade. Caso contrário, a falta simples é suficiente.

Nesse influxo, mesmo que a expressão não tenha sido ainda explicitamente referida, a responsabilidade por violação do Direito Comunitário é uma responsabilidade por falta. Responsabilidade por falta no sentido compreendido pelo Direito Administrativo: a partir do momento em que um ato ilegal é praticado, a falta é caracterizada, de sorte que somente as condições sob as quais ela foi cometida é que permitirão determinar se a violação está suficientemente caracterizada ou não.

Se a expressão “responsabilidade por falta” não foi empregada, isso pode significar, para os Estados, uma ausência de uniformidade na concepção da falta. Era, então, mais prudente para a Corte de Justiça não utilizar a expressão, para esclarecer, nas condições de implementação da responsabilidade, que era necessário que uma regra de direito tivesse sido violada.

Mas a Corte de Justiça foi mais longe no reconhecimento da responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, pois ela consignou que “Um Estado-membro é obrigado a reparar os danos causados aos particulares pelas violações do Direito Comunitário que lhe são imputáveis, aí compreendida a situação em que a violação resulta do fato de o legislador haver elaborado uma lei nacional incompatível com o Direito Comunitário”.⁶⁹

⁶⁸ CHAPUS, R. *Droit administratif général*. 15^e éd. Paris: Montchrestien, 2001. t. I, p. 1303: “Selon le code civil toute faute, même légère suffit à engager, tant la responsabilité du fait personnel (art. 1382 et 1383), que la responsabilité du fait d’autrui (art. 1384). Relativement aux dommages liés à l’exercice de certaines activités administratives, la responsabilité de la puissance publique est au contraire subordonnée à l’exigence qu’ils aient été causés par une faute lourde. Jusqu’aux années 1960, l’exigence jurisprudentielle a même été dans certains cas celle d’une ‘faute manifeste et d’une particulière gravité’ (services d’hospitalisation des malades mentaux; service pénitentiaire) ou d’une ‘faute d’une exceptionnelle gravité’ (service de recouvrement des créances publiques et service de l’administration fiscale). Depuis les années précitées, l’exigence d’une faute qualifiée se traduit toujours par celle d’une faute lourde”.

⁶⁹ No original: “Un Etat membre est tenu de réparer les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables, y compris lorsque la violation résulte du fait que le législateur a adopté une loi nationale, incompatible avec le droit communautaire”.

É possível deduzir de todo o exposto que a Corte de Justiça aceita reconhecer implicitamente a responsabilidade por falta do legislador nacional. Essa responsabilidade por falta pode ser admitida quando o legislador nacional que age nos termos do Direito Comunitário exerce uma atribuição particular que pode ser assimilada, do ponto de vista nacional, a uma função de execução. Essa opinião foi também manifestada pelo advogado-geral Tesouro, que considera que, “quando o legislador é obrigado, no cumprimento de funções essenciais, a respeitar certos limites impostos por normas superiores, nada se opõe do ponto de vista da teoria geral a que o Estado possa ser obrigado a reparar os danos causados pelas leis que transgrediram esses limites. Nessas condições a responsabilidade por atos legislativos não é tão distanciada nem distinta, no plano conceitual, da responsabilidade da Administração resultante de sua atividade normativa, tal como ela é, nos nossos dias, amplamente admitida”.^{70 71}

De fato, a responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário é uma responsabilidade por falta, e essa falta pode ser imputável ao legislador. Entretanto, é ao juiz nacional que compete determinar se os elementos estão reunidos para implementar a responsabilidade do Estado. Foi difícil para as jurisdições internas reconhecer que essa responsabilidade seja configurada sobre a base da falta, mas atualmente a consideração da falta parece ser aceita de modo mais ou menos explícito.

