



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CECÍLIA ANDRADE MAGALHÃES

**A RESERVA DO POSSÍVEL E A (IN)EFICIÊNCIA ESTATAL:
UMA ANÁLISE SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DO
ESTADO A PARTIR DA DECISÃO DO RE 580252**

Salvador
2017

CECÍLIA ANDRADE MAGALHÃES

**A RESERVA DO POSSÍVEL E A (IN)EFICIÊNCIA ESTATAL:
UMA ANÁLISE SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DO
ESTADO A PARTIR DA DECISÃO DO RE 580252**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Geovane Peixoto

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

CECÍLIA ANDRADE MAGALHÃES

A RESERVA DO POSSÍVEL E A (IN)EFICIÊNCIA ESTATAL: UMA ANÁLISE SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO A PARTIR DA DECISÃO DO RE 580252

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2017

A

Meus pais, fontes de amor e cuidado em todas as horas. Por tudo que são e por tudo que significam, meu eterno agradecimento.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar aos meus pais que me apoiaram e me apoiam em todas as minhas escolhas. A minha mãe, Andréa, sempre disposta a me ajudar e me acalmar nos tempos difíceis, agradeço pelo amor incondicional e esforço para sempre me dar o melhor. A meu pai, Jackson, meu primeiro motivo para escolher o Direito e a quem devo minha gratidão por sempre arranjar um tempo para eliminar as minhas dúvidas, por ser parte fundamental do meu crescimento não só acadêmico, mas humano, e acima de tudo por ser um exemplo na vida.

As minhas avós, pela preocupação e cuidado ao longo dos anos e a minha família, por estarem sempre presentes quando eu preciso.

A André, meu namorado, por todo amor, carinho, por entender meu estresse e preocupação com essa monografia e me apoiar nessa reta final do curso de Direito.

Aos meus amigos da Faculdade Baiana, que compartilharam comigo dias de nervosismo em semanas de provas, e de felicidades ao longo desses cinco anos.

A Ramille, por ser minha segunda mãe, cuidando de mim e sempre me ajudando em todas as situações da vida.

A Aline, por me mostrar que o final do curso, em que pese difícil, pode ser visto de uma forma mais leve.

Ao meu orientador, Geovane Peixoto, cuja ajuda foi imprescindível para a realização deste trabalho, pela disponibilidade, paciência e pelos ensinamentos transmitidos não só para essa monografia, como também em sala de aula.

Concluir essa monografia é uma grande vitória, uma vez que ela representa o fim de um longo ciclo marcado por muito aprendizado. A todos aqueles que estiveram comigo durante essa caminhada, o meu muito obrigada.

“Todos os meus erros se tornaram parte
fundamental do caminho certo”

Zack Magiezi

RESUMO

O presente trabalho monográfico se propõe a examinar a responsabilidade civil do Estado por omissão, a partir da decisão do Recurso Extraordinário 580252. Para tanto foi desenvolvida uma análise sobre os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, a fim de enquadrar os direitos à saúde, educação e assistência - que serão objeto de comparação com a citada decisão -, como direitos sociais de segunda dimensão e descrever como é, e como deveria ser, a responsabilidade do Estado nesses casos. Analisou-se então a teoria da reserva do possível, importada da Alemanha para o Brasil, sob a perspectiva econômica, e que vem sendo utilizada pelos entes públicos como justificativa para não atuação nas demandas sociais, sob a alegação de insuficiência de recursos públicos. Verificou-se o flagrante contrassenso do emprego da referida teoria, visto que inúmeros são os gastos das autoridades públicas cuja destinação não visam a garantia da dignidade da pessoa humana, demonstrando assim a má alocação orçamentaria brasileira, bem como o trágico resultado dessas escolhas, incentivando o fenômeno da judicialização dos direitos. Abordou-se ainda a responsabilidade objetiva do Estado, diferenciando-a da que é imputada aos particulares, e dissecou-se os elementos necessários para a caracterização da responsabilidade estatal, bem como sua evolução histórica até os dias atuais. Por fim, buscou-se projetar a decisão do RE 580252 em outras áreas de atuação do Estado, em que há semelhante descaso do poder público com as garantias fundamentais sociais, e as consequências que lhe seriam imputadas se todas essas demandas fossem também alcançadas pela repercussão geral, como aplicado aos detentos no Recurso Extraordinário estudado.

Palavras-chave: responsabilidade civil; omissão estatal; reserva do possível; direitos fundamentais.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-----|--|
| AI | Agravo de Instrumento |
| ARE | Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo |
| AGR | Agravo Regimental no Recurso Extraordinário |
| CF | Constituição Federal da República |
| PPP | Parceria Público Privada |
| RE | Recurso Extraordinário |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| STF | Supremo Tribunal Federal |

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESERVA DO POSSÍVEL | 13 |
| 2.1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: | 14 |
| 2.1.1 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 | 16 |
| 2.1.2 As dimensões dos direitos fundamentais | 22 |
| 2.1.3 A proteção estatal aos direitos fundamentais | 27 |
| 2.1.4 A judicialização dos direitos | 29 |
| 2.2 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL | 35 |
| 2.2.1 Conceito e surgimento | 37 |
| 2.2.2 Aplicação no ordenamento brasileiro | 38 |
| 2.2.3 Reserva do possível e as restrições aos direitos fundamentais | 44 |
| 2.2.4 Reserva do possível e o mínimo existencial | 46 |
| 3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO | 51 |
| 3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE ESTATAL | 52 |
| 3.1.1 Teorias aplicáveis | 53 |
| 3.1.1.1 Teoria da Irresponsabilidade do Estado | 54 |
| 3.1.1.2 Teoria da Responsabilidade com Culpa Civil do Estado | 56 |
| 3.1.1.3 Teoria da Culpa Administrativa ou Culpa do Serviço | 57 |
| 3.1.1.4 Teoria do risco | 58 |
| 3.2 PREVISÃO LEGAL E CARACTERÍSTICAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO | 60 |
| 3.2.1 Elementos necessários à caracterização da responsabilidade | 60 |
| 3.2.2 Dispositivos legais contidos no Código Civil e na Constituição Federal | 64 |
| 3.2.3 Responsabilidade contratual X responsabilidade extracontratual | 66 |
| 3.2.4 Distinções entre a responsabilidade do Estado e a do particular | 67 |
| 3.2.5 Análise do artigo 37, § 6º da Constituição Federal | 68 |
| 3.2.5.1. A responsabilidade dos agentes públicos | 72 |
| 3.2.5.2. Posições doutrinárias a respeito da omissão específica | 73 |
| 3.3 O DEVER DE REPARAÇÃO DO ESTADO | 75 |
| 4 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580252 | 78 |
| 4.1 SÍNTESE DO JULGADO NO RE 580252 | 78 |

| | |
|--|----|
| 4.2 CONTORNOS DO RE 580252 EM OUTRAS ÁREAS DA ATUAÇÃO ESTATAL..... | 82 |
| 5 CONCLUSÃO | 92 |
| REFERÊNCIAS | 96 |

1 INTRODUÇÃO

A decisão do Recurso Extraordinário 580252 trouxe ao cenário jurídico uma discussão a respeito da responsabilidade do Estado, na medida em que concedeu repercussão geral ao julgado e decidiu pela imputação do dever de indenizar um detento que estava encarcerado sob condições que violavam a sua dignidade, com fundamento no artigo 37, §6º da Constituição Federal.

Na apreciação do caso o Supremo Tribunal Federal entendeu pela não aplicação da Teoria da Reserva do Possível, tão comumente arguida como lastro pela administração pública para justificar uma não atuação em áreas de sua intervenção obrigatória. A decisão foi assentada na necessidade de o Estado indenizar aqueles que sofrerem danos por conta da atuação dos seus agentes públicos, seja de modo comissivo ou omissivo, independentemente da alegação de insuficiência de recursos públicos.

A partir do fundamento utilizado nessa decisão do STF - consistente na indenização dos presos por danos morais decorrentes de tratamento desumano e degradante a que estejam submetidos em estabelecimentos prisionais -, o trabalho visa a trazer uma abordagem sobre a atuação do Estado em áreas outras que são obrigações na sua esfera, a exemplo de saúde, assistência social e educação, em que o Estado frequentemente se omite e nada lhe é imposto em razão dessa conduta.

Salienta-se inicialmente que esta monografia não tem como propósito abordar os problemas do sistema penitenciário brasileiro, nem tampouco formular juízo de valor a respeito da decisão proferida pela Suprema Corte em benefício dos detentos, mas tão somente utilizar o RE 580252 e suas implicações como paradigma para analisar se é possível atribuir responsabilização ao Estado para demandas em que também há um flagrante descaso estatal e não lhe é imputado o mesmo tratamento, assim como definir se a Teoria da Reserva do Possível seria um elemento justificador para a ineficiência do Estado.

Isto posto, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar a Responsabilidade Civil do Estado por atos omissivos, e identificar em que situações seria cabível utilizar a Teoria da Reserva do Possível como fundamento para que subsista o não atendimento das demandas sociais.

Além disso, são objetivos específicos: i)- analisar se as decisões do Estado podem se apoiar apenas em juízo de conveniência e oportunidade; ii)- identificar se a concessão de indenizações seria a melhor forma de solucionar o problema da inação estatal; iii)- apontar

meios alternativos para a efetivação dos direitos; iv)- verificar se a decisão do Supremo fará com que haja uma maior judicialização das questões sociais, principalmente em relação aos detentos, em face do caráter de repercussão geral que emoldura o RE estudado; e, v)- dissecar hipóteses em que a decisão do STF venha a ser utilizada como paradigma, com reflexos em outras áreas de responsabilidade do Estado igualmente carentes de comprometimento com as obrigações que lhe são impostas.

Nesta pesquisa a metodologia aplicada foi a do método indutivo, na medida em que parte de uma decisão específica e utiliza-se dos seus fundamentos para aplicação de maneira generalizada em áreas diversas de atuação estatal, para que todas sejam tratadas de forma semelhante.

O tema foi escolhido pela sua flagrante relevância social, considerando os reflexos que a decisão do STF permite projetar, em face da deficiente atuação estatal nas diversas áreas que lhe compete agir, especialmente na saúde, na educação e na assistência social.

Sendo a decisão um paradigma para a aplicação da responsabilidade estatal, emerge a preocupação sobre como o Estado se comportará e os efeitos sobre suas prioridades: ou atua para corrigir as questões em sua origem, ou se adapta para apenas agir nas consequências, limitando-se a honrar as indenizações que lhe forem impostas.

No âmbito jurídico a discussão perpassa pela necessidade de se verificar se os direitos fundamentais prevalecem, ainda que haja a alegação estatal de inexistência de recursos para atendê-los, e a forma como isso impacta o judiciário, uma vez que sistematicamente as pessoas buscam o órgão jurisdicional para terem assegurados os seus direitos. Ademais, uma vez entendendo-se pela responsabilização estatal em todas as lides, o adimplemento das demandas individuais imporá gastos que comprometerão a capacidade do Estado de atender ao interesse público em geral.

Para a realização da presente pesquisa foram utilizadas como fontes bibliográficas obras que tratam do tema de forma direta ou indireta, artigos jurídicos, notícias, teses, dissertações e jurisprudências que acolhem ou rejeitam a teoria da reserva do possível demonstrando a ineficiência estatal e a necessidade de uma responsabilização mais efetiva dos entes federativos quando cotejadas as garantias dos direitos fundamentais.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESERVA DO POSSÍVEL

Em que pese constitucionalmente previstos os direitos fundamentais convivem com o problema da escassez de recursos para efetivá-los, o que leva o poder público a utilizar a teoria da reserva do possível como justificativa para sua não atuação. Nota-se, portanto, que a mera previsão legal no ordenamento não é suficiente para garanti-los, uma vez que a norma precisa somar-se a um agir efetivo dos órgãos públicos, o que na prática não ocorre.

Discute-se, pois, à luz da Teoria da Reserva do Possível, até que ponto está o poder público obrigado a prestar serviços públicos, de modo a efetivar direitos sociais fundamentais. Deve a garantia desses direitos se dar de forma plena e absoluta, de forma satisfatória e adequada ou, tão somente, de modo a garantir o mínimo existencial?!¹

Há uma divergência doutrinária quanto à eficácia dos direitos fundamentais, o quanto o Estado deveria atuar para garanti-los e dentre as teorias existentes pode-se citar a concepção absolutista, a moderada e a mínima.

A absolutista defende que os direitos fundamentais sempre devem ser defendidos e implementados ainda que isso signifique adentrar na separação de poderes ou no orçamento público. A moderada, como a própria terminologia deixa claro, defende que os direitos devem ser assegurados, contudo de forma sopesada, ou seja, sempre respeitando os limites financeiros; e, por fim, a mínima propõe que a administração pública deve assegurar tão somente o mínimo existencial, os direitos básicos necessários ao indivíduo, diferentemente das outras duas que visam a um esforço constante na proteção de todos os direitos.²

A respeito do tema, o doutrinador Dirley da Cunha Junior³ afirma que os direitos fundamentais para serem efetivados não podem depender da reserva do possível no sentido de que o poder público não deve negar o atendimento aos direitos com base na falta de recursos, vez que esses sempre podem ser deslocados de áreas outras em que sua aplicação não demande urgência e não esteja ligada aos direitos essenciais da pessoa.

¹ PORCIÚNCULA, André Ribeiro. Teoria da reserva do possível: justificativa para legitimar a ineficiência do poder público ou real escassez de recursos orçamentários?. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador: Faculdade de Direito da UFBA, v.7,2007, p. 467.

² CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2.ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 179.

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 270.

Por outro prisma, Gustavo Amaral⁴ defende que não há possibilidade fática de assegurar todos os direitos a todas as pessoas, e que no momento da escolha política deve-se considerar duas ordens: quanto disponibilizar e a quem atender.

2.1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Malgrado a Constituição Federal tenha empregado no título II, a nomenclatura “direitos e garantias fundamentais”, ainda há uma grande divergência doutrinária quanto à opção terminológica adotada. Alguns doutrinadores utilizam outras expressões como sinônimos desta, como por exemplo, liberdades públicas, direitos subjetivos, direitos humanos e direitos individuais. Contudo, o doutrinador Dirley da Cunha Junior⁵ espousa que não deveria ser assim adotado, uma vez que o alcance de “direitos fundamentais” é maior e abrange os demais.

Como afiança o citado autor, liberdades públicas é um termo criado na França e foi adotado nas Constituições do país para nomear direitos de defesa contra o Estado, para que não houvesse intervenções indevidas do ente estatal. Ao utilizar essa expressão para indicar os direitos previstos na Lei Maior do Brasil estaria se limitando a indicar determinados direitos, sem mencionar os direitos sociais e econômicos.

Direitos subjetivos, por outro lado, é uma terminologia que não vem sendo muito utilizada vez que seriam prerrogativas dos indivíduos sujeitas a disposição e/ou renúncia, que podem desaparecer por efeito de prescrição, situação diversa da estabelecida na Constituição Federal para os direitos fundamentais.⁶

Já direitos individuais - como a própria nomenclatura expressa -, abrange tão somente os direitos que podem ser usufruídos individualmente pela pessoa, o que limita o alcance das garantias já que se refere apenas a uma dimensão dessas.

Não obstante os direitos fundamentais serem sempre direitos humanos, já que eles se destinam à garantia do indivíduo como ser humano, aquela expressão também não se confunde com esta, estando a diferença entre ambas na sua previsão legal. Enquanto os direitos fundamentais referem-se às garantias positivadas pelo ordenamento jurídico de determinado Estado, a expressão direitos humanos se destina aos direitos garantidos na

⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.148.

⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p.438.

⁶ *Ibidem*, p. 440.

dimensão do direito internacional e tais direitos prescindem de previsão específica dos países, “reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram validade universal”.⁷

Destarte, os direitos fundamentais seriam direitos humanos, ou seja, decorrem da pessoa enquanto indivíduo, só que incorporados pelas Constituições dos Estados que garantem sua proteção e efetividade.

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.⁸

Nota-se que não se tratam de conceitos excludentes, mas tão somente de dimensões diversas das garantias do homem como sujeito de direitos e que são melhor explicadas se denominadas por uma terminologia que abranja toda a grandeza dos direitos existentes. O presente trabalho adotará a nomenclatura “direitos fundamentais” uma vez que cinge-se a analisar os direitos previstos na atual Constituição brasileira.

Os direitos fundamentais, na qualidade de direitos inatos, direitos do homem em decorrência da sua condição de indivíduo, sempre estiveram presentes da história da humanidade. Marmelstein⁹ relembra que a preocupação com a dignidade da pessoa humana pode ser vista tanto no Código de Hamurabi, de 1800 a.C., onde havia um certo cuidado com os direitos do ser humano na medida em que dispositivos visavam ao bem-estar da nação, quanto nas correntes religiosas da época, que pregavam paz, amor e solidariedade entre os povos.

Os direitos do homem independem do Estado no que tange à sua existência, mas necessitam desse para que possam ser reconhecidos e efetivados. Ademais, a declaração de existência desses direitos além de funcionar como uma garantia da coletividade quanto à sua consagração, atua como limitação do poder político, haja vista que podem ser invocados sempre que verificado um abuso de direito por parte dos governantes.

Assim sendo os direitos do homem funcionam como uma forma protetiva das liberdades frente ao Estado, para que não haja uma intromissão indevida na vida privada e na relação entre os sujeitos. As afirmações dos direitos, portanto, pressupõem um poder limitado do ente estatal, o que sucedeu ao surgimento do estado democrático de direito e, inclusive, foi

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29.

⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

⁹ *Ibidem*, p. 28.

garantido na Constituição Federal brasileira de 1988, em seu preâmbulo, assegurando que o papel estatal é garantir o exercício dos direitos e liberdades do povo.¹⁰

Como ressalta o Mestre Dirley da Cunha Junior, “a evolução dos direitos fundamentais acompanha o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos, assim como o progresso científico, técnico e econômico”¹¹.

Os direitos fundamentais evoluíram de acordo com a crescente necessidade de mudanças pelas quais passaram a sociedade ao longo dos anos e isso é ratificado quando se analisa as três dimensões dos direitos fundamentais, tema que será melhor explanado adiante, em tópico próprio.

2.1.1 Os direitos fundamentais na Constituição de 1988

Desde a Constituição de 1824 até a atual Constituição nota-se uma preocupação com a afirmação dos direitos fundamentais no direito brasileiro. Para que melhor se compreenda o sentido dos direitos previstos na Lei Maior, é fundamental uma sintética análise histórica a respeito das Constituições Brasileiras.

Esta primeira Constituição expressamente previa, no título oitavo, as garantias de direitos civis e políticos dos brasileiros, deixando claro no artigo 179 que elas se baseiam na liberdade, segurança individual e na propriedade.¹²

A Carta Constitucional pôs em relevo o anseio, tão em voga á época, da tutela da liberdade, cuja materialização foi confiada à lei, cuja elaboração é compartilhada entre o Legislador e o Imperador, este com posição de preeminência derivada do acúmulo dos Poderes Executivo e Moderador.¹³

A Constituição de 1891 na seção II, título IV era intitulada “declaração de direitos” e tinha a mesma base da anterior. Houve, contudo, a ampliação dos seus titulares, com a inclusão dos estrangeiros residentes no país. Dentre os direitos garantidos, observa-se a liberdade religiosa, conferida graças a separação entre Igreja e Estado, e a liberdade de associação e de reunião pacífica, não previstas na Carta Constitucional anterior.