3.2 As jurisdições nacionais e a consideração da falta: da reticência inicial à evolução tranquila

De acordo com a expressão utilizada por Louis Dubouis, “primazia e autonomia procedimental são dois princípios antagônicos mas complementares”.⁷²

A priori, seria fácil pensar que somente a jurisdição comunitária seria capaz de estabelecer a responsabilidade dos Estados em caso de

⁷⁰ No original: “lorsque le législateur est tenu, dans l’accomplissement de ses tâches essentielles, au respect de certaines limites imposées par des normes supérieures, rien ne s’oppose du point de vue de la théorie générale, à ce que l’Etat puisse être tenu de réparer les dommages causés par des lois qui ont transgressées ces limites. Dans ces conditions la responsabilité du fait du législateur n’est pas très éloignée ni distincte, sur le plan conceptuel, de la responsabilité de l’administration du fait de son activité normative, telle qu’elle est de nos jours largement admise”.

⁷¹ Conclusion de l’avocat général Tesouro dans les affaires jointes C-46/93 “Brasserie du Pêcheur” et C-48/93 “Factortame”, 5 mars 1993, Rec. 1996, p. I-1029.

⁷² No original: “primauté et autonomie procédurale sont deux principes antagonistes mais complémentaires” (DUBOUIS, L. La responsabilité de l’Etat pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire, R.F.D.A., p. 1, 1992).

desrespeito das normas comunitárias. Mas, na prática, somente se as jurisdições comunitárias e nacionais trabalharem em harmonia será possível que a primazia do Direito Comunitário seja efetiva.

Mesmo que o direito à reparação encontre seu fundamento direto no Direito Comunitário, a Corte de Justiça reconhece que incumbe aos Estados-membros determinar as modalidades procedimentais que vão permitir qualquer implementação de responsabilidade estatal. Com efeito, não é à Corte de Justiça que compete estabelecer a responsabilidade, mas às jurisdições nacionais,⁷³ mesmo que uma decisão declaratória de infração possa sempre ser proferida para determinar se o Estado em questão violou uma norma comunitária. Contudo, não é indispensável que a Corte exare um julgamento reconhecendo a violação para que a responsabilidade do Estado seja reconhecida, não sendo portanto possível prevalecer-se de uma ausência de decisão da Corte de Justiça para evitar que uma jurisdição nacional se pronuncie sobre a questão.

Mesmo que o princípio de autonomia procedimental seja reconhecido pela Corte, ele deve ser exercido em um quadro limitado, e não pode impedir a implementação da responsabilidade por ausência de procedimento interno previsto para esse fim.⁷⁴

Mas esse tipo de restrição pode se encontrar nos Estados-membros no que diz respeito à responsabilidade extracontratual do Poder Público decorrente do exercício da função legislativa. Imagina-se sem dificuldade que são poucos os Estados-membros que preveem a responsabilidade por falta do legislador; logo, as modalidades procedimentais para suscitar uma tal responsabilidade são poucas ou inexistentes. A questão que surge, então, é saber como superar essa deficiência, uma vez que a jurisprudência comunitária impõe a reparação, se necessária, do prejuízo do causado.

A Corte de Justiça respondeu implicitamente a essa questão. Basta que o procedimento de implementação da responsabilidade

⁷³ Op. cit., CJCE "Brasserie du Pêcheur/Factortame": "La Cour ne saurait substituer son appréciation à celles des juridictions nationales, seules compétentes pour établir les faits des affaires au principal et pour caractériser les violations du droit communautaire en cause. Elle estime néanmoins utile de rappeler certaines circonstances dont les juridictions nationales pourraient tenir compte".

"C'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'Etat de réparer les conséquences du préjudice causé".

"Les trois conditions visées ci-dessus sont nécessaires et suffisantes pour engendrer au profit des particuliers un droit à obtenir réparation, sans pour autant exclure que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée dans des conditions moins restrictives sur le fondement du droit national".

⁷⁴ Op. cit. CJCE "Brasserie du Pêcheur contre Factortame": "les conditions fixées par les législations nationales en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réparations semblables de nature interne et ne sauraient être aménagées de manière à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation".

do legislador seja calcado sobre o regime geral de implementação da responsabilidade do Poder Público, sem que seja suscitada a questão do órgão que originou o prejuízo.