¹⁰BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao>. Acesso em: 14 mai. 2017.

¹¹CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 453.

¹²BRASIL. **Constituição política do império do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24>. Acesso em: 14 ago. 2017.

¹³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Estrutura dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 e a história dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014, p.205.

A Constituição de 1934 trouxe a previsão da declaração dos direitos no título III, assegurando direitos não só de liberdade, segurança individual e propriedade, mas também de subsistência, conforme se observa em seu artigo 113.¹⁴

Em 1937, após a descoberta de uma tentativa de golpe comunista, forjado como Plano COHEN, o presidente à época promulgou nova Constituição concentrando os poderes para si e prevendo expressamente no artigo 122 que os direitos fundamentais teriam como limites o bem público, a ordem coletiva e a segurança da nação e do Estado, o que permitia ao ente estatal restringir qualquer direito se alegasse a necessidade de preservação de um desses princípios.¹⁵

A Constituição de 1946 não apresenta grandes modificações quanto aos direitos fundamentais, mas dentre as inovações pode-se citar o artigo 141, § 4º, que prevê o controle judicial de qualquer lesão de direito individual.¹⁶

A Carta Constitucional de 1967, bem como a anterior, não trouxe significativas mudanças em termos de direitos fundamentais, pois o governo militar pretendeu, ao menos no texto constitucional, manter os direitos e garantias fundamentais. As mudanças que ocorreram no período foram implementadas mediante atos institucionais, tendo o Ato número 5 provocado grandes modificações, entre elas a de suspender por dez anos os direitos políticos de qualquer cidadão e a proibição de frequentar certos lugares, ajustes esses que contrariavam os direitos do homem.

A Constituição de 1988 assegura os direitos fundamentais desde o seu preâmbulo, deixando expresso que o dever do Estado é proteger os direitos e liberdades do povo brasileiro. Nesse sentido Marmelstein cita em sua obra a famosa frase de Ulysses Guimarães, proferida quando da criação da Carta Maior. “Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a constituição cidadã”.¹⁷

¹⁴Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL. **Constituição da República Dos Estados Unidos Do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 15 ago. 2017).

¹⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Estrutura dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 e a história dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014, p.221.

¹⁶ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46>. Acesso em 14 ago. 2017.

¹⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 62.

Diversamente das demais a Constituição Cidadã acolheu um extenso rol de direitos fundamentais - prevendo-os desde o início da Carta -, o que demonstra uma preocupação maior com a sua proteção e, inclusive, foram eles explicitados no título II, topograficamente antecedendo a previsão da Organização do Estado, localizada no título III. “É a primeira Constituição que tem como fundamento do Estado a dignidade da pessoa. Todas as outras começaram pelo Estado, esta começa com o homem, porque o homem, e não o Estado, é o problema no Brasil”.¹⁸

Ademais, os direitos fundamentais são considerados cláusulas pétreas, conforme previsão do artigo 60, IV, o que significa que eles não podem ser suprimidos por qualquer motivo e nem por meio de emenda constitucional.

A Constituição de 1988 privilegiou os direitos fundamentais, reconhecendo inclusive que o rol das garantias elencadas no artigo 5º seria meramente exemplificativo, possibilitando o acolhimento de outros direitos em decorrência do parágrafo 2º do citado artigo, que ficou conhecido como cláusula de abertura, e garantindo a todos a mesma proteção do artigo 60, IV.

Os direitos fundamentais possuem algumas características próprias, dentre elas é possível destacar: i) - a universalidade, o que significa que são destinados a todas as pessoas, sem distinção; ii) - são inalienáveis, ou seja, não podem ser transferidos, pertencem ao titular e somente a este e, inclusive não tem conteúdo econômico; iii) - são imprescritíveis, implicando em que não prescrevem, não desaparecem com o passar do tempo; iv) - são irrenunciáveis; e, v)- são limitados. Essa última característica impõe-se quando há choque entre os direitos fundamentais, o que implicará necessariamente em uma ponderação para decidir qual direito prevalecerá no caso concreto.

Como o artigo 5º se destina exclusivamente à previsão dos direitos fundamentais, é indispensável uma análise a respeito do dispositivo. Primeiramente convém ressaltar que a simples leitura do artigo denota que os direitos fundamentais são assegurados aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, nada veiculando a respeito dos estrangeiros de passagem ou das pessoas jurídicas.

Ocorre que, conforme defende a cátedra de Dirley da Cunha Junior¹⁹, apesar do silêncio do legislador, deve-se interpretar o dispositivo pelo princípio da unidade da Constituição, o que

¹⁸ CASADO, José. **Ulysses Guimarães 100 anos: O segredo da felicidade**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/ulysses-guimaraes-100-anos-segredo-da-felicidade-20243288>> Acesso em: 29 nov. 2017.

¹⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 504.

significa que todos, sem distinção, seriam destinatários dos direitos e garantias previstos no texto constitucional e só não deve ser dessa forma quando estiver expresso no texto de forma diversa, como se verifica em relação a alguns direitos políticos.

Com pensamento diferente o Mestre José Canotilho²⁰ defende que “o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos.” Sem adentrar nas minúcias dessa discussão, o presente trabalho adota a tese de que os direitos fundamentais abarcam também as pessoas jurídicas, na medida em que, reconhecidas como sujeitos de direito, seria juridicamente ilógico não lhes conceder garantias de proteção para funcionamento e existência.

No que tange ao parágrafo 1º do artigo 5º²¹, este prevê que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata o que gera certa divergência doutrinária.

Antes de adentrar na questão da eficácia dos direitos fundamentais é essencial diferenciar os modos de aplicabilidade das normas constitucionais. Salienta-se inicialmente que todas as normas constitucionais possuem certo grau de eficácia, até porque seria incoerente a previsão de uma norma na Constituição destituída de qualquer aplicabilidade. A diferença entre os efeitos existentes decorre da necessidade ou não de uma norma complementar para que seja executada conforme o pretendido pelo constituinte.²²

Dessa forma pode-se classificar as normas como de eficácia plena, contida ou limitada. As primeiras dizem respeito às normas que produzem seus efeitos sem que seja necessária a existência de uma outra normatização para regulamentá-la; elas têm eficácia imediatamente por isso pode-se dizer que são de aplicabilidade direta e imediata. As de eficácia contida também produzem seus efeitos independentemente de normas que as regulamentem, contudo podem ter sua eficácia limitada, contida por outras normas em decorrência de expressa previsão constitucional e, por tal motivo, diz-se que são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral. Por fim, as normas de eficácia limitada são aquelas que necessitam de regulamentação para serem aplicadas, sua entrada em vigor não gera efeitos de logo, como as

²⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 416.

²¹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao>. Acesso em: 16 ago. 2017.

²²SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.) **Tratado de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p. 168.

plenas e as contidas, sendo imprescindível que o legislador as complemente para que venham a produzir consequências.

No que tange à aplicabilidade dos direitos fundamentais, José Afonso da Silva - defendendo posicionamento adotado por José Gomes Canotilho -, afirma que os direitos individuais são de aplicabilidade imediata e direta, uma vez que não dependem de intermediação do legislador, contudo os direitos sociais são enquadrados como normas programáticas de eficácia limitada.

Normas, que em vez de regular, desde o primeiro momento de modo direito e imediato, determinadas situações e relações (a que se referem), regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre ditas matérias, isto é, estabelecem aquilo que os governantes deverão ou poderão fazer (e, inversamente, pois, aquilo que não poderão fazer) relativamente aos assuntos determinados.²³

Da mesma forma entendem Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, sustentando que “não são imediatamente aplicáveis na realidade social – não porque isso não seja desejável, mas porque é simplesmente impossível aplicar um direito sem conhecer as hipóteses e condições de sua incidência e as formas de seu exercício.”²⁴

Por outro lado, Laurício Pedrosa, ao expor a concepção de Eros Grau, assevera que os direitos fundamentais não seriam normas programáticas, posto que a aplicabilidade imediata está prevista na própria Constituição, bem como reporta a existência de mecanismos processuais que suprimem o silêncio do constituinte e são capazes de garantir essa aplicabilidade.²⁵

O artigo 5º, § 2º da Constituição Federal estabelece que os direitos constitucionais expressos na Carta Constitucional não excluem outros, o que significa que o extenso rol das garantias previstas nos incisos seguintes não é taxativo, admitindo a existência de outros direitos, o que levou a doutrina a denominar esse dispositivo de cláusula de abertura dos direitos fundamentais.

Dessa forma, pela simples leitura nota-se que o Brasil reconhece os direitos fundamentais previstos no artigo 5º, bem como aqueles estabelecidos em tratados internacionais aderidos

²³ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.) **Tratado de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p. 181.

²⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 15.ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 96.

²⁵ PEDROSA, Laurício. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; BARRETO, Ricardo Menna. (Orgs.). **Teoria crítica dos direitos fundamentais: verdade, igualdade e poder**. Salvador: Dois de Julho, 2015, p. 29.

pelo país, e também os que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Magna Carta.²⁶

Como há essa abertura dos direitos fundamentais, relevante diferenciar os direitos formal e materialmente fundamentais. Os direitos materialmente fundamentais são aqueles que por conta do seu conteúdo e importância são considerados fundamentais, em que pese não estejam previstos expressamente na Constituição. Diferentemente, os direitos formalmente constitucionais se referem àqueles que estão categoricamente inseridos na Carta Constitucional nessa categoria, mas seu conteúdo não é de importância tamanha a ponto de ser considerado fundamental.

Por fim há direitos que são formal e materialmente fundamentais que estão previstos como tal em razão de constarem na Constituição com esse status, e por serem necessários à vida em sociedade.

A cláusula de abertura é de extrema importância para os direitos fundamentais, dado que não se limita aos direitos expressamente adotados pelo constituinte originário na Carta, o que significa um maior reconhecimento e proteção das garantias do homem. Sobre tal cláusula Ingo Sarlet afirma que em razão da materialidade aberta, poderia se pensar na existência de direitos fundamentais previstos em legislações infraconstitucionais. Entrementes assegura o referido autor que não seria essa a melhor interpretação, vez que a existência de direitos fundamentais em legislações esparsas tão somente representam a explicitação, mediante ato legislativo, de direitos implícitos da Constituição.²⁷

O artigo 5º, §3º da CF assevera que os tratados internacionais aprovados com quórum qualificado têm a mesma força de uma emenda constitucional, o que demonstra a preocupação do legislador em estabelecer que não haveria hierarquia entre os direitos humanos provenientes de tratados e os direitos fundamentais insertos na Constituição Federal, todos merecendo igual proteção. Havendo conflito entre tais previsões a solução mais prudente é a prevalência do direito fundamental mais adequado à solução do caso concreto, sempre levando em conta aquele que melhor protege a dignidade da pessoa humana, princípio basilar dos direitos fundamentais.

Essa tese de que a norma a ser aplicada deve ser sempre a que melhor prestigia a dignidade humana, é muito mais compatível com a ideia de que nenhuma norma,

²⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao>. Acesso em: 18 ago. 2017.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 88.

seja constitucional, seja internacional, deve ser interpretada no sentido de excluir o reconhecimento de outros direitos e garantias que sejam mais benéficos ao ser humano. Nenhuma declaração de direitos, seja de que hierarquia for, pode servir como desculpa para imobilizar o caráter expansivo e progressivo dos direitos fundamentais.²⁸

O § 4º do artigo 5º não carece de maior atenção, uma vez que a aplicação dos direitos fundamentais pelo Tribunal Penal Internacional não será objeto de análise do presente projeto.

Nota-se pela interpretação do artigo 5º da Constituição de 1988 que o legislador garantiu ampla proteção aos direitos fundamentais, devendo assim o poder público lhe assegurar a maior eficácia possível, uma vez que são instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana, emergindo também como garantias frente a eventual abusividade do Estado.

2.1.3. As dimensões dos direitos fundamentais

Na cátedra de Dirley da Cunha Junior²⁹ os direitos são chamados de fundamentais porque “sem eles a pessoa não se realiza”, eles garantem ao ser humano prerrogativas para assegurar uma existência digna, livre e igual a todos.

Como dito anteriormente, consagrado é o entendimento que os direitos fundamentais são previstos de forma exemplificativa no artigo 5º da Constituição Federal, equivalendo a afirmar que tais direitos não excluem aqueles porventura consagrados em outras legislações, bem como de tratados a que o Brasil seja parte. Eles funcionam como defesa do indivíduo frente ao Estado, na medida em que podem ser invocados para inibir comportamentos incompatíveis na atuação estatal, preservando a sociedade de eventuais lesões.

Ocorre que não basta a previsão legal, esses direitos asseguram – ou deveriam assegurar – a prestação estatal. Os direitos fundamentais devem ser concretizados pelo Estado por meio de ações e políticas públicas que possibilitem aos indivíduos usufruir ou exigir a sua efetividade.

Os direitos fundamentais expressam valores da sociedade, sem, no entanto, implicar que sejam imutáveis, pois sujeitam-se a ajustes de acordo com a evolução cultural da coletividade em que estão inseridos. Apesar da possível mudança em seu conteúdo, os direitos fundamentais são direitos inatos, naturais e precedem à existência do Estado, na medida em que referem-se ao indivíduo como sujeito de direitos. Reitera-se que o reconhecimento de

²⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 219.

²⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 503.

novos direitos não suprime os anteriormente firmados, o processo é de acumulação e não de supressão.

A doutrina majoritária classifica os direitos fundamentais dividindo-os em três dimensões, com alguns doutrinadores reconhecendo a existência de mais duas dimensões. Essa ideia de repartir os direitos em gerações foi idealizada em 1979 por Karel Vasak, jurista tcheco que denominou seu pensamento de “teoria das gerações do direito”.³⁰

A teoria abarca em sua nomenclatura a expressão “gerações” termo que é substituído por alguns autores por “dimensões”, e isso é feito para que não haja qualquer dúvida a respeito do processo de complementariedade dos direitos, posto que “gerações” poderia levar à crença de que o tempo e novas legislações suprimiriam direitos e os substituíram por novos, o que não ocorre.

A ideia original dividia os direitos em três gerações: os direitos de liberdade, de igualdade e os de fraternidade, em razão do referido jurista ter se inspirado no lema da Revolução Francesa. Com o passar do tempo e a acumulação entre os novos e os anteriores direitos fundamentais, parcela da doutrina, tendo como maior defensor o autor Paulo Bonavides³¹, incorporou à teoria duas novas gerações, mas essas não são de aceitação ampla.

Os direitos de primeira dimensão são os chamados direitos individuais de liberdade, são os direitos do indivíduo frente à atuação estatal. Eles surgiram como forma de combate ao Estado absoluto, onde vigorava a intolerância religiosa, censura à liberdade de pensamento, opressão à participação popular nas decisões políticas e uma forte intervenção no mercado e na vida privada.

Com o surgimento das revoluções liberais, que visavam a mudanças estruturais nos Estados, os direitos de primeira geração atraíram características do pensamento liberal, objetivando a abstenção do Estado no tocante ao exercício das liberdades individuais, a não atuação do Estado nas relações firmadas entre os sujeitos, sendo claramente direitos de defesa dos cidadãos.

Com a insatisfação do regime adotado e o surgimento do constitucionalismo, ficaram certificados como de primeira geração também os direitos civis e políticos e dentre eles o direito a vida, a liberdade e a propriedade. Visava-se com isso limitar o poder do Estado para

³⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.37.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 589.

que esse figurasse apenas como garantidor dos direitos e não como órgão controlador da vida dos cidadãos, como anteriormente se verificava.

No século XIX, com o advento da Revolução Industrial, a Europa experimentou uma expansão econômica e o surgimento de inúmeras fábricas modificou a vida da população e a conformação das cidades, que resultaram em verdadeiros aglomerados urbanos³². As transformações e a prosperidade econômica foram tamanhas, a ponto de o período ser chamado de Bela Época.

Ocorre que o incremento econômico não se materializou de modo uniforme. Enquanto uma parcela da população se beneficiava com os frutos da industrialização, os operários sofriam com os impactos e as más condições de trabalho, o que fez surgir movimentos reivindicatórios e conseqüentemente o Estado passou a adotar comportamento ativo na realização da justiça social, reconhecendo progressivamente direitos para a população.³³

Dessa forma, a segunda dimensão possui um conteúdo prestacional de direitos, fundado na igualdade, tendo como alvos a redução das desigualdades da época, a melhoria das condições de vida, e a garantia de direitos sociais, econômicos e culturais. Notou-se que a liberdade precisava ser somada a direitos básicos do indivíduo, como condição para alcançar plena prosperidade. Neste tema, diferentemente do que emergiu na primeira dimensão, a abstenção do Estado não é o suficiente para a consagração dos direitos, sendo necessária também uma atuação estatal.

Com os impactos da segunda guerra mundial e o crescente desenvolvimento tecnológico surgiram novas reivindicações sociais, dessa vez relacionadas a direitos que pudessem ser titularizados coletiva e universalmente. Assim sendo, a terceira dimensão é marcada pelo caráter difuso dos direitos fundamentais, direitos que não atingem somente ao indivíduo em si, mas a toda a coletividade.

Abrangem direito a fraternidade, em razão da sua preocupação central ser os interesses comuns da coletividade e que, pela sua essência, exigem esforços e responsabilidades de toda a população mundial para sua efetivação. Também estão insertos nessa dimensão os direitos ao meio ambiente, a autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento social.³⁴

³² CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 477.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 47.

³⁴ *Ibidem*, p. 49.

A quarta dimensão, conforme o posicionamento de Paulo Bonavides, decorreu da globalização dos direitos fundamentais, possuindo um caráter transnacional e contemplando a universalização dos direitos. “Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.³⁵ Com a evolução da sociedade e a crescente vontade de participar das escolhas políticas que regem a coletividade, surgiram os direitos que asseguram transparência e eficiência, como, por exemplo, direito a democracia direta, ao pluralismo e a informação.³⁶

Ocorre que não há ainda uma positivação expressa dos direitos de quarta geração no ordenamento interno dos países. O que se tem, efetivamente, é a expectativa de colaboração dos povos para a consagração de tais direitos.³⁷

Por fim, segundo Paulo Bonavides, os direitos de quinta geração foram inseridos por Karel Vasak na terceira geração de forma lacunosa, devendo ser postos em uma nova geração de direitos. Segundo o doutrinador o direito a paz é imprescindível para a convivência humana e para a segurança dos direitos, merecendo, portanto, elevação autônoma a direito de quinta geração.³⁸

Acentua Jairo Schafer³⁹ que essa repartição dos direitos em dimensões foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 221640, julgado em 30 de outubro de 1995, quando a Corte reconheceu o direito ao meio ambiente como direito de terceira geração, por se direcionar a toda a coletividade e não apenas a um indivíduo em particular.

O citado autor tece algumas críticas quanto à concepção geracional dos direitos, entendendo que a nomenclatura “gerações” induz a erro na medida em que uma geração não substitui outra, como poderia se pensar, “as diversas gerações, em verdade, são diferentes dimensões do mesmo fenômeno, cuja magnitude somente é perceptível em seu conjunto.”⁴⁰

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 589 e 590.

³⁶ CARNEIRO NETO, Durval. **Dever e responsabilidade civil do Estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social**: quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral. 2017. Tese. Orientador: Prof. Doutor Celso Luiz de Braga Castro. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 33.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p 51.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 603.

³⁹ SCHAFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário. 2.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 52.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 55.

Ademais acrescenta que, de forma equivocada, as dimensões classificam os direitos com base unicamente nos momentos históricos que lhes deram origem, quando o mais correto seria agrupá-los a partir do seu conteúdo, da própria estrutura dos direitos. Como não foram assim ordenados há direitos com característica de primeira dimensão, no sentido de direito, que na segunda dimensão necessitam de uma abstenção estatal.

O mencionado autor defende que em razão dessas críticas a doutrina criou a classificação entre direitos negativos ou positivos, a partir da necessidade ou não de atuação efetiva do Estado, e que essa divisão não necessariamente significa que os direitos negativos correspondem à primeira divisão e os positivos à segunda. Ocorre que Schafer também critica essa divisão reconhecendo que foram formulados regimes e princípios específicos para cada categoria, o que prejudica a efetivação dos direitos fundamentais em geral.

Com isso o autor sustenta que devem ser superados os modelos teóricos com o fim de considerar os direitos fundamentais a partir da sua unidade, pregando que “todos os direitos apresentam, simultaneamente, características negativas e positivas, pois exigem, para concretização, complexo conjunto de ações/omissões por parte do Poder Público e dos particulares.”⁴¹

Independentemente da dimensão em que estejam enquadrados ou do modelo utilizado os direitos fundamentais pretendem proteger os interesses dos indivíduos, impondo uma atuação efetiva do Estado na sua consagração. Em que pese previstos na Constituição, a realidade demonstra que não há hoje uma concreta atuação estatal que vise à sua observância, o que resulta em uma crescente busca ao judiciário a fim de que os direitos sejam reconhecidos e respeitados.

Ao longo do tempo os gestores públicos não deram a devida atenção a estas questões, prevalecendo a ineficiência, a omissão, a inação e a desassistência, deixando os destinatários dos serviços entregues à sua própria sorte. Inobstante tal conduta reclamar uma mudança de comportamento, durante anos a responsabilização do Estado não se verificou de modo incisivo, coerentemente com as transformações reclamadas pela sociedade.

⁴¹SCHAFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário. 2.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 78.

2.1.4 A proteção estatal aos direitos fundamentais

A vigente Constituição Federal é considerada uma Constituição rígida, uma vez que suas normas somente podem ser alteradas ou revogadas por meio de emenda constitucional e isso funciona como mecanismo de limitação do poder público, protegendo os cidadãos de alterações por conveniência do Legislativo.

Além da rigidez inerente a todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais ganharam uma maior proteção ao serem elevados pelo legislador originário ao status de cláusulas pétreas, conforme preconiza o artigo 60, parágrafo 4º da Carta Maior, significando que não podem ser alterados ou suprimidos ainda que pelo poder constituinte derivado, sendo assim intangíveis.

Em que pese o artigo 60, § 4º, IV deixar expresso que “os direitos e garantias individuais” não são passíveis de mudanças, é inadequada uma interpretação meramente gramatical e esse inciso deve ser entendido conforme o princípio da unidade da Constituição, significando que a proteção abarca os direitos fundamentais como um todo. “A tese de que a intangibilidade prevista no referido dispositivo constitucional restringir-se-ia aos direitos individuais revelase insustentável diante de uma interpretação sistemática e teleológica do texto normativo constitucional”.⁴²

Desprovido de lógica seria garantir a intangibilidade somente aos direitos individuais já que todos os direitos fundamentais são reflexos da dignidade da pessoa humana e visam a concretizar os objetivos do Estado. Salienta-se que não apenas os direitos previstos no artigo 5º da Constituição são imutáveis, mas todos os direitos fundamentais, sejam aqueles dispostos em outros artigos constitucionais, sejam os previstos nos tratados internacionais.

Além da imutabilidade os direitos fundamentais são protegidos pelo princípio da vedação ao retrocesso, segundo o qual os direitos já alcançados não podem ser suprimidos. Ainda assim, Gustavo Marmelstein defende que a supressão de um direito é possível se forem criados instrumentos jurídicos que amenizem os efeitos causados com a omissão incorrida.⁴³

Nota-se que esse princípio exige do Estado uma atuação constante na proteção dos direitos, de modo que o poder público sempre garanta novos direitos sem detrimento dos já adquiridos. A

⁴² XEREZ, Rafael Marcílio. **Dimensões da concretização dos direitos fundamentais:** teoria, método, fato e arte. 2012. Tese. Orientador: Prof. Doutor Celso Luiz de Braga Castro. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 111.

⁴³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 279.

proibição de retrocesso garante à sociedade segurança de que a administração pública se comprometa a assegurar mais direitos, melhorando as condições de vida da coletividade e atendendo aos objetivos previstos na Constituição de construir uma sociedade mais justa e solidária (artigo 3º, I).

Os direitos humanos notabilizam-se por serem o pressuposto de existência da ordem jurídica. Uma ordem que não reconheça direitos humanos, não é jurídica, mas mero estatuto de dominação. Os direitos fundamentais, que são positivados, ainda que por influência de outros princípios e valores albergados no ordenamento, são normas que, a um só tempo, moldam a estrutura do Estado e asseguram direitos⁴⁴.

Conforme sustenta Ingo Sarlet⁴⁵ o poder público não dispõe dos direitos fundamentais, não podendo retirar a eficácia jurídica dos já alcançados, pois isso significaria desobedecer à própria Constituição.

Por outro lado, George Marmelstein defende que a vedação ao retrocesso não deve ser vista de forma estanque. Como a sociedade está em constante evolução podem ser necessárias mudanças em direitos adquiridos para que melhor se ajustem à nova realidade. Dessa forma, a modificação seria possível desde que justificada e para acompanhar o desenvolvimento social.⁴⁶

Outra forma de proteção é a ideia da garantia do mínimo existencial. Tal instituto será tratado em capítulo próprio do presente trabalho, mas, em síntese, seria um núcleo de direitos que preservam a dignidade da pessoa humana e garantem condições mínimas de existência e desenvolvimento dignos, insuscetível de restrições financeiras pelo Estado.

[..] O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.⁴⁷

Todos esses mecanismos de proteção aos direitos fundamentais têm como fundamento basilar a proteção da dignidade da pessoa humana, sob a guarida do Estado democrático de direito previsto no artigo 1º da Constituição de 1988. Dessa forma o princípio da dignidade da pessoa humana serve como referencial para a interpretação e aplicação de todo o ordenamento

⁴⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001p. 98.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 443- 444.

⁴⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.280.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.185.474 – Proc. 0048628-4. Recorrente: Município de Criciúma. Recorrido: Ministério Público do Estado De Santa Catarina. Relator: Min Humberto Martins. Brasília, DJ 29 abri. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4?ref=juris-tabs>> . Acesso em: 02 set. 2017.

jurídico, devendo ser respeitado por todos os entes do Estado e aplicado em todos os atos públicos. Não há como o Estado se afastar dessa imposição.

2.1.5 A judicialização dos direitos

Os direitos fundamentais podem ser divididos em direitos individuais, coletivos, sociais, direitos de nacionalidade, políticos e dos partidos políticos, conforme se observa dos capítulos I ao V do título II da Constituição. O presente trabalho abordará especificamente os direitos sociais que se caracterizam por serem direitos de natureza prestacional, ou seja, necessitarem de prestações efetivas do Estado para que sejam concretizados. Embora expressamente previstos, em muitas situações não são observados pelo poder público, levando a sociedade a buscar meios para ver atendidos tais direitos.

Como bem acentua o doutrinador Andreas Krell, “a ineficácia social dos Direitos Fundamentais Sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe.”⁴⁸

O crescente número de casos levados à apreciação da justiça brasileira pleiteando direitos que ao menos em tese deveriam ser garantidos pelo ente estatal, constitui um fenômeno denominado como judicialização dos direitos.

Nesse escopo, situa-se o direito a saúde – que pela própria legislação constitucional deveria ser universal, público e gratuito. A saúde é universal, uma vez que deve alcançar a todos os brasileiros e estrangeiros no país, sem que o Estado onere o beneficiário desse serviço; é pública e gratuita por contar com acesso pela sociedade sem a necessidade de uma contraprestação, sem que seja exigido o recolhimento de qualquer tributo, devendo o serviço ser usufruído independentemente de contribuição dos indivíduos.

O artigo 196 da Constituição Federal assegura que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Ocorre que a prática subverte a teoria e a atual realidade revela que ao buscar atendimento público na área da saúde o cidadão enfrenta inúmeras dificuldades, dentre elas, mas não apenas, o excessivo número de pessoas esperando em filas – ainda que carentes de

⁴⁸ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 31.

atendimento de urgência – e a falta de recursos financeiros, humanos e materiais para assistir adequadamente aos que dele precisam.

Ainda que este quadro seja desolador, no ano de 2016, por exemplo, o governo federal fez um corte no orçamento da área, reduzindo em 2,3 bilhões o montante destinado à saúde pública.⁴⁹

Há previsão constitucional no artigo 37, § 6º, estabelecendo que o Estado deve reparar os danos causados pela sua omissão. Esse dispositivo alcança aqueles que deveriam receber tratamento médico gratuito e ao invés disso ficam horas aguardando em hospitais públicos? Se o Estado figura na condição de garantidor dos direitos fundamentais, deveria nascer, em razão disso, o dever de reparar quando falha na sua atuação.

Exemplo ilustrativo dessa realidade se verifica no processo de nº 2014.01.1.154659-7 em que o Distrito Federal foi condenado a indenizar a título de danos morais um paciente da rede pública de saúde, possuidor de uma anomalia do Sistema Nervoso Central e que aguardava na fila de cirurgia desde 2007. A Turma Cível entendeu que no caso havia responsabilidade do Estado, formulando, em seu julgado:

Configura-se a responsabilidade civil do Estado o dano experimentado pela vítima em razão de ato omissivo do ente público, consistente em não realizar cirurgia corretiva de anomalia cranial de que padece a vítima, ocasionando-lhe prejuízos extrapatrimoniais (danos morais). Demonstrada a responsabilidade civil do Estado, que há vários anos negligencia a realização da cirurgia na vítima, seja na rede pública distrital, seja em outro ente da federação por meio do tratamento fora de domicílio, torna-se devida a indenização pelos danos morais daí originados.⁵⁰

É inegável que em alguma medida o Estado se responsabiliza pelos seus atos, contudo a reparação pelas omissões do ente estatal ainda é pontual em relação ao número de casos existentes. A maioria esmagadora da população padece não apenas com o mau serviço como também com o descaso das autoridades públicas para sanar as carências, ainda que esparsa e gradualmente ocorram ajustes nas políticas públicas.

Não só a área da saúde incorre em problemas de ineficiência, pois ela também se verifica nas demandas relativas a educação e a assistência social. A educação é uma matéria de competência concorrente, sendo necessário que a União, os Estados, o Distrito Federal e os

⁴⁹NASCIMENTO, Bárbara. **Governo corta mais de R\$ 6 bilhões em recursos para Saúde e Educação.** Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/economia/governo-corta-mais-de-6-bilhoes-em-recursos-para-saude-educacao-18988015>>. Acesso em: 02 set. 2017.

⁵⁰TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITORIOS. **Espera de quase 10 anos na fila de cirurgia gera indenização a paciente da rede pública de saúde.** Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/junho/espera-de-quase-10-anos-na-fila-de-cirurgia-gera-indenizacao-a-paciente-da-rede-publica-de-saude>>. Acesso em: 02 out. 2017.

Municípios proporcionem o acesso de todos, conforme determina o artigo 23 da vigente Constituição Federal.

Sucedem que comumente são veiculadas reportagens que demonstram a situação precária da rede pública de ensino, reportando a falta de profissionais qualificados, as dificuldades relacionadas a materiais de ensino inadequados e/ou insuficientes, a péssima estrutura das escolas e o déficit de vagas para atender a toda a população.

Nessa seara, em 2013 o Estado de São Paulo foi condenado a pagar indenização no valor de R\$ 3.650,00 em benefício de uma criança que não conseguiu vaga na educação infantil da rede pública, e teve que se matricular em instituição privada de ensino.⁵¹

Ainda sobre o tema, em 2016 o Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário 956.475 decidiu que a reserva do possível não pode ser utilizada como justificativa para não cumprimento dos deveres constitucionais pelo poder público, ainda mais quando se tratar de educação, obrigando o município de Volta Redonda a matricular uma criança na creche pública, ainda que em sua defesa tenha sido alegada a inexistência de vagas.⁵²

No quesito da assistência, o artigo 203 da Constituição Federal assevera que a assistência social é devida aos necessitados, independentemente de contribuição, sendo também universal. Na realidade, entretanto, os entes estatais não asseguram a universalidade, mitigando tal garantia na medida em que suscitam a reserva do possível como óbice ao atendimento das demandas de caráter social.

A título de exemplo, no processo nº 0025067-90.2011.8.19.0061⁵³, dois cidadãos ingressaram com uma ação requerendo que o município de Teresópolis concedesse o “aluguel social” (benefício assistencial criado com o objetivo de atender famílias que moram em áreas de risco e foram desabrigadas em razão de vulnerabilidade temporária ou calamidade pública),⁵⁴ por terem sido vítimas do incidente climático que em 2011 devastou aquela região.

⁵¹ SINPRO BAHIA. **Justiça condena Prefeitura de SP a indenizar criança sem vaga na educação infantil pública.** Disponível em: < <http://www.sinpro-ba.org.br/novo/?p=1424>>. Acesso em: 16 out. 2017.

⁵² RODAS, Sérgio. **Reserva do possível não justifica falta de vaga em creche pública, diz Celso de Mello.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/reserva-possivel-nao-justifica-falta-vaga-creche-publica>>. Acesso em: 16 out. 2017.

⁵³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível Nº 250679020118190061. Primeira Câmara Cível. Relator: Fábio Dultra. Julgado em 26 mar. 2013. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117422258/apelacao-apl-250679020118190061-rj-0025067-9020118190061?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 02 out. 2017.

⁵⁴ GOVERNO DO RIO DE JANEIRO. **Desenvolvimento social: aluguel social.** Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/seasdh/exibeconteudo?article-id=1519686>>. Acesso em: 02 out. 2017.

Ocorre que o município se negou a concedê-lo, invocando a teoria da reserva do possível como impeditivo e o argumento foi desconsiderado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Na decisão a Corte apontou ser competência de todos os entes federados a instituição de programas que visem a garantir a assistência social, reflexo da dignidade da pessoa humana, princípio básico da Constituição.

Nas demandas de cunho social a falha de atuação do Estado traz consequências ainda mais dramáticas, fruto da despreocupação com as minorias sociais. Exemplo disso é a ausência de boas condições de acesso aos deficientes físicos no sistema de transportes, em prédios públicos e nas cidades, de maneira geral. Nota-se ainda a grande dificuldade dos portadores de deficiência, uma vez que as calçadas não são adaptadas, faltam rampas, e no que tange aos serviços públicos, além de muitas vezes não serem estruturados, os que o são contam com funcionários despreparados para ajudar e para lidar com os equipamentos existentes.

O artigo 11 da lei de acessibilidade⁵⁵ estabelece que os prédios públicos devem possibilitar o acesso de pessoas portadoras de deficiência, mas tal preceito, como é de costume no Brasil, não é obedecido por todos os entes do Estado, sendo necessário, muitas vezes, o ingresso no judiciário para fazer valer este direito fundamental.

A decisão no processo nº 2639932420098260000 proferida pelo Tribunal do Estado de São Paulo atesta o que acontece nos dias atuais: a necessidade de intervenção do judiciário para atender demandas públicas, face a ausência de atuação estatal. Assim dispõe a ementa:

Ação intentada pelo Ministério Público visando compelir a Fazenda Estadual a implementar reformas em escola pública desprovida de condições de acessibilidade a deficientes físicos - Legitimidade passiva da FESP, ante previsão legal - Cerceamento de defesa inócua, por ser evidente a violação à Lei praticada pela Administração Pública - Sentença que condenou a ré na obrigação de fazer, consistente em reformar, adaptar ou construir acesso na escola - Sentença que deve ser mantida - Recurso improvido.⁵⁶

⁵⁵BRASIL. **Lei 10.098**, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Brasília, DF, 19 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

⁵⁶SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível Nº 2639932420098260000. Terceira Câmara de Direito Público. Relator: Leonel Costa. Julgado em: 15 mar. 2011. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18678014/apelacao-apl-2639932420098260000-sp-0263993-2420098260000?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 02 out. 2017.

Resulta, portanto, na crescente judicialização das demandas sociais, em face da inação estatal. “O que se aprende na atualidade é uma escalada do número de pessoas que ingressam no Judiciário, imbuídas do desejo de corrigir diretrizes governamentais”.⁵⁷

Como não há uma atuação efetiva do Executivo e do Legislativo, as pessoas recorrem ao Judiciário a fim de solucionar demandas que deveriam ser objeto de atenção do poder público, de modo que a instância originariamente prevista para ser utilizada como *ultima ratio*, em verdade assume papel imprescindível para o cumprimento de direitos sociais.

Em decorrência desse fenômeno inúmeras críticas são tecidas quanto às determinações judiciais, quanto a eventuais ofensas à separação dos poderes e ao caráter não democrático das decisões socialmente relevantes. Contudo desconsiderar correções pelo poder judiciário – capazes de concretizar direitos fundamentais -, seria o mesmo que garantir uma infundada supremacia do Legislativo⁵⁸, o que não se coaduna com o texto constitucional, onde se estabelece o dever de todos à guarda e à proteção dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva o doutrinador André Tavares⁵⁹ distingue a figura do juiz entre juiz conforme a lei, e juiz da lei. O primeiro, fruto de uma separação de poderes, partindo da ideia clássica da função jurisdicional; o segundo, fruto do constitucionalismo moderno, o que vincula plenamente a atuação do juiz à garantia da Constituição.

O mencionado autor alega que essa posição efetiva do juiz causa certo temor no Legislativo por algumas razões, entre elas o desvirtuamento da lei pelo judiciário, por não compreender o alcance da regra, e, principalmente, pelo temor de o judiciário se tornar um “legislador paralelo”, aplicando o direito nos casos concretos a partir da sua própria criação e vontade.

Ademais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta que a crescente judicialização é prejudicial na medida em que quando se leva interesses opostos para serem resolvidos judicialmente a decisão do juiz será pautada no valor que melhor soluciona o caso concreto, havendo uma clara distinção entre o que é lícito e o que é ilícito. No entanto afirma que esta é uma visão simplista, objetiva, diferente do que ocorre na administração pública, onde as escolhas são mais complexas e levam em consideração um conjunto de fatores que visam o bem estar social e não apenas a interesses individuais.⁶⁰

⁵⁷VICTOR. Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

⁵⁸ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012, p.64.

⁵⁹ *Ibidem*, p.20-21.

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a judicialização da política. **Revista da Procuradoria Geral da República.** São Paulo: Revista dos tribunais n.9, jul/dez, 1996, p. 141-150.

Por outro lado, Rodrigo Albuquerque de Victor afirma que a atuação do judiciário é desinteressada, o que faz com que este órgão atue melhor na correção das falhas causadas pelo Estado, podendo o judiciário firmar decisões sob a perspectiva jurídica e não política, por ser um órgão independente, não perpassando por alternância de poder.⁶¹

Ao analisar a atuação do judiciário como garantidor dos direitos fundamentais o doutrinador Geovane Peixoto questiona se o legislativo não seria a instância adequada para isso. Nesse sentido, tece algumas críticas em relação ao poder legislativo, quais sejam i)- esse poder não teria como assegurar todos os direitos fundamentais em face da existência de inúmeras preocupações dos parlamentares e a priorização, na sua atuação, de interesses imediatos dos seus eleitores; e, ii)- a sociedade exige não apenas a existência de um poder legislativo, mas em verdade, um atuação dos poderes que seja capaz de satisfazer as demandas sociais.