Na França e na Itália a responsabilidade por falta do Estado pode ser configurada quando um ato administrativo ilegal causou danos. É, portanto, imaginável que possa ser implementada a responsabilidade por falta do legislador derivada de violação do Direito Comunitário, uma vez que, como pôde precisar o advogado-geral Tesauro, a função do legislador no âmbito de execução do Direito Comunitário é próxima da função normativa exercida pela Administração no direito interno.

As jurisdições nacionais nem sempre seguiram esse ponto de vista. A Corte de Cassação italiana recusou-se por muito tempo a reconhecer que uma falta pudesse ser imputável ao legislador por violação do Direito Comunitário.

Assim, em uma célebre decisão de 11 de outubro de 1995, a Corte de Cassação italiana se absteve de aplicar, a um caso de dano resultante da não transposição de uma diretiva comunitária, o artigo 2.043 do Código Civil italiano relativo à responsabilidade civil.

A Corte apresenta um raciocínio amplamente criticado pela doutrina: ela recusa a possibilidade de se extrair das normas comunitárias um direito subjetivo dos particulares ao exercício do Poder Legislativo e, portanto, "a qualificação em termos de ilícito, no sentido do artigo 2.043 do Código Civil".⁷⁵ ⁷⁶ O que parece é que a Corte tenta inverter o problema, pois na realidade a questão não é de saber se se trata de um direito subjetivo dos particulares a exercer o Poder Legislativo, mas do dever ao qual está submetido o Estado de respeitar as disposições comunitárias.

A Corte de Cassação reconhecia, no entanto, que o Estado italiano não havia respeitado o dever que lhe incumbia de transpor uma diretiva comunitária e que por conta desse fato os particulares haviam sofrido um prejuízo. Todavia, ela considerava que o prejuízo resultante dessa não transposição "somente pode ser qualificado como o direito a ser

⁷⁵ No original: "la qualification en terme d'illicite, au sens de l'article 2043 du code civil".

⁷⁶ Corte di cassazione, sez. Lavoro, 11 de outubro de 1995, n° 10617, Foro it. 1996, I, p. 503: "Deve perciò escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario, come interpretate dalla Corte di giustizia posso farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo e comunque la qualificazione in termini di illecito, ai sensi dell' articolo 2043c.c. da imputare allo Stato-persona, di quella che è una determinata conformazione dello Stato-ordinamento".

indenizado pela diminuição patrimonial sofrida em consequência de um poder que não pode ser controlado por nenhuma jurisdição.^{77 78}

De modo contrário, os tribunais inferiores aceitaram reiteradamente que a responsabilidade do Estado-legislador pudesse ser configurada com base no artigo 2.043 do Código Civil italiano pelos danos resultantes da não transposição de uma diretiva comunitária.

O aresto que originou a decisão da Corte de Cassação havia reconhecido a responsabilidade por falta do legislador. O Tribunal de Parma⁷⁹ considerou que o ordenamento nacional deveria ser capaz de garantir a plena proteção dos direitos conferidos aos cidadãos comunitários. Ele seguiu seu raciocínio afirmando que a inércia do legislador é a verdadeira causa do dano. Por conseguinte, essa inércia enseja um caso de responsabilidade civil, uma vez que o fato ilícito do Estado foi concretizado.

O princípio de autonomia procedimental dos Estados-membros tem por consequência reconhecer que a eles compete determinar as modalidades procedimentais de implementação da responsabilidade.

A Corte de Cassação mudou excepcionalmente de posição em 1998,⁸⁰ tratando-se da mesma diretiva comunitária, cuja não transposição havia sido objeto do julgado “Francovich”, exarado pela Corte de Justiça.