O mencionado autor sustenta que apesar de o poder legislativo não ser dispensável, “a função de salvaguarda dos direitos fundamentais, na busca de sua eficácia, seja mais bem encarnada pelo Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional”.⁶²

Deve haver, em suma, uma atuação jurisdicional, pois “ao juiz constitucional cumpre o papel didático de orientação geral do Estado no cumprimento e implementação de direitos fundamentais”⁶³, mas esse exercício de garantir direitos fundamentais não pode ser exclusivo do judiciário.

Para que o problema da judicialização dos direitos diminua, é imperiosa a implementação de políticas públicas pelo Estado e a efetiva observância por todos os entes, a fim de melhor atender aos direitos fundamentais. “Considera-se política pública a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas a consolidação do Estado Democrático de Direito e proteção dos direitos humanos”.⁶⁴

⁶¹ VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

⁶² PEIXOTO, Geovane de Mori. **Defesa dos Direitos Fundamentais pela Jurisdição Constitucional**: entre o substancialismo e o procedimentalismo. 2012. Dissertação. Orientador: Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 158-164.

⁶³ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.23.

⁶⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

Como acentuado por Andreas Krell, não basta a criação de uma norma, sendo imprescindível que haja conduta do ente estatal no sentido de assegurá-la, vez que a lei é um instrumento de governo que gera responsabilidades para o Estado perante a sociedade.⁶⁵

Nota-se que a mudança da mentalidade dos gestores e agentes políticos é imperiosa: ao invés de considerar o gasto social como despesa deve-se passar a considerá-lo como investimento e prioridade.

Os direitos fundamentais sociais não têm como ser concretizados sem que haja uma atuação estatal que os assegure. Dessa forma não há solução outra senão um planejamento dos entes públicos para atender os preceitos constitucionais, visando a colocá-los sempre como preferenciais na previsão orçamentaria, em detrimento de dotações por conveniências. Se assim fosse, provavelmente a teoria da reserva do possível seria menos utilizada, possibilitando crescente atendimento das demandas que ao Estado cumpre satisfazer.

2.2 A TEORIA DA RESERVA DO POSSIVEL

Para que os direitos sejam implementos pelo Estado e usufruídos pela sociedade é exigido um dispêndio de recursos públicos. Ana Carolina Olsen⁶⁶ sustenta que tanto os direitos positivos quanto os negativos, ou seja, tanto aqueles que necessitam de prestações quanto de abstenções estatais geram despesa, uma vez que ambos podem ser pleiteados no Judiciário, representando custos para o Estado e indiretamente para a sociedade.

Da mesma forma, Durval Carneiro Neto sustentando entendimento exposto por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein na obra *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*, reconhece todos os direitos como positivos, posto que demandam atuação estatal, seja na prestação direta do direito ou na proteção perante a coletividade.⁶⁷

⁶⁵ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p.32.

⁶⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. Dissertação. Orientador: Regina Maria Macedo Neri Ferrari. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 195.

⁶⁷ CARNEIRO NETO, Durval. **Dever e responsabilidade civil do Estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social: quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral**. 2017. Tese. Orientador: Prof. Doutor Celso Luiz de Braga Castro. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 143.

A reserva do possível é uma teoria que versa sobre o limite à atuação estatal, uma vez que o cumprimento dos direitos fundamentais pelo Estado condiciona-se à existência de recursos financeiros suficientes para supri-los.

A discussão em torno da insuficiência de recursos abrange também o próprio conceito utilizado, ou seja, se essa escassez seria fática, no sentido de inexistência de capital ou de má alocação orçamentaria. José Renaldo de Lima Lopes⁶⁸ assevera que há limites que podem ser alegados, uma vez que as contas do Estado submetem-se a controle, mas deve-se considerar que o orçamento decorre de decisões políticas que podem ser juridicamente impugnadas.

Dessa forma, Ana Carolina Olsen afirma que os direitos fundamentais dependem de recursos financeiros para tornarem-se efetivos, o que significa dizer que a existência de capital é um elemento intrínseco dos direitos e não externo a eles, vez que só existem, só são garantidos no caso concreto, se houver meios econômicos para tal.⁶⁹

Por outro lado, José Marcelo Barreto Pimenta⁷⁰ entende ser a reserva do possível fator externo ao direito, pois se fosse um elemento interno não seria passível de controle e também negaria o sistema de proteção dos direitos fundamentais. Sendo elemento externo a teoria permitiria ponderação com os direitos fundamentais. Entendendo que a reserva do possível não é elemento intrínseco dos direitos, Jairo Schafer também adota a teoria externa.⁷¹

Ainda que exista divergência doutrinária a respeito dos limites aos direitos fundamentais, não há dúvida de que os recursos financeiros do Estado são finitos, o que embasa a argumentação de impossibilidade de atendimento dos direitos, quando a questão é levada a juízo.

Defende Andreas Krell⁷² que a reserva do possível, quando acolhida pelo judiciário brasileiro, coloca em risco a efetividade dos direitos posto que a situação social do Brasil não pode ser comparada com a dos países-membros da União Europeia. Em contrapartida, Gustavo Amaral sustenta que cabe ao judiciário fazer a ponderação no caso concreto, respeitando as

⁶⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2.ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 160.

⁶⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes, **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. Dissertação. Orientador: Regina Maria Macedo Neri Ferrari. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 194.

⁷⁰ PIMENTA, José Marcelo Barreto. **A força dirigente dos Direitos Fundamentais e a superação da Reserva do Possível**. Dissertação. Orientador: Prof. Dirley da Cunha Júnior. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, pag 86.

⁷¹ SCHAFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário**. 2.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 79.

⁷² KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 53.

possibilidades alocativas existentes, não devendo o órgão judicial proferir decisões para a generalidade de casos⁷³.

No caso do RE 580252⁷⁴, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela não aplicabilidade da teoria da reserva do possível, condenando o Estado do Mato Grosso do Sul a indenizar o autor da ação, que alegou estar encarcerado em condições degradantes. O Ministro Teori Zavascki ao proferir seu voto entendeu que a reserva do possível deve ser utilizada em casos de direitos que necessitam de adoção de políticas públicas e regulamentação pelos poderes legislativo e executivo, sustentando que o dano no caso do detento era evidente e que o acolhimento da teoria acarretaria em dimensão reducionista da matéria levada à Corte.

Apesar desse revés a teoria da reserva do possível continua sendo utilizada como justificativa para a não atuação dos entes federativos em inúmeras demandas. A teoria é aqui discorrida, dada à sua repercussão nas análises desenvolvidas no presente trabalho.

2.2.1. Conceito e surgimento

A teoria da reserva do possível é uma construção teórica surgida na Alemanha, a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal dessa nação, a respeito de processos judiciais em que estudantes do ensino superior ingressaram no judiciário por não conseguirem acesso às faculdades públicas de medicina em Hamburgo e Munique, em face do limitado número de vagas. O caso ficou conhecido como *numerus clausus*, vez que as cortes administrativas buscaram o Tribunal para que esse pudesse solucionar o conflito entre a Lei Fundamental e certas regras legais estaduais, regras estas que restringiam o acesso à universidade.

Os estudantes defenderam que a insuficiência de vagas nas universidades ia de encontro ao artigo 12, parágrafo 1º da Constituição do país, o qual deixava expresso que todos os alemães teriam direito de eleger sua profissão, local de formação e de trabalho.⁷⁵

⁷³ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.209.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n580252 – Proc. 20060031797000101. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado De Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília. Data de Julgamento: 16 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 03 out. 2017.

⁷⁵ KELBERT. Fabiana, Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais do direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 69.

Conforme explanado por Ana Carolina Olsen⁷⁶, à época o número de estudantes aumentou consideravelmente, diferentemente do desenvolvimento das universidades que não conseguiram acompanhar a expansão da demanda e por conta disso as instituições de ensino superior passaram a adotar a regra do *numerus clausus*, limitando o acesso ao total de vagas disponíveis, o que não atendia a todos.

O Tribunal Constitucional Alemão firmou entendimento no sentido de que a previsão do artigo 12 na Lei Maior não obriga o Estado a arcar com a educação de todos os cidadãos, mas tão somente de dar efetividade aos direitos sociais, defendendo que não se poderia exigir do Estado demandas que não estivessem de acordo com a razoabilidade, ou seja, não se poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente não se poderia esperar dele.⁷⁷

Dessa forma, o Tribunal entendeu pela compatibilidade da regra do *numerus clausus* com a Lei Maior. A decisão proferida, segundo Ana Carolina Olsen, “não parece ter sido financeira, no sentido de escassez absoluta de recursos, mas sim a razoabilidade com que a alocação destes recursos poderia ser demandada.”⁷⁸

Em suma, como dispôs Fabiana Kelbert, o que restou assegurado na decisão é que, embora o Estado tenha orçamento público suficiente, a obrigação do Estado de atuar deve-se manter nos limites do razoável.⁷⁹

2.2.2 Aplicação no ordenamento brasileiro

As doutrina e jurisprudência pátrias importaram a referida teoria para o Brasil, embora os doutrinadores brasileiros diverjam quanto à natureza jurídica do instituto. Enquanto alguns consideram uma doutrina, como Leandro Martins Zanitelli⁸⁰ outros entendem como

⁷⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. Dissertação. Orientador: Regina Maria Macedo Neri Ferrari. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p.241.

⁷⁷ GOMES, Mário Sares Caymmi. Apontamentos para uma análise retórica da reserva do possível como limitador da eficácia dos direitos fundamentais. **Revista Entre Aspas**. Salvador: UNICORP, v.3, 2013, p. 80.

⁷⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. cit.* 2011, p. 233.

⁷⁹ KELBERT. Fabiana, Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais do direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 71.

⁸⁰ ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2.ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 188.

princípio⁸¹, outra parte defende ser uma cláusula⁸² e há ainda estudiosos que não adentram na natureza, como ocorre com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, referindo sempre como “a figura da reserva do possível”⁸³. Em que pese as diferenças de classificação, o conteúdo não apresenta grandes modificações.

A reserva do possível, segundo proposto por Fabiana Kelbert⁸⁴, divide-se em três dimensões: fática, jurídica e negativa, o que demonstra que essa teoria não pode ser resumida apenas aos aspectos econômicos de falta de capital público.

De acordo com a dimensão fática, a reserva do possível seria aplicada quando inexistentes meios para efetivar os direitos fundamentais. Assim, a ausência de recursos não só econômicos, mas também humanos e materiais impede faticamente que um direito seja garantido pelo ente estatal e essa carência, para ser alegada, deve ser efetivamente provada.

Essa dimensão impõe observar se a escassez de recursos decorre da verdadeira inexistência de meios ou se a sua falta resulta de alocação em área outra, desrespeitando a concretização dos direitos fundamentais.

Na dimensão jurídica analisa-se a reserva do possível com base na disponibilidade dos recursos, o que significa dizer que a existência de meios não implica necessariamente o atendimento do direito fundamental. Dessa forma, além da existência de recursos exige-se a análise da possibilidade jurídica de realizar tal gasto, uma vez que a despesa pública precisa estar prevista no orçamento e este obedece a determinadas regras.

De forma contrária a essa dimensão, a referida autora cita posição de Paulo Caliendo defendendo que a limitação das previsões orçamentarias se dirige ao Executivo e não ao Judiciário, o que permitiria aos magistrados uma maior flexibilização nas decisões.⁸⁵

A terceira dimensão, denominada negativa, parte da premissa que há escassez de recursos para todos os direitos, e por isso a reserva do possível pretende evitar que a efetivação de um direito comprometa a de outro.

⁸¹ CARNEIRO NETO, Durval. **Dever e responsabilidade civil do Estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social**: quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral. 2017. Tese. Orientador: Prof. Doutor Celso Luiz de Braga Castro. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador7, p.177.

⁸² WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserve do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2.ed. ver. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 349.

⁸³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 15.ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p.100.

⁸⁴ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais do direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.78-89.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 85.

Em outras palavras, esse seria o caso, por exemplo, de concessão de uma prestação excessivamente onerosa que esgotasse os recursos destinados a concretizar outros direitos. Nestas hipóteses, a reserva do possível pode valer como argumento contra a concessão de uma prestação que, por afigurar-se desproporcional e irrazoável, inviabilize a realização de outro(s) direito(s)⁸⁶.

Salienta Dirley da Cunha Junior⁸⁷ que a incorporação de uma teoria estrangeira ao sistema jurídico nacional deve ser feita com cautela, uma vez que os países possuem realidades sociais, econômicas e jurídicas diversas, sob pena de produzir efeitos não desejados. Da mesma forma entende Andreas Krell, assegurando que “os mesmos textos e procedimentos jurídicos são capazes de causar efeitos completamente diferentes quando utilizados em sociedades desenvolvidas (centrais) como a alemã, ou numa periférica como a brasileira”.⁸⁸

O termo reserva do possível, como defendido por Fabiana Kelbert⁸⁹, foi introduzido no Brasil considerando a interpretação literal, o que a reduz ao aspecto econômico, sendo que essa é apenas uma dimensão do sentido, ainda que possua outras, como mencionado. Ainda segundo esta autora a teoria deve ser vista à luz da “razoabilidade e da proporcionalidade da pretensão, face à necessidade de realização do direito”.

Na Alemanha, onde surgiu, há previsão na Lei Fundamental de que o orçamento dos Estados deve abranger de forma equilibrada os encargos do governo, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde o orçamento é autorizativo, não há gastos obrigatórios, o que permite uma flexibilização das escolhas orçamentárias por meio do Executivo.⁹⁰

Quanto aos gastos do governo insta salientar a aprovação da PEC nº 55 de 2016, denominada de PEC do teto dos gastos públicos, instituidora de um novo regime fiscal limitando as despesas de 2017 ao valor gasto no ano de 2016, devidamente corrigido, o que se repetirá durante 20 seguintes exercícios financeiros.⁹¹ Ainda que a partir daí haja um direcionamento obrigatório para determinados gastos e eventualmente um maior controle das contas, a realidade do país ainda é muito distinta da Alemanha, o que não justifica a importação da teoria sem uma adequação ao contexto do país.

⁸⁶ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais do direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 88

⁸⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p.285.

⁸⁸ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p.42.

⁸⁹ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais do direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.70.

⁹⁰ MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contra majoritário de políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 233.

⁹¹ SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 55, de 2016 - PEC do teto dos gastos públicos**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127337>>. Acesso em: 03 out. 2017.

Ademais a Alemanha possui um elevado padrão de bem-estar social, classificando-se como país central, enquanto o Brasil ainda é um país periférico, com um substancial contingente de pessoas em situação de carência, sem acesso a prestações estatais efetivas, o que as leva a buscar a concretização por meio do Judiciário.⁹²

Como a referida teoria adquiriu no país uma característica financeira – em que a atuação do Estado frente aos direitos sociais ficou condicionada à realidade dos cofres públicos -, então a reserva do possível passou a ser invocada como limite à atuação estatal. Mas, até que ponto pode o Estado valer-se dessa teoria para justificar a sua inação? Essa é uma questão de ampla discussão na doutrina e na jurisprudência, dada à sua recorrência em demandas de naturezas diversas.

Há que se levar em consideração ainda que o atendimento de determinados direitos frente a outros decorre de uma discricionariedade do poder público, uma vez que a alocação de recursos resulta de uma escolha do governo e essa escolha implica, muitas vezes, em preterição a outros direitos.

Segundo entendimento de Ana Carolina Olsen⁹³, a escassez de capital do Estado seria muito mais artificial do que natural, no sentido de que a carência financeira para um setor decorre de uma decisão política que utiliza o capital em área diversa.

Em relação a esse tema Gustavo Amaral⁹⁴ explica que a escassez decorre da indisponibilidade de meios materiais para a realização dos direitos, uma vez que aqueles são finitos e, citando a obra de Jon Justice, diferencia a escassez artificial da natural e da quase-natural. Segundo esse autor enquanto na escassez natural não há elementos que possibilitem o aumento da oferta, na quase-natural a oferta pode ser aumentada, mas não há satisfação por inexistência de condutas proativas dos cidadãos. Já a escassez artificial decorre de escolhas do governo, de modo que diretrizes bem orientadas poderiam satisfazer de forma geral a coletividade.

Como já abordado os direitos fundamentais decorrem de uma das máximas asseguradas pela Lei Maior: a dignidade da pessoa humana, e, portanto, devem ser assegurados por todos os

⁹² CUNHA JÚNIOR, Dirley. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 286.

⁹³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. Dissertação. Orientador: Regina Maria Macedo Neri Ferrari. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p.204.

⁹⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.73.

entes estatais. Dada à insuficiência da previsão legal - posto que dependente de recursos do Estado -, resta claro que a legislação apenas não consegue remover a escassez.⁹⁵

Dessa forma, em que pese a obrigação do Estado para a efetivação dos direitos, a argumentação indiscriminada com lastro na reserva do possível limita substancialmente a proteção dos direitos fundamentais.

Em suas análises a respeito, Fabiana Kelbert⁹⁶ defende que a carência de capital não deve ser o único argumento do Estado para deixar de atender as prestações sociais, uma vez que aguardar que a Fazenda Pública tenha capital abundante seria o mesmo que não atribuir vinculação jurídica aos direitos.

Outrossim, Dirley da Cunha Junior⁹⁷ citando Gorg Haverkate afirma que “os problemas de caixa não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de “caixas cheios” do Estado significa reduzir sua eficácia a zero”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Gustavo Marmelstein⁹⁸ reconhece que a reserva do possível só deveria ser acolhida pelos tribunais se ficasse demonstrado pelo poder público, que possui o ônus de prova nesses casos, que o acolhimento do direito causaria mais danos do que benefícios, por prejudicar o cumprimento de outros direitos fundamentais.

Diferentemente é o que ocorre na realidade atual, pois os entes estatais alegam a escassez de recursos de forma genérica, sem qualquer comprovação do alegado, como nota-se no processo AI nº10000160689394001:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - RESERVA DO POSSÍVEL - ÔNUS DE PROVA DO RÉU - OMISSÃO ADMINISTRATIVA VERIFICADA - DEVER RECONHECIDO.

1 - Em razão da autonomia federativa, compete a cada esfera de governo, enquanto gestores do Sistema Único de Saúde, o atendimento à saúde e à população, nos termos da Lei nº. 8.080/90, que determina a atuação solidária e de forma descentralizada dos entes federados. 2 - A tese defensiva da reserva do possível impõe o ônus de prova a quem a alega quanto aos seus elementos. 3 - Comprovada a necessidade de determinado medicamento e verificada a omissão administrativa

⁹⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.102.

⁹⁶KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais do direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 77

⁹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 288.

⁹⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 326.

acerca injustificada, é dever do ente público o seu fornecimento, importando a negativa em ofensa ao direito à saúde garantido constitucionalmente.⁹⁹

Destaca-se que em decisão unânime no RE 592.581¹⁰⁰, na qual se discutia a respeito da obrigatoriedade da Administração pública em realizar obras para assegurar direitos fundamentais dos detentos, o STF entendeu que “o Executivo não pode justificar sua omissão em cumprir o que manda a Constituição com argumentos baseados na conveniência da administração”.

A decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na decisão da ADPF nº 45 seguiu o mesmo pensamento, deixando expressa a necessidade de justo motivo para a aplicação da reserva do possível:

“Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.¹⁰¹

O magistrado não tem um critério único para resolver a colisão entre os direitos fundamentais e a reserva do possível, segundo Gustavo Amaral. O autor explica que cabe ao juiz “questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal”.¹⁰²

Utilizando critério diverso, Paulo Gilberto Leivas¹⁰³ sustenta que o julgador deve observar no caso concreto o princípio da igualdade, o que significa dizer que é preciso atentar que existem diferentes pessoas e situações para que os direitos fundamentais quando concedidos a uma não violem os de outrem.

⁹⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível Nº 10000160689394001. Terceira Câmara Cível. Relator: Jair Varão. Julgado em 8 nov. 2016. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/413352185/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000160689394001-mg>>. Acesso em: 03 out. 2017.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 592581. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 13 ago. 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2017.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45 -9. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 04 mai. 2004. Disponível em: < http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 03 out. 2017.

¹⁰² AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.115.

¹⁰³ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 294.

Para Fabiana Kelbert¹⁰⁴ a escolha entre a satisfação de um direito frente à possibilidade orçamentária deve ser resolvida segundo o critério da proporcionalidade, de modo que deve-se observar as pretensões envolvidas e no momento da decisão não restringir o outro direito por completo, posto que a aplicação da reserva do possível não pode prevalecer por completo sobre os direitos fundamentais.

De igual modo, Dirley da Cunha Jr¹⁰⁵ sustenta que o Estado como provedor da sociedade deve ter como prioridade nas previsões orçamentárias os direitos fundamentais e, por conseguinte, somente utilizar a teoria da reserva do possível se conseguir garantir um mínimo existencial digno, sob pena de frustrar as expectativas sociais.

2.2.3 Reserva do possível e as restrições aos direitos fundamentais

Existem duas teorias que buscam determinar a estrutura dos direitos fundamentais, são elas a teoria interna e a externa. Pela primeira, os direitos fundamentais não admitem restrições externas, posto que o seu conteúdo e alcance são delineados no momento da criação da norma, significando que se o legislador não introduziu qualquer restrição, essas não devem ser postas pelo intérprete, admitido apenas um limite conceitual, denominado limite imanente.

Esse limite imanente, de acordo com Ana Carolina Olsen¹⁰⁶, seriam contenções já previstas no âmbito normativo e qualquer restrição que por ele não estivesse abarcada, configurariam violação a direito fundamental.

De outro lado, pela teoria externa, as restrições não fazem parte do conteúdo do direito, afetando apenas a sua efetividade. Para a citada doutrinadora essa seria a melhor teoria, uma vez que “os direitos fundamentais, sejam de defesa, sejam de prestações, não são absolutos, e só podem conviver em um sistema constitucional harmônico se admitirem a possibilidade de restrição”.¹⁰⁷

¹⁰⁴ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais do direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.92.

¹⁰⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p.292

¹⁰⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. Dissertação. Orientador: Regina Maria Macedo Neri Ferrari. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 120.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p.122.

Considerando as teorias acima o doutrinador Durval Carneiro Neto assevera que a reserva do possível pode ser vista: i)- como limite ao direito fundamental fazendo parte do seu conteúdo; ii)- como restrição, sendo externa aos direitos; e, iii)- ou, ainda, ao mesmo tempo como limite e restrição ao direito fundamental.¹⁰⁸

Segue o autor expondo que se a reserva do possível for considerada como limite aos direitos fundamentais, ela seria parte da essência desses, o que poderia conduzir a arbitrariedades pelos agentes públicos e diminuir o âmbito de proteção dos direitos. Com posição distinta, ao analisar a obra de Cass Sustein e Stephen Holmes, o autor Flavio Galdino expõe que os custos devem fazer parte da conceituação dos direitos, pois eles são necessários até mesmo para manter a estrutura judiciária, que permite a tutela desses direitos. Ademais, “a ignorância acerca dos custos, além de tudo, estimula indevidamente a atuação do Poder Judiciário, o que conduz a inconvenientes excessos por parte desse poder.”¹⁰⁹

Pela segunda corrente a reserva do possível seria externa aos direitos, atuando como redutor de sua eficácia, e para que isso ocorra imprescindível seria a utilização de ponderação e fundamentação nos casos concretos invocados.

Por fim, adotando a terceira corrente, o professor Durval Carneiro Neto defende o posicionamento de Luís Fernando Sgarbossa de que a reserva do possível será limite aos direitos se não existirem recursos financeiros para efetivá-los, mas será restrição se, em existindo recursos, eles estejam mal alocados.

Seja como limite, seja como restrição, a aplicação da reserva do possível desafiará sempre a ponderação de valores consubstanciados em princípios constitucionais que poderão incidir conjuntamente nos casos concretos, com variadas dimensões de peso a depender de cada situação.¹¹⁰

Adotando posição distinta, Ingo Sarlet sustenta que a reserva do possível não pode ser vista como parte integrante dos direitos fundamentais, como limite imanente, vez que seria, em verdade, um limite jurídico e fático e em certos casos essa teoria poderia até mesmo assegurar direitos humanos, se, por exemplo, fosse utilizada com o objetivo de preservar o núcleo essencial de direito fundamental diverso.¹¹¹

¹⁰⁸ CARNEIRO NETO, Durval. **Dever e responsabilidade civil do Estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social**: quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral. 2017. Tese. Orientador: Prof. Doutor Celso Luiz de Braga Castro. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p.178.

¹⁰⁹ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 210.

¹¹⁰ CARNEIRO NETO, Durval. *Op. cit.*, 2017, p.181.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.288.

O presente trabalho adota a teoria externa, uma vez que a reserva do possível é utilizada para justificar a não atuação estatal restritiva de direitos fundamentais. Ademais, os direitos fundamentais têm como objetivo a proteção do homem frente aos abusos do Estado e nas relações sociais, o que torna inimaginável supor que ao mesmo tempo em que garantem segurança aos indivíduos, limitem a sua extensão, vindo com uma restrição no seu próprio conteúdo.

2.2.4 A reserva do possível e o mínimo existencial

A teoria da reserva do possível conflita com o conceito de mínimo existencial. Este refere-se a um conteúdo mínimo de direitos que devem ser garantidos pelo Estado, para que seja assegurada a todos os indivíduos uma condição de vida com dignidade, permitindo o desenvolvimento social e econômico.

Não há uma delimitação nas legislações tampouco na Constituição Federal de quais direitos estariam abarcados no “mínimo existencial”, mas, pela própria denominação, pode-se identificar as prestações que devem ser realizadas para garantir condições mínimas de vida às pessoas pelo ente estatal, como é o caso da educação, da saúde, do trabalho, da moradia e da assistência social. Destaca-se que os direitos abarcados nesse conceito podem variar de acordo com os países e até mesmo na doutrina brasileira, pois é subjetiva a noção de um mínimo necessário à sobrevivência social.

Segundo assevera Robert Alexy e exposto na cátedra de Rodrigo Albuquerque de Victor, o mínimo existencial seria fruto da ponderação entre a dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e da competência do Estado de estabelecer o orçamento e legislar normas democráticas.¹¹²

Em seus estudos sobre o tema, Ana Carolina Olsen expõe a ideia de Alexy, defensor de que “um interesse ou uma carência é fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte, ou o sofrimento grave, ou toca no núcleo essencial da autonomia”¹¹³.

¹¹² VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 97.

¹¹³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. Dissertação. Orientador: Regina Maria Macedo Neri Ferrari. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 356.

O conceito de mínimo existencial entra em conflito com a tese da reserva do possível no momento em que os direitos fundamentais sociais não sejam assegurados pelo Estado com fundamento na escassez de recursos financeiros.

Na concepção de Gustavo Amaral¹¹⁴ é evidente o impedimento fático para satisfazer a todas as demandas sociais, sendo necessária a escolha do Estado nas prestações que irá atender, o que pode gerar escolhas trágicas. Para que isso não aconteça o doutrinador propõe que se faça uma análise a respeito do grau de essencialidade do direito e a excepcionalidade, configurada como razão para não atender à solicitação. Quanto maior for a essencialidade do direito ao atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana, maior deve ser a excepcionalidade para o não atendimento.

Por outro lado, no Recurso Especial nº 1.185.474 interposto pelo Município de Criciúma, a respeito da discordância com o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que tratou a respeito do ingresso de crianças até seis anos em creches, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a realização de direitos fundamentais não é opção do juízo discricionário do poder público, uma vez que esses direitos refletem a dignidade da pessoa humana, não podendo ser limitados por escolhas dos administradores, de modo que a reserva do possível não pode limitar a garantia do mínimo existencial.¹¹⁵

Ainda na referida ação o STJ afirma que se a reserva do possível for utilizada porque a escassez de recursos se refere a real insuficiência orçamentária, e não fruto da escolha devido à alocação em outra área não prioritária, a referida tese pode ser utilizada desde que o poder público efetivamente demonstre tal impossibilidade.

Seguindo o raciocínio que o Estado não deveria deixar de agir, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins sustentam que mesmo que houvesse escassez de recursos, o poder público não poderia aplicar a reserva do possível, uma vez que existem mecanismos outros para permitir a efetivação dos direitos fundamentais, como, a título de exemplos, contrair empréstimos no exterior, racionalização das despesas, criação de novos tributos para aumentar a arrecadação e combate à sonegação fiscal¹¹⁶.

¹¹⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 216-217.

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1185474 – Proc. 0048628-4. Recorrente: Município de Criciúma. Recorrida: Patrícia Tatiana Schimidt e Outros. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília. DJ: 02 abri. 2010. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4-stj/certidao-de-julgamento-14265400?ref=juris-tabs> > . Acesso em: 03 out. 2017.

¹¹⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 15.ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p.99.

No tocante à utilização da reserva do possível as jurisprudências recentes do STF, veiculadas nos ARE 639337¹¹⁷, AGR 727864¹¹⁸, AI 598212¹¹⁹, RE 581352¹²⁰, demonstra uma preocupação da Corte em garantir o mínimo existencial, na medida em que todos os julgados reconhecem a inaplicabilidade da referida teoria para assegurar o efetivo direito básico do indivíduo, uma vez que o juízo de conveniência e oportunidade do gestor público não pode comprometer a eficácia das garantias constitucionais.

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.¹²¹

Em que pese o posicionamento expresso do STF pela não aplicação da reserva do possível quando ferido o mínimo existencial, muitos tribunais, indo de encontro ao estabelecido pelo Supremo, decidem em favor do Estado, assegurando a sua não atuação em razão da indisponibilidade de recursos públicos. Isso ocorreu nos julgados AI nº 0027988-06.2014.8.19.0000¹²², onde o autor requisitou tratamento para dependência de drogas; AI 2009.004860-5¹²³, em que municípios do Rio Grande do Norte requeriam ampliação de

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337. Arguente: Município de São Paulo. Arguido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ: 23 ago. 2011. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22932599/recurso-extraordinario-com-agravo-are-639337-sp-stf>>. Acesso em: 03 out. 2017.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 727864. Arguente: Estado do Paraná. Arguido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min Celso de Mello. Brasília, DJ: 04 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE727864.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2017.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 598212 ED. Embargante: Estado do Paraná. Embargado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ: 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;ai:2014-03-25;598212-4432060>>. Acesso em: 03 out. 2017.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 581352. Arguente: Estado do Amazonas. Arguido: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ: 21 nov. 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24205269/recurso-extraordinario-re-581352-am-stf>>. Acesso em: 03 out. 2017.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337. Arguente: Município de São Paulo. Arguido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ: 23 ago. 2011. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22932599/recurso-extraordinario-com-agravo-are-639337-sp-stf>>. Acesso em: 03 out. 2017.

¹²² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento Nº 0027988-0620148190000. Quarta Câmara Cível. Relator: Antônio Iloizio Barros Bastos. Julgado em: 05 set. 2014. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139247866/agravo-de-instrumento-ai-279880620148190000-rj-0027988-0620148190000>>. Acesso em 03 out. 2017.

¹²³ RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal do Rio Grande do Norte. Agravo de Instrumento Nº 48605. 3ª Câmara Cível. Relator: Francimar Dias. Julgado em 30 jul. 2009. Disponível em: <<https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14322362/agravo-de-instrumento-com-suspensividade-ag-48605-rn-2009004860-5>>. Acesso em: 03 out. 2017.

medidas que garantissem o direito a segurança, e AC 10242100017118001¹²⁴ em que foram solicitados remédios não abarcados pelo SUS.

A realidade da gestão pública brasileira demonstra que ao mesmo tempo em que a teoria da reserva do possível é utilizada como limite à atuação estatal em matérias de interesse público, subsistem gastos elevados em demandas extravagantes, tais como em publicidade, subsídios, viagens, diárias, serviços terceirizados e obras supérfluas, que visam a satisfazer interesses meramente corporativos ou políticos.

Um evidente sinal desse quadro se revela no gasto de R\$ 29 milhões em cartão corporativo produzido pelo atual Presidente da República, desde que assumiu, em 2016, segundo reportagem da Central Brasileira de Notícias¹²⁵. Ao mesmo tempo em que o dinheiro público é utilizado indevidamente pelos governantes, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) suspendeu o período letivo de 2017 em decorrência da falta de verba para salários dos funcionários e das empresas terceirizadas.¹²⁶

Como o Estado pode utilizar o argumento da reserva do possível para não atuar frente às demandas sociais, e ao mesmo tempo utilizar os escassos recursos públicos para contemplar conveniências dos seus membros?

As reiteradas práticas dos agentes políticos e públicos revelam um trágico descompromisso com as carências da população brasileira. À falta de prioridades sociais sobrepõem-se os interesses pessoais e políticos, drenando recursos que poderiam ao menos minorar as legítimas demandas de uma sociedade cada vez mais desassistida.

Concepção diversa é adotada por Durval Carneiro Neto, ao considerar que outros gastos, como por exemplo, a realização do Carnaval, da Copa do Mundo, a publicidade de atos e de obras, em que pese reputados como menos prioritários, são também previstos na Constituição. “Há de se ponderar sobre eventuais excessos de gastos nestas áreas, em detrimento de outras,

¹²⁴MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível Nº AC 10242100017118001. Terceira Câmara Cível. Relator: Albergaria Costa. Julgado em 07 fev. 2014. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119406170/ap-civel-reex-necessario-ac-10242100017118001-mg>>. Acesso em: 15 out. 2017.

¹²⁵ECHENIQUE. , Gabriela. **Gastos com cartão corporativo em quatro meses superam o 1º semestre**. Central Brasileira de Notícias, Rio de Janeiro, 07 nov. 2016. Disponível em: <<http://cbn.globoradio.globo.com/editorias/politica/2016/11/07/GASTOS-COM-CARTAO-CORPORATIVO-EM-QUATRO-MESES-SUPERAM-O-1-SEMESTRE.htm>>. Acesso em: 03 out. 2017.

¹²⁶UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO. **Nota à comunidade**. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.uerj.br/lendo_noticia.php?id=1238>. Acesso em: 03 out. 2017.

porém não se pode simplesmente presumir que, por haver tal alocação de recursos, estaria ocorrendo um desperdício de dinheiro público em prejuízo de serviços mais essenciais.”¹²⁷

Conforme defendido pelo doutrinador Miguel Calmon a realidade social brasileira, marcada por inúmeros problemas sociais, como, por exemplo, a desigualdade social, a pobreza e a fome, demonstram que os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados não foram efetivados plenamente e comprovam também que o ente estatal não propicia o mínimo existencial a todos os cidadãos.¹²⁸

Ocorre que o referido mestre afirma que a não implementação desse mínimo existencial não impede a realização das demais garantias fundamentais, pois “os direitos fundamentais envolvem sempre um caráter impositivo de avanço e de ultrapassagem sobre o nível real de sua implementação, independentemente de ser ou não atingido o chamado mínimo vital.”

O aludido doutrinador sustenta ainda o chamado direito fundamental ao máximo existencial, o que não seria um direito em si, mas a busca por uma ampliação da efetivação dos direitos fundamentais a fim de satisfazer as necessidades existenciais do indivíduo. Afirma ainda que não bastaria a garantia do mínimo, devendo o Estado, por meio de políticas públicas, buscar a proteção e a efetivação dos direitos para além da mera sobrevivência da sociedade, “o máximo existencial exige que cada vez mais o Estado tenha maior capacidade de ação, a fim de viabilizar a progressiva ampliação dos níveis existenciais”.¹²⁹

Ocorre que existem alguns óbices para a realização desse máximo existencial, dentre os quais o raro interesse dos órgãos estatais na execução e cumprimento das políticas públicas e a alocação de recursos financeiros e materiais em objetivos não prioritários, distintos da garantia à dignidade da pessoa humana.¹³⁰

Inaceitável é que o Estado brasileiro furte-se ao seu papel de garantidor dos direitos fundamentais, já que lhe compete reduzir ao máximo as carências sociais, empregar seu orçamento na concretização de melhores condições de vida para a coletividade e assegurar, ao menos, direitos mínimos para todos.

¹²⁷ CARNEIRO NETO, Durval. **Dever e responsabilidade civil do Estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social**: quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral. 2017. Tese. Orientador: Prof. Doutor Celso Luiz de Braga Castro. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 215.

¹²⁸ DANTAS, Miguel Calmon. **Direito fundamental ao máximo existencial**. 2011. Tese. Orientador: Prof. Doutor Saulo José Casali Bahia. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 164.

¹²⁹ *Ibidem*, p.173-265.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 265-266.

O judiciário, ao apreciar demandas individuais ou coletivas relativas a pretensões positivas, deve ponderar o grau de essencialidade da pretensão, em função do mínimo existencial e a excepcionalidade da situação, que possa justificar a decisão alocativa tomada pelo Estado que tenha resultado no não atendimento da pretensão.¹³¹

A inação do executivo traz como consequência uma atuação mais efetiva do judiciário, que emana decisões quando da ineficiência daquele, capazes de amenizar carências ainda que circunscritas aos casos colocados à sua apreciação.

Não sendo possível atender as demandas e esgotadas todas as alternativas para equacioná-las, aí sim cabe ao Estado lançar mão - como exceção -, da justificativa da reserva do possível.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O estudo da responsabilidade civil perpassa pela noção de manutenção da ordem jurídica. Na medida em que o ordenamento jurídico estabelece direitos e deveres, sendo um deles o dever jurídico de não causar danos a outrem, a violação de tal comando configura ilícito, o que gera um dever sucessivo que é a responsabilidade de reparar o *status quo ante*.

Como leciona Rodolfo Pamplona¹³² as atividades praticadas pela coletividade podem gerar danos e a responsabilidade civil surge para que se recomponham os prejuízos patrimoniais sofridos pela vítima, bem como para restabelecer o equilíbrio social. Esse retorno ao equilíbrio lesionado é que constitui a essência da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil, portanto, relaciona-se à ideia de violação de um dever, pressupondo um desvio de conduta que gera a obrigação de reparar o prejuízo causado. Cavalieri Filho¹³³ distingue responsabilidade de obrigação afirmando ser obrigação um dever jurídico originário que quando violado gera a responsabilidade, sendo esta um dever jurídico sucessivo. Ou seja, para que se identifique o responsável deve-se qualificar aquele que tinha a obrigação e não a cumpriu.