A Corte de Cassação teve de examinar dois casos que diziam respeito a danos sofridos por assalariados por decorrência dessa não transposição. No primeiro, ela sustentou sua posição de 1995, recusando-se a admitir a responsabilidade por falta do Estado. Mas, no segundo caso, por ocasião da falência de uma empresa, o requerente, ex-empregado da sociedade falida, em razão da ausência de transposição da diretiva, não pôde obter um valor de indenização da mesma importância que aquela que ele teria recebido se a diretiva houvesse efetivamente sido transposta. A Corte aceita, pela primeira e única vez, não apenas que o prejuízo causado reclame a incidência do artigo 2.043 do Código Civil italiano — segundo o qual qualquer fato que causa um dano injusto a

⁷⁷ No original: “ne peut être autrement qualifié que comme le droit à être indemnisé de la diminution patrimoniale subie en conséquence d’un pouvoir qui ne peut être contrôlé par aucune juridiction”.

⁷⁸ “Ne discende che, alla stregua dell’ordinamento giuridico italiano, la pretesa dei singoli ad ottenere il risarcimento dei danni provocati a seguito della mancata attuazione di una direttiva comunitaria, sussistendo le condizioni individuate alla sentenza della Corte di giustizia, non può essere altrimenti qualificata che come diritto ad essere indennizzati delle diminuzioni patrimoniali subite in conseguenza dell’esercizio di un potere non sindacabile dalla giurisdizione”.

⁷⁹ Tribunale di Parma, 23 de abril de 1994, Foro it. 1994, I, p. 2524.

⁸⁰ Corte di cassazione, 11 de junho de 1998, n° 5864, Foro it., 1998, I, p. 2791.

outrem obriga a pessoa que o cometeu a reparar —, mas também que esse prejuízo seja imputável ao Estado.⁸¹

Essa posição inovadora, cuja impulsão foi certamente deflagrada pelos arestos “Brasserie du Pêcheur” e “Factortame”, foi reiterada bem mais tarde, em 2009.

Foi com certo pesar que a doutrina recebeu em 2003 uma decisão da Corte de Cassação referente à responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário. Nesse caso,⁸² o requerente, Doutor em Medicina, não pôde obter a possibilidade de comparecer a um Curso de Especialização e de ser remunerado por sua participação. Esse prejuízo retratava consequência direta da não transposição pelo Estado italiano de duas diretivas.⁸³

O juízo a quo, como de costume, havia condenado o Estado italiano a reparar o dano. Mas a Corte de Cassação, retomando em grande parte a fundamentação da decisão de 1995,⁸⁴ reporta-se ao princípio tradicional segundo o qual o legislador, expressão do poder político, não pode ser objeto de qualquer controle jurisdicional, para reformar o aresto do Tribunal de Florença.

Contudo, no julgado 9.147 de 17 de abril de 2009, a Corte de Cassação italiana finalmente aceitou reconhecer explicitamente a possibilidade de o legislador cometer uma falta ao deixar de executar uma diretiva comunitária. Ela esclarece que, “para realizar o resultado imposto pelo ordenamento comunitário com os meios oferecidos pelo ordenamento interno, é necessário reconhecer à parte lesada um direito à reparação, de natureza indenizatória, pelo prejuízo sofrido por um fato ilícito do legislador”.⁸⁵ O legislador não havia transposto a diretiva comunitária tempestivamente, por fatos similares aos do caso julgado

⁸¹ “I crediti dei lavoratori (...) non possono qualificarsi crediti di lavoro ma crediti di natura risarcitoria, per trovare causa diretta ed immediata in una responsabilità dello Stato ex art. 2043c.c. derivante dall’inattuazione della direttiva Cee 80/987”.

⁸² Corte di cassazione, 1º de abril de 2003, nº 4915, Foro it., 2003, I, p. 2015.

⁸³ Directive nº 363 du 16 juin 1975 et nº 76 du 26 janvier 1982.

⁸⁴ “La Carta Costituzionale nel dettare le norme fondamentali sull’organizzazione e sul funzionamento dello Stato, regola la funzione legislativa, riportandola tra il Governo e il Parlamento, quale espressione di potere politico, libero cioè nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale”.

“Ne consegue che di fronte all’esercizio del potere politico non sono configurabili situazioni soggettive protette dei singoli, onde deve escludersi che dalle norme dell’ordinamento comunitario possa farsi derivare, nell’ordinamento italiano, il diritto del singolo all’esercizio del potere legislativo e comunque la qualificazione in termini di illecito, ai sensi dell’art. 2043 Cod. civ., da imputare allo Stato - persona, di quella che è una determinata conformazione dello Stato - ordinamento”.

⁸⁵ No original: “pour réaliser le résultat imposé par l’ordonnement communautaire avec les moyens offerts par l’ordonnement interne, il est nécessaire de reconnaître à la partie lésée une créance à la réparation, de nature indemnitaire, du préjudice subi par le fait illicite du législateur”.

em 1995. A Corte de Cassação, nesta oportunidade, aceita qualificar como “ilícito” o comportamento do legislador, fato que implica reconhecer a falta cometida por este último. Foi, portanto, necessário esperar mais de meio século para que a jurisdição italiana admitisse que o legislador pudesse cometer uma falta por deixar de elaborar corretamente uma lei, levando em consideração o Direito Comunitário.

Essa evolução não é exclusiva das jurisdições italianas. As jurisdições francesas tendem, igualmente, a admitir a falta do legislador no âmbito do Direito Comunitário, mas também, e de modo mais geral, no âmbito do direito internacional.

Em 1992, a jurisdição administrativa francesa teve de decidir dois casos relativos à responsabilidade do legislador advinda de uma violação do Direito Comunitário.

No primeiro caso, o Conselho de Estado⁸⁶ se pronunciou no sentido de excluir tal responsabilidade. Porém, o exemplo mais marcante pode ser ilustrado pelo aresto “Société Jacques Dangeville”,⁸⁷ exarado em 1992 pela Corte Administrativa de Apelo de Paris.

Na situação, a empresa Jacques Dangeville havia cumprido o pagamento da taxa sobre o valor acrescentado na aplicação de uma lei desconforme aos objetivos de uma diretiva comunitária. O Tribunal Administrativo de Paris e a Corte Administrativa de Apelo, apreciando o caso pela primeira vez, haviam se recusado a conceder o pedido de reparação da empresa requerente. Esta última, então, demandou ao ministro do orçamento que lhe pagasse uma indenização reparatória “do prejuízo que ela havia experimentado em 1978 em razão do atraso do Estado francês em harmonizar a legislação interna com as disposições da diretiva”.⁸⁸ O ministro do orçamento lhe opôs uma recusa explícita, que a empresa questionou perante o Tribunal Administrativo de Versailles, o qual, por um julgamento de 23 de maio de 1989, rejeitou sua demanda. O Tribunal arguía o fato de que a responsabilidade do Estado por falta não podia ser configurada nem em razão da lei, nem em razão da propositura de um projeto de lei. Ademais, ele considera que o prejuízo alegado não apresentava a característica de especialidade que permitira invocar o princípio da responsabilidade por atos legislativos no sentido

⁸⁶ Conseil d’Etat, 8 février 1992. Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France. A.J.D.A., n. 3, p. 210, 1992.

⁸⁷ Cour administrative d’appel de Paris, 1^o juillet 1992. Société Jacques Dangeville. A.J.D.A., n. 11, p. 768, 1992.

⁸⁸ No original: “du préjudice qu’elle avait subi en 1978 en raison du retard apporté par l’Etat français pour mettre la législation interne en harmonie avec les dispositions de la directive”.

do aresto "La Fleurette". Entretanto, provocada a analisar a correção dessa decisão, a Corte Administrativa de Apelo, em sessão plenária, seguiu um raciocínio distinto.

Fundando-se sobre as obrigações, extraídas do Tratado e da diretiva em questão, que incumbem ao Estado, a Corte admitiu que pudesse ser deflagrada a responsabilidade do Estado e, em consequência disso, que "o Estado fosse condenado a reparar o prejuízo resultante da situação ilícita"⁸⁹ então criada.