A responsabilidade civil, conforme concebido por Cristiano Chaves¹³⁴ possui três principais funções: função reparatória, função punitiva e função precaucional, que não são consideradas isoladamente, mas sim de forma conjugada. A primeira delas visa, como o próprio nome

¹³¹ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, p.127.

¹³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2015,v.1, p.19.

¹³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.14

¹³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil 3: responsabilidade civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.37- 53.

revela, a recompor o dano causado e restabelecer o *status quo* anterior ao evento lesivo, compensando a vítima do prejuízo. Esse ressarcimento possui como fundamento a noção de dano injusto, uma vez que o objetivo da responsabilidade seria compensar o ofendido em razão de ter ocorrido ato ilícito, e a injustiça do dano é a causa da necessidade de compensação.

O artigo 927 do Código Civil¹³⁵ estabelece a necessidade de reparação por aquele que praticou o ato ilícito, o que torna evidente que a responsabilidade decorre da violação de uma obrigação. Assim, sem que haja ofensa a uma obrigação não há que se falar em responsabilidade.

A função punitiva relaciona-se com a aplicação de sanções àquele que causou o ato lesivo. A imputação da responsabilidade sanciona o agente causador do dano, na medida em que o condena a ressarcir, e, por conta disso, essa função punitiva desenvolve também a função preventiva, já que essa responsabilidade deve funcionar como forma de inibir comportamentos semelhantes.

Por fim, fala-se na função precaucional que está relacionada à ideia de incerteza, o que significa dizer que busca-se antecipar os riscos para que não haja danos graves. Conforme lecionado por Cristiano Chaves¹³⁶ “a precaução conduz a efeitos inibitórios, uma vez que o risco da sanção desestimula o exercício de atividades potencialmente danosas”.

A responsabilidade civil decorre de um fato que atribui a determinado indivíduo o caráter de imputabilidade dentro do direito privado, como defende Carvalho Filho¹³⁷ e ela pressupõe um dano, sem o dano não se cogita a responsabilidade civil.

Cumpre ressaltar que a responsabilidade abordada no presente projeto se refere à responsabilidade civil do Estado. O ente estatal pode ser responsabilizado tanto na esfera civil quanto na esfera penal ou administrativa, a depender da norma jurídica violada, e essas responsabilidades são autônomas entre si, de modo que uma não implica necessariamente na outra.

¹³⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406 >. Acesso em: 14 mai. 2017).

¹³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49.

¹³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 570.

3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

O Estado é uma instituição criada pelo homem para regular o convívio social, com a função de ditar regras e preceitos para disciplinar a vida em sociedade e permitir a defesa dos interesses comuns. Para cumprir suas obrigações e concretizar suas escolhas políticas o ente estatal exerce múltiplas atividades e nesse exercício o Estado pode provocar danos aos administrados.

Os danos causados pelo ente estatal, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello,¹³⁸ produzem danos mais acentuados que os causados pelos particulares. Como o Estado está na posição de garantidor necessário de prestações à sociedade, e como essa posição é hierarquicamente superior à dos administrados, caso suas condutas ocasionem danos podem elas trazer sérios prejuízos aos indivíduos, além de violar a ordem jurídica e o seu próprio papel de provedor.

A responsabilidade objetiva atribuída ao Estado atualmente é fruto de uma evolução histórica. Ao longo do tempo houve mudanças quanto à forma de responsabilização estatal até a que hoje é aplicada e aceita. De forma sintética, passa-se de uma ausência completa de responsabilização, para uma obrigação de indenizar atrelada a culpa e posteriormente desvincula-se a exigência de culpa para a responsabilização.

Consoante sustentado por Durval Carneiro Neto¹³⁹, a responsabilidade civil do Estado demorou de ser reconhecida pois o ente estatal era visto de forma suprema e não se aceitava a possibilidade de sanção pelos atos praticados. Essa visão foi se modificando com o desenvolvimento do papel estatal de provedor das necessidades sociais.

3.1.1. Teorias aplicáveis

Hoje em dia é difícil imaginar o ente estatal liberado de responder pelos seus atos, uma vez que há previsão constitucional de que causando danos aos particulares, o Estado deve

¹³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1013.

¹³⁹ CARNEIRO NETO, Durval. **Dever e responsabilidade civil do Estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social**: quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral. 2017. Tese. Orientador: Prof. Doutor Celso Luiz de Braga Castro. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 256-257.

indenizar. Mas nem sempre foi assim. Há teorias que demonstram a evolução da responsabilidade estatal, até a chegarmos à responsabilização objetiva aplicável ao Estado brasileiro.

Destaca-se que as denominações das teorias podem divergir em razão da doutrina adotada. Enquanto alguns classificam como fase da irresponsabilidade, teorias civilistas e teorias publicistas, como faz Durval Carneiro Neto¹⁴⁰, o presente trabalho adota a utilizada por Carvalho Filho¹⁴¹ tratando-as como teoria da irresponsabilidade do Estado, teoria da responsabilidade com culpa, teoria da culpa administrativa e teoria objetiva.

3.1.1.1. Teoria da Irresponsabilidade do Estado

A primeira teoria é chamada de Irresponsabilidade do Estado, ou teoria Regalista, e foi adotada principalmente na época dos Estados absolutistas, quando os entes eram vistos como absolutos. Nesses o monarca concentrava todos os poderes, incluindo a tutela do direito e implicando em dizer que o rei nunca agia contra a ordem e, por isso, a autoridade do Estado não deveria ser contestada. Ademais, a atuação do monarca era vista como a própria atuação divina, o que só corroborava a supremacia da sua autoridade perante a sociedade.

Nessa época era inconcebível imaginar que o ente estatal poderia provocar lesões ao seu povo, ou tampouco que se responsabilizaria caso assim o fizesse. Vigorava a ideia de que o rei não errava, “*the king can't do wrong*” e qualquer ato que porventura causasse danos aos particulares deveriam ser os danos por esses suportados, já que não havia a figura da culpa atrelada ao rei. Conforme Di Prietto¹⁴² “qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito à sua soberania”.

¹⁴⁰ CARNEIRO NETO, Durval. **Dever e responsabilidade civil do Estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social**: quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral. 2017. Tese. Orientador: Prof. Doutor Celso Luiz de Braga Castro. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p.256.

¹⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 572.

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 597.

No Brasil, na época do Império, a Constituição de 1824¹⁴³ inclusive previa que o Imperador estava excluído de qualquer responsabilidade: “Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁴, de outro lado, defende que a irresponsabilidade mesmo nessa época não era absoluta, uma vez que o Estado poderia responder caso houvesse lei específica nesse sentido, trazendo como exemplo a França, em que se admitia a responsabilidade do funcionário quando se conseguia identificar o agente causador do ato lesivo. Da mesma forma entende Arnaldo Rizzardo¹⁴⁵:

Uma fase primitiva de quase total irresponsabilidade, o que não significa que o Estado não sofresse restrições, e que não indenizasse os danos que seus agentes provocavam. Mesmo no Império Romano, e até antes, quando da república, se impunham limitações aos atos governamentais, inculcando o sentimento do dever de reparar por certos prejuízos provocados. No entanto, não se procuravam os pretores para impor obrigações ao imperador, ou exigir que indenizasse os danos provocados por ele ou seus servidores.

Apesar de impensável nos dias de hoje, com o advento do Estado de direito, Edmir Netto¹⁴⁶ afirma que ainda há resquícios dessa teoria em algumas legislações, como por exemplo, na mexicana, em que a responsabilidade é imputada diretamente ao agente público e apenas subsidiariamente ao Estado.

Quando aborda o tema Cavaliere Filho¹⁴⁷ afirma que essa teoria da irresponsabilidade é a própria negação do direito, uma vez que o estado como guardião da ordem jurídica também deve se submeter à lei e conseqüentemente deve ser responsabilizado caso pratique ato que lesione um cidadão.

A citada teoria não prosperou por muito tempo e em torno do século XIX a noção de que o Estado era intangível e não causava danos aos particulares restou, em sua maioria, superada, dando espaço para uma nova concepção teórica.

¹⁴³BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24>. Acesso em: 14 mai. 2017.

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 17.

¹⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1.,p. 355

¹⁴⁶ ARAUJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p 827.

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.283

3.1.1.2. Teoria da Responsabilidade com culpa civil do Estado

A teoria da Responsabilidade com Culpa encontrava inspiração nas ideias civilistas, atribuindo ao Estado responsabilidade em caso de conduta culposa de seus agentes. Para essa teoria restou claro que o ente estatal é formado por seus agentes, que atuam em nome da máquina pública. Mesmo o Estado agindo por meio dos seus agentes o ente estatal apenas se responsabiliza pelos seus atos se eles, agentes, agirem de forma culposa.

Tal teoria diferenciava dois tipos de atos: os atos de gestão, que eram aqueles praticados pelo Estado como se particular fosse, e os atos de império, que seriam os atos praticados em razão da autorização que o Estado possui para gerir a sociedade.

Se ao praticar atos de gestão o ente estatal, de algum modo, viesse a lesar o cidadão, deveria ele responder desde que demonstrada a culpa individual do agente público causador do dano. Por outro lado, se o dano decorresse de atos de império, tal como ocorria na primeira teoria, não haveria responsabilidade imputada ao ente.

De igual forma entende Maria Sílvia Di Prieto¹⁴⁸.

Essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e a afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império. Distinguiu-se a pessoa do Rei (insuscetível de errar – *the king can't do wrong*), que praticaria os atos de império, da pessoa do Estado, que praticaria atos de gestão, através de seus prepostos.

A conceituação de atos de império e atos de gestão, conforme defendido por Edmir Netto¹⁴⁹ não era pacífica, fazendo com que a responsabilidade estatal abarcasse tão somente a noção de culpa do agente, ou seja, praticado um ato em nome do Estado e ficando comprovado que o agente atuou de modo imprudente, haveria responsabilização estatal.

O artigo 15 do Código Civil de 1916¹⁵⁰ trazia a possibilidade de responsabilização do Estado por atos dos agentes públicos, condicionada à necessidade de perquirir a culpa do respectivo agente público.

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 598.

¹⁴⁹ ARAUJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 828.

¹⁵⁰ Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano. (**LEI Nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1º de Janeiro de 1916. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071>. Acesso em: 15 mai. 2017).

Ocorre que era uma tarefa complexa para os administrados comprovarem a atuação culposa de um funcionário público, até mesmo porque antes de se identificar a culpa era necessário identificar o próprio agente, e essas dificuldades contribuíam para que a responsabilidade estatal fosse substancialmente mitigada. Tal dispositivo foi revogado com a Constituição de 1946 que adotou posição diversa para esta matéria.

3.1.1.3. Teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço

A terceira teoria surgiu com a consagração do direito administrativo e das teorias publicistas, deixando claro que o Estado, como autoridade pública que é, não poderia ter sua responsabilidade submetida aos regimes jurídicos privados, tal como imputado aos particulares.

A teoria da culpa administrativa então atribuía responsabilidade ao Estado por atos dos seus agentes e, independentemente da identificação do autor do ato, atrela-se a responsabilidade ao serviço e não mais ao agente causador. Da mesma forma foi explanado por Edmir Netto¹⁵¹:

Assim, o ente público Estado (síntese de todos os administrados representados) arcará com o ônus do prejuízo causado por ato ou omissão de seu agente, pois não seria justo que somente o administrado que sofreu o dano o faça, uma vez que o ato danoso foi praticado (ou omitido) em nome do Estado e por agente seu.

Segundo o raciocínio do citado autor a figura do funcionário público não pode ser confundida com a de um empregado tutelado pelo direito privado, uma vez que, o agente estatal age em nome do Estado, sob o regime jurídico de direito público, e com autoridade pública conferida por lei.

Para essa teoria bastava que ficasse atestada a falta do serviço, que pode se configurar de três formas: a)- o serviço público não existiu; b)- o que ainda existindo, funcionou mal; e, c)- ainda que tenha existido, houve retardamento no serviço. Assim, ocorrendo qualquer dessas hipóteses poderia se reconhecer a culpa do Estado e sua responsabilidade em reparar. Essa é a posição veiculada na obra de José dos Santos Carvalho Filho.¹⁵²

Nessa teoria destaca-se que, como expresso em sua própria nomenclatura, é exigida ainda a presença de culpa para imputação de responsabilidade ao Estado. Celso Antônio Bandeira de

¹⁵¹ ARAUJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p 830.

¹⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.573.

Melo¹⁵³ ressalva que embora muitos pensem que o *faute du service* seria atrelado à responsabilidade objetiva, não deve prosperar esse entendimento na medida em que a responsabilidade é subjetiva, exigindo a culpa ou dolo.

A essência da teoria da culpa do serviço consiste em desvincular a responsabilização do Estado da necessidade de caracterização da culpa do agente público causador do dano, devendo o Estado responder quando demonstrada a culpa administrativa ou culpa do serviço. No entanto, ainda seria necessária a comprovação da culpa em alguma medida, tarefa de difícil execução para os prejudicados pelo ato lesivo do Estado.

3.1.1.4 Teoria do risco ou teoria objetiva

A quarta teoria, que é a aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, baseia-se na responsabilidade objetiva do Estado, sendo também denominada de teoria do risco. A responsabilidade objetiva não tem como pressuposto a comprovação de culpa, sendo necessário, para invocá-la, apenas a ocorrência de um fato, que pode inclusive ser lícito ou ilícito e do qual decorra dano ou lesão a terceiros.

Diferentemente da segunda e da terceira concepção, na teoria do risco não é necessária a comprovação da culpa, bastando a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano suportado pelo particular para que haja dever de reparação. Admitido que o Estado figura como sujeito jurídico com mais poder do que os cidadãos, deve arcar com as consequências das suas inúmeras atividades, e, como tal, incorrendo em atos danosos a terceiros, deve se empenhar em repará-los.

Sobre o tema, Hely Lopes¹⁵⁴ não poderia ser mais claro na sua afirmação: “na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço, na teoria do risco administrativo exige-se apenas o fato do serviço”. Percebe-se, por óbvio, que existindo ato danoso a terceiro, para a referida teoria surge o dever de indenizar, não mais sendo necessário perquirir a culpa.

Além da responsabilidade objetiva a teoria do risco se baseia na ideia de solidariedade social. Quando o Estado causa danos a um indivíduo, toda a sociedade responde ainda que

¹⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1020.

¹⁵⁴ LOPES, Hely; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 726

indiretamente já que todos são contribuintes dos tributos que, ao fim, sustentam a máquina estatal.

Tal teoria classifica o risco entre administrativo e risco integral, distinguindo-os a partir da possibilidade da eliminação das causas excludentes de responsabilidade do Estado. No risco integral as excludentes não eliminam o dever do Estado em indenizar, diferentemente do que ocorre na teoria do risco administrativo.

Para melhor compreender a citada distinção, é necessária uma análise das principais causas excludentes de responsabilidade, ainda que de forma simplificada. Adotando o posicionamento de Rui Stoco¹⁵⁵ as causas clássicas são culpa da vítima, caso fortuito e força maior.

Nos casos de força maior e caso fortuito, sem adentrar na diferença doutrinária entre ambas, o evento danoso decorreu de um fato inevitável ou imprevisível da natureza, sem que houvesse qualquer esforço ou ato omissivo do Estado. De outro lado, a culpa da vítima ocorre quando o próprio indivíduo dá causa ou contribuiu de alguma forma para o evento danoso, sofrendo os efeitos da sua própria conduta.

Quando se fala em risco integral não se atenua ou se exclui a responsabilidade do Estado, ainda que haja qualquer das causas excludentes, ou seja, o Estado não se exime de responder ainda que inexista nexos causal entre o fato e o dano. O risco integral leva em consideração o criador do risco, ainda que a conduta praticada por esse não seja diretamente responsável pelo dano, o que significa dizer que o Estado responde de forma objetiva, em qualquer circunstância.

O risco administrativo, por outro lado, atribui responsabilidade ao Estado apenas quanto aos riscos da sua atividade, ou seja, havendo nexos causal entre a conduta do ente estatal e o dano causado a terceiro, nasce o dever de indenizar, inexistindo tal dever caso o nexos causal não se revele presente, como ocorre nas causas excludentes. Isso significa que o ente estatal poderá demonstrar que o evento lesivo decorreu, em alguma medida, de culpa da vítima ou de fatos estranhos à sua vontade, conduzindo a uma mitigação da sua responsabilidade.

¹⁵⁵STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 83.

3.2. PREVISÃO LEGAL E CARACTERÍSTICAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Desde a primeira Constituição brasileira previa-se de alguma forma a responsabilização em caso de conduta lesiva. Entretanto esse instituto passou por transformações até se chegar aos parâmetros utilizados nos dias atuais relativamente à responsabilidade objetiva.

A responsabilidade objetiva foi prevista inicialmente no ordenamento brasileiro por meio da Lei de Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/1912), no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) e nas normas que disciplinam as atividades nucleares (Lei nº 6453/77). Posteriormente a Constituição de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 adotaram a responsabilidade destituída da análise de culpa.¹⁵⁶

3.2.1. Elementos necessários à caracterização da responsabilidade

Para que haja responsabilidade civil do Estado é imprescindível a existência dos seus pressupostos, quais sejam, conduta lesiva, nexos causal e dano. Esses três elementos caracterizam a responsabilidade objetiva do Estado e quando somados a culpa, a responsabilidade se transfigura em subjetiva.

O primeiro elemento que deve ser identificado é a conduta lesiva que abrange todo comportamento humano, comissivo ou omissivo que gera danos, emergindo a consequência jurídica de reparação do prejuízo. Para que se caracterize a conduta ensejadora de responsabilização da administração, conforme expresso na obra de José de Carvalho Filho,¹⁵⁷ é imperioso que haja conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público.

O artigo 927 do Código Civil¹⁵⁸ impõe àquele que pratica ato ilícito a obrigação de indenizar e conforme se extrai do artigo 186, que conceitua ato ilícito, a conduta humana precisa ser voluntária. Isso significa que precisa ser uma manifestação livre e consciente do indivíduo,

¹⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.20.

¹⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.582.

¹⁵⁸ BRASIL. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406 >. Acesso em: 14 mai. 2017.

afastando assim atos inconscientes e os sob coação. Salienta-se que a previsão legal da voluntariedade não se refere a uma vontade de praticar a lesão, mas tão somente a consciência da prática do ato.

Embora preveja o Código Civil a responsabilidade civil decorrente de ato ilícito, o Supremo Tribunal Federal¹⁵⁹ entende que para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado não é necessário que o ato praticado seja ilícito, podendo ser imputada responsabilidade aos atos lícitos da Administração.

O segundo elemento é o dano. A responsabilidade civil pressupõe a existência de dano, afinal, por óbvio, se não houver prejuízo, não há o que ser indenizado. Cavalieri¹⁶⁰ não poderia ser mais preciso ao afirmar que “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”.

Conforme será tratado em tópico específico neste trabalho a vítima do evento danoso pode ser indenizada tanto por danos materiais quanto morais. Os danos patrimoniais são aqueles que atingem a esfera patrimonial de alguém e para efeito de responsabilização civil vão abranger os danos emergentes, ou seja, o que a vítima efetivamente teve como prejuízo e os lucros cessantes, que por sua vez referem-se à indenização por um dano que causa consequências adiante, como por exemplo, a perda de expectativa de um benefício futuro. De outro lado há o dano moral, que é o valor concedido à vítima do evento danoso que sofreu uma lesão a um atributo da personalidade, a dignidade humana.

O doutrinador Anderson Schreiber sustenta que há uma ampliação da função compensatória do Estado, na medida em que busca-se a reparação de danos causados à vítima que se encontra insuficientemente cercada de políticas públicas e para isso permite-se uma flexibilização dos outros elementos. “O dano vem, pouco a pouco, conquistando local de destaque na análise jurisprudencial, como elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios mais diversos.”¹⁶¹

Por fim tem-se o terceiro elemento caracterizador da responsabilidade objetiva do Estado, que é o nexo de causalidade, consistindo na relação entre o antecedente e o consequente: conduta culposa e o dano. Isso significa que não basta um dano ou uma conduta estatal, é

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 456302 – Recorrente: Regis Gurgel Do Amaral. Recorrido: Estado de Roraima. Relator: Min. Sepúlveda, Data de julgamento: 06/02/2007. Disponível em: <stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729881/agregno-recurso-extraordinario-re-456302-rr?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.92

¹⁶¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.83.

imprescindível a ocorrência de uma relação de causa e efeito entre elas, que é o nexo de causalidade, cabendo à vítima comprovar que o dano foi resultado da conduta estatal.

Nas ações de responsabilidade objetiva o nexo causal ganha uma maior relevância, afinal, como nestas não há necessidade de comprovação de culpa, a responsabilidade será deferida desde que atestada a causalidade entre o evento e o dano.

Em sintonia com o defendido por Anderson Schreiber, para que não haja uma responsabilidade civil ampla deve-se limitar o nexo de causalidade sendo relevante distinguir o nexo causal natural do jurídico, uma vez que “nem tudo que, no mundo dos fatos ou da razão, é considerado como causa de um evento pode assim ser considerado juridicamente.”¹⁶²

Quando o dano decorrer de um fato único, simples, segundo o doutrinador Cavalieri,¹⁶³, o nexo é comprovado de forma direta, mas quando ocorre causalidade múltipla, ou seja, vários fatos geram o resultado dano, essa comprovação pode não ser tão simples e por isso existem duas teorias que tentam resolver a questão: a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada.

Com o objetivo de saber quais eventos podem ser considerados causa da lesão, a primeira teoria utiliza como critério a eliminação mental do referido fato, e se mesmo sem ele, o dano existir, como resultante dos demais atos, esse ato retirado no plano hipotético não deu causa ao dano. Mas se de outro lado, retirando o ato, o dano não mais persistir, esse ato será considerado causa do dano, sendo, portanto, capaz de ensejar a responsabilidade civil de quem o praticou.

A principal crítica da referida teoria é que ela leva ao acúmulo de eventos geradores do dano, já que todos os atos passados de alguma forma influenciam para a consequência final que é a lesão, havendo então uma regressão infinita dos atos que levaram ao prejuízo.

Diferentemente da equivalência dos antecedentes, na segunda os eventos não possuem a mesma relevância e a teoria da causalidade adequada considera como causa tão somente o evento necessário e adequado a produzir a lesão. E é nesse ponto que reside a crítica doutrinária, uma vez que essa teoria não define regras que estabeleçam o que faria com que um evento fosse necessário e adequado, deixando a questão para ser resolvida pelo magistrado no caso concreto.

¹⁶² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.55.

¹⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63.

Não há corrente empregada majoritariamente. Schreiber veicula a inexistência de consenso, uma vez que as decisões judiciais utilizam ambas, sem que haja uniformidade.

Um cenário tão eclético poderia causar em uma leitura inicial, a impressão de uma atecnia contumaz por parte das cortes brasileiras e de outras tantas que se comportam da mesma forma. Uma análise mais profunda, porém, demonstra que o caos reinante em matéria de nexos causal corresponde não a insistentes equívocos do nosso Poder Judiciário, mas a uma deliberada abordagem do problema da causalidade de modo a lhe assegurar uma solução, por assim dizer, flexível.¹⁶⁴

Conforme sustentado por Durval Carneiro Neto¹⁶⁵ o nexo causal, assim como ocorreu com a culpa, vem sendo desconsiderado para fins de reparação civil, posto que busca-se ampliar as possibilidades de responsabilização estatal, com amparo no princípio da solidariedade social e no dever de segurança.

Ademais importante salientar que as excludentes de responsabilidade quebram o nexo causal, impedindo ou mitigando a responsabilização do Estado, na medida em que a intervenção de fatores estranhos, como por exemplo, um fenômeno da natureza ou a atuação da vítima, rompem a causalidade. Segundo o mencionado autor tem ocorrido uma relativização nessas situações, significando que muitas vezes há uma absorção desses fatores na cadeia causal, gerando assim o dever de indenizar. Para melhor sustentar a sua tese o referido doutrinador cita o fortuito interno, que não exclui a responsabilidade nas relações de consumo.¹⁶⁶

Os três elementos abordados são requisitos necessários para ambas as responsabilidades, figurando a culpa como elemento diferenciador. Na responsabilidade subjetiva o requisito da culpa faz com que nem toda conduta gere a obrigação de reparar o dano, mas tão somente aquela revestida de dolo, negligência, imprudência ou imperícia. Com isso percebe-se que o direito civil adota o sistema de culpa *lato sensu*, abrangendo o dolo e não admitindo, como regra, a existência gradativa de culpa.

¹⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 63.

¹⁶⁵ CARNEIRO NETO, Durval. Dever e responsabilidade civil do Estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social: quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral. 2017. Tese. Orientador: Prof. Doutor Celso Luiz de Braga Castro. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p.248.

¹⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, 2013, p.68.

3.2.2. Dispositivos legais no Código Civil e nas Constituições Brasileiras

Ainda que no início não houvesse previsão legal da responsabilidade do Estado, o Brasil não passou pela primeira fase da evolução apresentada neste trabalho, qual seja, a total irresponsabilidade do Estado, sendo a responsabilidade, de algum modo, imputada ao ente estatal.

Embora a Constituição de 1824 excluísse a responsabilidade do Imperador, havia previsão no artigo 179, XXIX¹⁶⁷ de responsabilidade em alguma medida aos funcionários públicos, chamados àquela época de empregados, quando praticavam abusos ou se omitiam em suas funções.

A responsabilidade na Constituição do Império era atribuída apenas se houvesse ato ou omissão dos agentes estatais e esses respondiam pessoalmente, seja a título de dolo ou culpa. Como à época a responsabilidade dependia da prova de culpa, resta claro que moldava-se à espécie subjetiva.

A Constituição de 1891¹⁶⁸ não incorporou grandes modificações quanto à responsabilidade civil do Estado, trazendo em seu art. 82 redação similar à anterior, significando que a responsabilidade ainda estava restrita aos funcionários, não se imputando diretamente ao Estado.

A cátedra de Cavalieri¹⁶⁹ defende que em tais legislações não se considerava a responsabilidade unicamente dos funcionários, entendendo que, em verdade, havia solidariedade do Estado com os agentes públicos.

Com a vigência do Código Civil de 1916 ficou caracterizado em seu artigo 15¹⁷⁰, pela primeira vez de forma expressa, a responsabilidade do ente estatal. Diferentemente das

¹⁶⁷ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: XXIX Os Empregados Públicos são strictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsáveis aos seus subalternos. (BRASIL. **Constituição política do império do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24>. Acesso em: 14 mai. 2017).

¹⁶⁸ Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos. (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> . Acesso em: 16 out. 2017.).

¹⁶⁹CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas,2014, p. 289.

¹⁷⁰ Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano. (BRASIL. **LEI Nº 3.071**, de 1º de

Constituições anteriores, que previam a responsabilidade dos funcionários/empregados, o diploma civil trouxe a responsabilização para o ente estatal na medida em que sua redação apresenta as pessoas jurídicas como responsáveis pelos atos dos seus representantes. Em que pese a brusca mudança no direcionamento da responsabilidade, essa ainda dependia de prova da existência de dolo ou culpa, sendo ainda subjetiva.

Destaca-se que a redação desse dispositivo não era clara, suscitando dúvidas doutrinárias. Uma parte dos autores, segundo expõe Cavalieri Filho, entendia ser a responsabilidade objetiva em decorrência da seguinte expressão contida em seu artigo 15º: “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei”.¹⁷¹

Apenas com o advento da Constituição de 1946¹⁷² a responsabilidade objetiva do Estado resultou consagrada. Para imputar responsabilidade ao Estado não era mais necessária a perquirição da culpa, bastava o nexo causal entre a conduta e o dano causado ao particular, sendo a culpa necessária apenas no que tange ao direito de regresso do Estado contra o funcionário público autor do ato lesivo. As Constituições seguintes, de 1967 e 1989, não trouxeram alterações quanto à responsabilidade estatal.

A Constituição de 1988 também manteve a responsabilidade objetiva do Estado e a partir desta a imputação ao ente estatal passou a se basear na teoria do risco administrativo. Assim, embora responda objetivamente o Estado, há um limite a essa obrigação visto que as causas excludentes mitigam tal responsabilização. Ela somente será integral em casos expressamente previstos no ordenamento brasileiro, como ocorre com os danos nucleares enunciados no art. 21, XXIII, da Constituição Federal.

Mariana Cavalcante Tannus Freitas¹⁷³ assertivamente destaca que a Constituição Federal de 1988 não inovou quanto a conferir ao Estado responsabilidade objetiva, uma vez que essa vem sendo reproduzida desde a Carta de 1946. No entanto a Constituição Cidadã decidiu pela introdução da palavra “agentes” ao invés de “funcionários”, o que encerrou as discussões

janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1º de Janeiro de 1916. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071>. Acesso em: 15 mai. 2017).

¹⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.299.

¹⁷² Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes. (BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46>. Acesso em: 14 mai. 2017).

¹⁷³ FREITAS, Mariana Cavalcante Tannus. A responsabilidade extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**. Salvador: Serviço de Biblioteca e Documentação, v. 1, 2008, p. 368.

doutrinárias a respeito da abrangência desta expressão, bem como estendeu a responsabilidade objetiva também para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Na sequência o Código Civil de 2002 se adequou à Constituição Cidadã, no que tange à responsabilidade, trazendo em seu artigo 43¹⁷⁴ redação similar ao texto contido na Carta maior.

3.2.3. Responsabilidade contratual X responsabilidade extracontratual

O Código Civil de 2002 estabeleceu que o Estado é pessoa jurídica de direito público, implicando em dizer que, na condição de pessoa jurídica, o ente estatal está apto a adquirir direitos e contrair obrigações, podendo, por lógica, também firmar contratos.

O contrato é um acordo de vontades em que as partes contratantes se comprometem a cumprir as obrigações estabelecidas sobre determinado objeto. Quando o Estado figura como uma das partes contratantes, convencionou-se a chamar tais contratos como contratos da administração pública, conforme leciona Carvalho Filho¹⁷⁵. Ocorre que tal nomenclatura abrange qualquer contrato celebrado pelo ente estatal sendo, portanto, gênero do qual os contratos privados e os contratos administrativos são espécies. Os primeiros referem-se aos negócios jurídicos firmados pela Administração e regulados pelo direito privado e assim submetendo-se às regras do sistema contratual comum. Já os contratos administrativos, diferentemente do que ocorre com os contratos privados, são regulados pelo direito público e tem como objetivo, de algum modo, atender aos interesses públicos.

Quando uma das partes, incluindo a administração pública, não cumpre um contrato pactuado, violando as cláusulas que se obrigou a cumprir, surge a responsabilidade contratual. Uma vez descumprindo o pacto sujeita-se a responsabilização, que pode variar conforme o que foi acordado pelas partes em cada instrumento.

¹⁷⁴ Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (BRASIL. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406 >. Acesso em: 14 mai. 2017).

¹⁷⁵CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 176.

Por outro lado, a responsabilidade extracontratual é aquela que surge do próprio ordenamento jurídico. Como leciona Sergio Cavalieri¹⁷⁶ tal responsabilidade decorre da transgressão de um dever imposto pela lei ou pela ordem jurídica, não havendo necessariamente uma relação jurídica entre as partes. Refere-se, por conseguinte, à obrigação que tem o Estado de indenizar os atos lesivos causados a terceiros por seus agentes públicos, em comportamentos que podem ser lícitos, ilícitos, comissivos ou omissivos. Desse modo o Estado se responsabiliza de qualquer forma.

Ser o Estado responsabilizado pelos atos ilícitos dos seus agentes é decorrência de violação a uma norma legal. Fundamenta-se essa responsabilização no princípio da legalidade e a ofensa à lei faz surgir a responsabilidade estatal pelos prejuízos causados. De outro modo, há comportamentos lícitos que ensejam um encargo reparatório da administração pública e esse ampara-se no princípio da igualdade, uma vez que não seria justo o particular suportar um dano decorrente de uma atuação estatal que visa a atender o interesse de toda a coletividade.

3.2.4. Distinções entre a responsabilidade do Estado e a responsabilidade do particular

Os particulares não respondem da mesma forma que a Administração Pública, e nem poderiam. O Estado possui superioridade hierárquica em comparação ao particular, suas ações são voltadas ao atendimento das necessidades sociais, e, por conta disso, cabe-lhe assegurar garantias aos particulares que venham a sofrer danos por conta de um ato do ente estatal.

Diferentemente da responsabilidade objetiva do Estado, o particular responde de forma subjetiva, já que neste caso utiliza-se a perquirição da culpa, conforme observado por Hely Lopes.¹⁷⁷

Realmente não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados.

¹⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

¹⁷⁷ LOPES, Hely; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 725.

Salienta-se que nos casos de atos omissivos da Administração, a responsabilidade estatal se equipara à particular, sendo então necessária a comprovação de dolo, negligência, imprudência ou imperícia.

Outra notável diferença é quanto aos atos capazes de gerar responsabilização civil, pois enquanto o cidadão comum só está obrigado à reparação do dano quando pratica conduta ilícita (atos contrários à lei), a administração pública pode ser responsabilizada tanto por atos ilícitos quanto por atos lícitos. Isso decorre da própria figura do Estado – como garantidor dos direitos sociais -, excluída a hipótese de sujeição dos particulares ao acolhimento de lesões, ainda que sejam elas resultantes de atos lícitos produzidos pelo ente estatal, conforme entendimento de Leonardo Bas Galupe¹⁷⁸.

3.2.5. Análise do artigo 37, § 6º da Constituição Federal

Antes de adentrar no teor do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, faz-se necessária a diferenciação entre atos comissivos e omissivos do Estado e como se dá a responsabilidade nessas hipóteses.

Os atos comissivos são aqueles que dependem da prática de uma conduta pelo ente estatal, sendo o Estado o gerador do evento lesivo que causou danos a terceiros. O ente estatal brasileiro responde pelos danos provocados a outrem e ao praticar um ato lesivo essa responsabilidade é objetiva, prescindindo-se da análise de culpa, bastando tão somente a conduta causadora de dano. Celso Bandeira de Mello¹⁷⁹ defende que essa responsabilidade decorre da própria essência do Estado.

O Estado detém o monopólio da força. O Estado dita os termos de sua presença na coletividade, sem que os administradores possam esquivar-se. O Estado frui do poder de intervir unilateralmente na esfera jurídica de terceiros. O Estado tem o dever de praticar atos em benefício de todos, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou alguns membros da coletividade. Por tudo isso, não há cogitar de culpa, dolo ou infração ao Direito quando algum comportamento estatal comissivo gera, produz, causa dano a alguém.

Por outro lado, na responsabilidade por atos omissivos o Estado responde pelos danos causados em decorrência da sua omissão. Diferentemente da responsabilidade por atos

¹⁷⁸LAGOS, Leonardo Bas Galupe. A responsabilidade do Estado por omissão: objetiva ou subjetiva? **Revista da AGU**: Escola de Advocacia Geral da União. Brasília: EAGU, 2002, p. 189.

¹⁷⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1027

comissivos, onde não pairam dúvidas sobre a responsabilidade objetiva do Estado, nos atos omissivos há divergências doutrinárias a respeito das implicações para o ente estatal.

O artigo 37, § 6º da Constituição Federal¹⁸⁰ estabelece, em relação ao Estado brasileiro que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Ao conceber tal artigo o legislador previu apenas os danos causados a terceiros, o que poderia levar à interpretação de que o Estado se responsabilizaria apenas por atos comissivos. Importante questão que emerge é: nos atos omissivos, nas situações em que o Estado deveria agir e se omite, causando danos a terceiros, deve ele ser igualmente responsabilizado? O STF no RDA 97/177 entendeu que “a Administração Pública responde civilmente pela inércia em atender a uma situação que exigia a sua presença para evitar a ocorrência danosa”¹⁸¹.

Nas suas lições Juarez Freitas¹⁸² defende a responsabilidade objetiva do Estado para os atos comissivos e omissivos, afirmando que havendo violação por meio do ente estatal causando danos a terceiros deve o Estado buscar a justiça, reparando o dano causado, sem analisar culpa. Nessa mesma posição encontra-se Cavalieri¹⁸³, que expressa ser objetiva a responsabilidade em razão da interpretação do artigo 37, § 6º da CF, que a seu juízo não se limita aos atos comissivos.

Ao dissertar sobre a matéria Rachel Freitas¹⁸⁴ explora ainda outros dois relevantes argumentos utilizados pelos doutrinadores que defendem a responsabilidade objetiva ainda quando houver omissão estatal, quais sejam: a lei não restringir a responsabilidade objetiva e por tal motivo não caberia ao interprete fazê-lo; e o fato de que tal responsabilização permitirá uma garantia maior aos particulares eventualmente lesionados.

¹⁸⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao>. Acesso em: 14 mai. 2017).

¹⁸¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. RI 00085043620138190001, Primeira Turma Recursal Fazendária. Relator: Luiz Fernando De Andrade Pinto. Julgado em: 15 Jul. 2013. Disponível em: <tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/134940582/recurso-inominado-ri-85043620138190001-rj-0008504-3620138190001>. Acesso em: 15 mai.2017.

¹⁸² FREITAS, Juarez. A responsabilidade extracontratual do estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar Ltda, v. 241, 2005, p. 33.

¹⁸³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 297

¹⁸⁴ ABREU NETA, Rachel Freire de. Responsabilidade Civil dos Estados por omissão: uma releitura sob a ótica dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica da Justiça Federal da Bahia**. Salvador: SJBA, v.1, n.1, 2002, p. 189

A referida autora evidencia que a ineficácia estatal em atender aos interesses públicos faz com que se defenda cada vez mais a responsabilidade objetiva em caso de omissão, mas afirma que a aplicação dessa teoria em qualquer caso geraria altos custos ao Estado, que poderia não dispor de condições econômicas para suportar esse ônus reparatório.

Dessa mesma forma entende o doutrinador Felipe Braga Netto¹⁸⁵, defendendo inclusive que não é necessária prova pormenorizada da omissão, bastando o dano, que é suficiente para demonstrar a indispensabilidade de reparação. O referido autor ainda reitera que a mesma posição foi adotada pelo STF quando do julgamento da responsabilidade do Estado por danos causados por presos foragidos no RE 573.595 e por afogamento em um parque municipal no RE 238.453.

Em oposição aos citados doutrinadores encontram-se, por exemplo, Bandeira de Mello¹⁸⁶ e Maria Clara Osuna¹⁸⁷ que pregam a responsabilidade subjetiva do Estado por atos omissivos desde que comprovados o dever de agir e a possibilidade de o Estado poder evitar o dano causado, para então responsabilizá-lo. Há ainda a visão de que a causa do dano diverge quando o ato é omissivo e comissivo, o que ensejaria tipos diversos de responsabilização.