Não se pode negar que a Corte tenha agido sob a influência da Corte de Justiça das Comunidades Europeias que havia, anteriormente, proferido o julgado "Francovich". A Corte de Apelo, portanto, apenas respeitou esse aresto que reconhecia a responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário. A posição da Corte era, pois, perfeitamente legítima.

Não obstante, recorreu-se ao Conselho de Estado,⁹⁰ que acaba por elucidar a questão, considerando que a demanda não deveria ser conhecida, não em razão do mérito, mas sim por aspectos formais.

Foi necessário aguardar mais de quinze anos para que o Conselho de Estado refluísse sobre a sua posição e sancionasse o comportamento faltoso do legislador. Prolatando o aresto "Gardedieu", em 8 de fevereiro de 2007, o Conselho de Estado revolucionou a noção uma vez que, a partir de então, ao lado de uma responsabilidade "sem falta" por atos legislativos, ele fez coexistir uma responsabilidade "por falta" derivada de uma lei que desconheça os compromissos internacionais assumidos pela França: "Considerando que a responsabilidade do Estado por atos legislativos é suscetível de ser configurada, de um lado, sob o fundamento de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, para assegurar a reparação de prejuízos originados da elaboração de uma lei, com a condição de que essa lei não tenha a intenção de excluir qualquer indenização e que o prejuízo pelo qual se requer reparação, revestido de um caráter grave e especial, não possa, portanto, ser considerado como uma carga que incumbe normalmente aos interessados, e, de outro lado, em razão das obrigações que lhe são dirigidas para garantir o respeito das convenções internacionais pelas autoridades públicas, para reparar

⁸⁹ No original: "l'État soit condamné à réparer le préjudice résultant de la situation illicite".

⁹⁰ Conseil d'État, Assemblée, n° 141043, 30 octobre 1996. *Ministre du budget contre SA Jacques Dangeville*. R.F.D.A., p. 1066, 1997.

o conjunto dos prejuízos que resultam da intervenção de uma lei elaborada em desconhecimento aos compromissos internacionais da França”.⁹¹

Certamente, as palavras “falta” ou mesmo “ilícita” tal como na Itália não são utilizadas, mas a alta jurisdição francesa faz clara referência a um “desconhecimento” dos compromissos internacionais da França para fundar a responsabilidade, de modo que a existência da falta é sem dúvida exigida nessa nova forma de responsabilidade.

O Conselho de Estado francês parece muito mais ambicioso que a Corte de Cassação italiana que se restringe, finalmente, a sancionar uma forma de descumprimento do Direito Comunitário pelo legislador, situada entre outras. Ao passo que, para a jurisdição francesa, é o desconhecimento dos compromissos internacionais da França em seu conjunto que é suscetível de desencadear a responsabilidade do legislador.

Essa posição jurisprudencial, impensável há poucos anos, parece traduzir uma evolução em direção a uma “objetivação” da noção de falta, ultrapassando a apreciação do comportamento subjetivo do legislador para ir ao ponto essencial: a consideração do interesse da vítima.

The Evolution of State Responsibility for Legislative Acts in France and Italy under the Influence of Community Law

Abstract: The essay intends to promote a comparative analysis of the evolution of State responsibility arising from legislative acts, from the perspective of jurisprudence, taking into account the French and Italian juridical systems and noting the impact of European Community Law in national jurisdictions of France and Italy.

Key words: State responsibility. Legislative actes. Community Law. French Law. Italian Law.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CASSAN-BARNEL, Sandy Salvaneschi. A evolução da responsabilidade do Estado por atos legislativos na França e na Itália sob a influência do direito comunitário. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 95-126, jul./set. 2011

Recebido em: 13.09.10

Aprovado em: 16.09.11

⁹¹ No original: “Considérant que la responsabilité de l’État du fait des lois est susceptible d’être engagée, d’une part, sur le fondement de l’égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de l’adoption d’une loi à la condition que cette loi n’ait pas entendu exclure toute indemnisation et que le préjudice dont il est demandé réparation, revêtant un caractère grave et spécial, ne puisse, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés, d’autre part, en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l’ensemble des préjudices qui résultent de l’intervention d’une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France”.