Concordando com esse raciocínio José dos Santos Carvalho Filho¹⁸⁸ defende que nem toda omissão do Estado retrataria uma vontade do mesmo e a responsabilidade só lhe poderia ser imputada se houvesse dever legal de impedir a ocorrência do dano, de modo que havendo esse dever legal o Estado seria responsável, devendo arcar com os prejuízos sofridos pelos particulares.

Ao mesmo tempo que defende ser a responsabilidade objetiva, Braga Netto reconhece que no Brasil prevalece a concepção de responder subjetivamente o Estado quando se verifica a omissão. “Há alguns anos, aceitava-se, com maior naturalidade, a possibilidade do Estado responder objetivamente nas omissões. Hoje, porém, observa-se certa inversão dessa tendência.”¹⁸⁹

¹⁸⁵ NETTO, Felipe P Braga. **Manual da responsabilidade civil do Estado: a luz da jurisprudência do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2012, p.157-158.

¹⁸⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.1031.

¹⁸⁷ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. Nexo de Causalidade por omissão estatal. In: GABURRI, Fernando; DUARTE, Bento Herculano (Coord.) **A Fazenda Pública à Luz da Atual Jurisprudência dos Tribunais Brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2011, p.153-173.p. 163.

¹⁸⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015.p. 589.

¹⁸⁹ NETTO, Felipe P Braga. **Manual da responsabilidade civil do Estado: a luz da jurisprudência do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2012, p.160.

Essa corrente doutrinária esposa, portanto, diferentemente do quanto se verifica nos atos comissivos, que a responsabilidade do Estado por omissão depende da prova de culpa. Também dessa forma entendeu o STF, com base no que se veiculou no RE 179147/SP¹⁹⁰:

[...] I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses.

Então, nos atos omissivos, além da conduta, dano e nexos causal, para materializar a responsabilidade do Estado é preciso a configuração da culpa. Sucede que a culpa exigida no direito público é a culpa da administração, não sendo necessário identificar precisamente o agente causador do dano, ou seja, aquele que não agiu, basta que se demonstre que a administração pública tinha um dever jurídico de agir e se omitiu.

Em seus ensinamentos Celso Antônio Bandeira de Melo¹⁹¹ aponta que no caso de omissão do Estado a responsabilidade é sempre por ato ilícito, uma vez que faltaria lógica em responsabilizar a administração pública se essa não tinha o dever de impedir o ato lesivo. Seria, em verdade, responsabilizá-la por um ato que não causou.

Como o Estado figura como provedor da sociedade é plausível pensar que qualquer omissão geradora de dano poderia lhe ser imputada para fins de responsabilização, o que, em verdade, faria com que o ente estatal respondesse por todos os atos lesivos. Nesse sentido o Estado seria um “segurador universal”, o que não é aceito nem pela doutrina e nem pelos tribunais, como se vê no seguinte julgado.¹⁹²

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 179147, PP-00018 EMENT VOL-01900-03 PP-00589. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Rita de Cassia Rocha Conte Linhares, Analia Vieira Dos Santos, Panama De Sousa Viegas Filho E Outros. Relator: Min. Carlos Velloso. Data de julgamento: 12 Dez. 1997. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000112730&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1029.

¹⁹² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APL 10037331820148260114, 2ª Câmara de Direito Público, Relator: Vera Angrisani. Julgado em: 12 Mai. 2015. Disponível em: <tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188278971/apelacao-apl-10037331820148260114-sp-1003733-1820148260114>. Acesso em: 15 mai. 2017.

INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ROUBO. Ressarcimento moral e indenização patrimonial no tocante aos bens particulares subtraídos da residência do autor. Inadmissibilidade. Inexistência de omissão do poder público pelo roubo em si. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido.

Imperioso salientar ainda que precisa ficar comprovado o requisito direto de causalidade entre a omissão do Estado e o dano causado, pois havendo qualquer intercausa o Estado não está obrigado a responder.

Nessa linha de interpretação se a administração pública tem um dever jurídico de agir e se omite, prejudicando terceiros, pode ela ser responsabilizada pela reparação. Tal previsão, contudo, nem sempre é aplicada aos casos concretos, pois a realidade brasileira é pródiga em revelar a inação do Estado em diversas áreas de suas obrigações e, ao mesmo tempo, a falta de punição em razão dessa omissão.

3.2.5.1. A responsabilidade dos agentes públicos

O 37, § 6º da CF deve ser interpretado com cautela, uma vez que a existência de dolo ou culpa expresso no referido dispositivo se refere ao agente e nessa hipótese abre-se a perspectiva da ação regressiva como compensação do ônus suportado pelo ente. O artigo consagra duas responsabilidades no referido parágrafo: a responsabilidade objetiva do Estado perante os particulares e a responsabilidade subjetiva dos agentes perante o ente estatal.

Quando se utiliza a expressão agente, a Constituição visa a responsabilizar qualquer pessoa que realiza serviço público, seja de forma transitória ou permanente, não importando a duração do serviço, desde que o ato seja praticado pela pessoa na qualidade de servidor público.

No que tange à responsabilidade dos agentes públicos, há uma discussão doutrinária a respeito do cabimento de que venham eles a figurar no polo passivo em ações indenizatórias. Parte da doutrina compreende que o artigo 37, § 6º obriga o agente a responder perante o Estado, contudo há autores que defendem que tal artigo trouxe um favorecimento à vítima em não precisar provar a culpa, mas não lhe excluiu o direito de entrar com a ação diretamente contra o causador do dano.

O citado dispositivo traz uma proteção para a vítima do ato lesivo, já que essa não precisará perquirir a culpa do agente para obter a reparação civil, sendo apenas necessário comprovar a

relação de causalidade entre a conduta estatal e o dano sofrido. Contudo, para que o Estado tenha direito ao regresso do valor pago ao indivíduo, o parágrafo único da referida norma expressa a necessidade de comprovação de dolo ou culpa. Se o Estado não conseguir identificar o causador do dano, arcará com os custos, uma vez que sua responsabilidade é objetiva.

Ademais, para que ingresse com a ação regressiva o Estado precisa efetivamente ter arcado com a indenização ao lesado. Na medida em que a máquina estatal não possui lucro, a receita arrecadada visa a atender ao interesse da população e uma vez identificado o causador do dano, esse deve ressarcir os cofres públicos. Não sendo assim, indiretamente toda a população custearia os danos causados pelos agentes públicos.

Destaca-se que o evento danoso pode repercutir tão somente na esfera cível ou pode alcançar também as esferas criminal e administrativa. Existindo a responsabilização criminal, essa deve ser reconhecida nos outros juízos para efeito de reparação do dano, contudo havendo absolvição penal nada impede que seja reconhecida responsabilização civil.

3.2.5.2. Posições doutrinárias a respeito da omissão específica

Alguns doutrinadores, a exemplo de Leonardo Bas¹⁹³ e Rachel Freire¹⁹⁴, defendem que a conduta omissiva do Estado pode ser repartida em omissão genérica e omissão específica e a partir dessa dicotomia, se estabelecem diferentes formas de responsabilização do Estado: no caso de omissão genérica o Estado se responsabiliza subjetivamente, mas no caso de ser essa específica, a responsabilidade volta a ser objetiva.

Na omissão genérica trata-se do dever jurídico que a administração pública tem de agir, de modo difuso, em que essa atuação se dá em sentido amplo, com ações abrangentes. Maria Clara Osuna¹⁹⁵ em sua obra discorre, como exemplo, sobre o RESP 703.471, no qual foi discutida a inoperância do Estado no controle da dengue e o pagamento de indenização às vítimas da doença. Nesse julgado ficou estabelecido que apenas haveria responsabilidade do

¹⁹³ LAGOS, Leonardo Bas Galupe. A responsabilidade do Estado por omissão: objetiva ou subjetiva? **Revista da AGU**: Escola de advocacia geral da União. Brasília: EAGU, 2002, p. 203-204.

¹⁹⁴ ABREU NETA, Rachel Freire de. Responsabilidade civil dos Estado por omissão: uma releitura sob a ótica dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica da Justiça Federal da Bahia**. Salvador: SJBA, v.1, n.1, 2002, p. 193 e 194..

¹⁹⁵ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. Nexo de Causalidade por omissão estatal. In: GABURRI, Fernando; DUARTE, Bento Herculano (Coord.) **A fazenda pública a luz da atual jurisprudência dos tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2011, p.163 e 164.

Estado se não houvesse programas de combate, uma vez que há previsão legal na lei 8.080/90, relativa ao dever do Estado de fomentar ações que visem à redução de riscos de doenças, e o Governo não se desincumbiu de fazê-lo. Percebe-se que a responsabilidade é genérica, não há como imputar um dever específico do Estado e nesses casos a responsabilidade é subjetiva, sendo necessário comprovar negligência, impudência ou imperícia.

Existem, em contrapartida, omissões que não são genéricas, o Estado se responsabiliza especificamente, uma vez que, na hipótese, ele figura na condição de garantidor, cabendo um tratamento diferenciado em caso de omissão.

Na omissão específica o Estado tem um dever especial de evitar o dano e se não o faz responde objetivamente uma vez que a vítima se encontra sobre sua guarda ou tutela. A tese da omissão específica é aceita pelos tribunais, conferindo ao Estado responsabilidade objetiva, como se depreende no seguinte julgado do TJ/RS¹⁹⁶.

REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ESCOLA PÚBLICA. MORTE DE MENOR. HOMICÍDIO COMETIDO POR OUTRO ALUNO DA ESCOLA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO, NOS TERMOS DO ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OMISSÃO ESPECÍFICA. QUANTUM MANTIDO. JUROS E CORREÇÃO MONETÀRIA. APLICAÇÃO DO ICP. Responde o Estado, de forma objetiva, pela morte de aluno, frequentando escola pública, assassinado por colega, presente hipótese de omissão específica que enseja a incidência do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Essa conduta estatal suscitada no julgado foi tratada como omissão específica já que o Estado é tutor das crianças que estão nas escolas públicas e o ente estatal tem para com elas o dever de proteção. Da mesma forma ocorre com os detentos, pois havendo lesões ou morte de detentos em rebelião nos presídios se materializa uma omissão específica, posto que o encarcerado se encontra sob a guarda do Estado, a quem cabe zelar por sua integridade física.

Cabe ainda citar o RE 272.839¹⁹⁷ em que o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso, mantendo a decisão de que a responsabilidade do Estado é objetiva no caso da morte de um detento por colega de cela, entendendo que o Poder Público tem o dever de vigilância para com os presidiários, o que é suficiente para estabelecer o nexo causal e configurar a sua responsabilidade.

¹⁹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Reexame necessário nº 70037658770. Sexta Câmara Cível. Relator: Artur Arnildo Ludwig. Julgado em 16 fev. 2012. Disponível em: <tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21294723/reexame-necessario-reex-70037658770-rs-tjrs> Acesso em: 21 mai. 2017.

¹⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo mantém responsabilidade do estado de Mato Grosso por morte de detento.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64220>>. Acesso em: 05 out. 2017.

Da mesma forma se observa no Agravo Interno no REsp 1305249,¹⁹⁸ quando o STJ entendeu que é responsabilidade objetiva do Estado a morte de detento em delegacia, presídio ou cadeia pública, vez é dever do Estado prestar vigilância e segurança aos presos sob sua custódia.

De forma simplificada, há omissão específica quando o Estado tem obrigação de agir para impedir o dano e há omissão genérica quando deve evitar o resultado.

3.3. O DEVER DE REPARAÇÃO DO ESTADO

Nem toda situação em que um comportamento do Estado causa lesão a terceiros, ocasiona uma responsabilidade estatal, o que quer dizer que nem todo dano é indenizável.

Para se materializar a responsabilidade do Estado, o dano precisa ser jurídico, vale dizer, precisa haver lesão a direito. Isso significa que não basta a ocorrência de uma lesão econômica, a vítima precisa demonstrar que teve um direito violado pelo Estado. Celso Bandeira de Melo¹⁹⁹ diferencia dano ao direito do dano patrimonial e do dano econômico. Segundo esse doutrinador o dano patrimonial se refere a qualquer detrimento, total ou parcial, sofrido pelo patrimônio de alguém; o dano econômico “incide sobre algo que a ordem jurídica considera como pertinente ao lesado”, afeta-se o direito ao bem; já o dano ao direito atinge a um direito concedido pelo ordenamento ao indivíduo.

Para que o dano seja indenizável é imperioso ainda que esse seja certo e atual ou futuro. Dano certo é aquele que efetivamente ocorreu, ele precisa ser concreto, não se considerando a possibilidade, a eventualidade de um dano. Ademais, o dano precisa ser atual ou futuro, o que significa que a responsabilidade deve abarcar os prejuízos causados aos bens jurídicos atuais ou em face da deterioração de direito futuro da pessoa lesada, como ocorre com os lucros cessantes.

Frisa-se que a pretensão de reparação do dano causado pelo Estado segue o disposto no art. 206 do Código Civil, que estabelece em três anos a prescrição para ingresso com a ação de

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial Nº 1305249. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: C. C. M. (menor). Relator: Min. OG Fernandes. Brasília, DJ 25 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?preConsultaPP=000005773/2>>. Acesso em: 15 out. 2017.

¹⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1037.

ressarcimento, na medida em que o citado dispositivo não diferencia os sujeitos passivos bem como não há previsão legal específica em outro sentido.

Divergindo desse entendimento, Diógenes Gasparini²⁰⁰ afirma que a prescrição do direito de exigir indenização no caso de responsabilidade estatal prescreve em 5 anos, conforme disposição legal contida no art. 1º, C, da Lei Federal nº 9494/97, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Da mesma forma que o citado autor, o STJ²⁰¹ decidiu pelo prazo quinquenal em decisão de recurso repetitivo.

Administrativo. Recurso Especial Representativo De Controvérsia (Artigo 543-C do CPC). Responsabilidade civil do estado. Ação indenizatória. Prescrição. Prazo quinquenal (Art. 1º do Decreto 20.910/32) x Prazo Trienal (Art. 206, § 3º, V, do CC). Prevalência da lei especial. Orientação pacificada no âmbito do STJ. Recurso Especial não provido.

O dano indenizável pode ser subdividido em duas esferas, o quer dizer que os danos causados podem ser de natureza material e moral. Os danos materiais são aqueles que atingem o patrimônio da vítima, recaindo sobre bens de seu acervo e, por isso, são os mais simples para cálculo de reparação, posto que o valor a ser devolvido é o montante do bem atingido, apurado na data da lesão.

Consoante entendimento do doutrinador Edmir Neto,²⁰² os danos podem ainda ser subdivididos em mais uma perspectiva: a pessoal. Os danos pessoais têm caráter subjetivo, uma vez que a lesão atinge a própria pessoa, podendo causar danos à integridade física, psíquica ou a estética do indivíduo. O autor reconhece que para efeito de reparação os danos pessoais não encontram a mesma facilidade de cálculo que os danos materiais, havendo aqui uma divergência doutrinária para valoração do *quantum* indenizatório. Parte da doutrina afirma ser esse arbitrado conjuntamente com as outras duas espécies, já que é de difícil quantificação, enquanto outra parte defende que os danos pessoais considerarão os danos emergentes e lucros cessantes, podendo ser cumulados com os demais.

Por fim os danos morais têm natureza compensatória e são devidos quando alguém sofre uma lesão à sua personalidade. O cerne dessa indenização é a violação da dignidade da pessoa humana, caracterizando, portanto, danos imateriais. Esses são de quantificação mais complexa para fins reparatórios, haja vista que envolvem o espírito humano e visa-se compensar algo de

²⁰⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1145.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1251993 – Proc. 2011/0100887-0. Recorrente: Município de Londrina. Recorrido: Renata Kawassaki Siqueira. Relator: DJ: 12 dez. 2012. Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23034607/recurso-especial-resp-1251993-pr-2011-0100887-0-stj>. Acesso em: 21 mai. 2017.

²⁰² ARAUJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.854

difícil mensuração. Ainda que de delicada quantificação, conforme expresso por Edmir Neto²⁰³, “é inegável a obrigação do Estado em indenizar por danos morais, pois sua responsabilidade decorre do simples funcionamento dos serviços públicos”.

O doutrinador Anderson Schreiber²⁰⁴ critica a existência de “novos danos” e para isso exemplifica com os seguintes casos: dano da moto nova, dano por abandono efetivo e dano por lentidão judicial. No que tange ao primeiro, elucida a hipótese de um indivíduo que teve sua moto furtada e ingressou com uma ação requerendo danos materiais, morais e existenciais, esse último em decorrência de haver uma afetividade com o bem. Quanto a essa primeira situação, o mencionado autor afirma que não deve existir tal tipo de dano, uma vez que não houve tutela jurídica para isso, o valor afetivo pelo bem apenas é levado em consideração no cálculo da restituição do mesmo, mas não como um novo tipo de dano a ser indenizado cumulativamente aos demais.

O dano por abandono afetivo é requerido pelos filhos aos pais quando estes faltam com o dever de atenção e amor para com aqueles. Nesse caso, o autor sustenta que assim como o primeiro, não há um dever legal dos pais em agir desse modo, havendo na lei deveres outros, como o sustento e a educação, e se esses não forem violados não haverá dano indenizável.

Por fim, o dano pela lentidão do processo judicial, a própria nomenclatura deixa claro do que se trata e para essa situação, diferente das anteriores, o citado doutrinador defende que deve haver uma avaliação no caso concreto para aferir se houve demora na tutela jurisdicional, causando prejuízo ao autor da demanda.

Conclui Schreiber que “a verificação do dano ressarcível resulta da constatação de violação à área de atuação legítima de um interesse merecedor de tutela. Tal área de atuação não pode ser delimitada em abstrato, mas exige sua concreta definição frente à conduta lesiva.”²⁰⁵

²⁰³ ARAUJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 856.

²⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.180-186.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 189.

4. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580252

Inicialmente cumpre esclarecer que a ação nº 0005157-18.2003.8.12.0008 que deu origem ao Recurso Extraordinário 580252, objeto da presente pesquisa, flui em segredo de justiça, restando impossibilitada uma observação pormenorizada dos autos do referido processo.

Sendo assim o foco desta pesquisa abarca apenas os documentos, votos e o acórdão disponibilizados pelo Supremo Tribunal Federal, que apesar de não incluírem a peça exordial apreciada pelo Juízo de piso - capaz de demonstrar as particularidades do caso concreto, desde a sua origem -, permitem uma compreensão do tema ali tratado.

O julgamento do RE 580252 ocorreu em 16 de fevereiro de 2017, tendo o STF condenado o Estado do Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização a título de danos morais em favor de um detento encarcerado em situação degradante, trazendo ao cenário jurídico uma discussão de maior amplitude acerca da responsabilidade do Estado.

A fundamentação utilizada pelo STF pode suscitar um precedente para situação relativamente inédita sob apreciação do poder judiciário: em quais situações comporta imputar o dever de indenização ao Estado, quando este for omissivo em suas atribuições? Ademais, a referida decisão põe em pauta inúmeros questionamentos no âmbito social, entre eles a consequência da não aplicação da reserva do possível e a provável incapacidade do ente estatal em arcar com o incremento do volume de processos sentenciados desfavoravelmente e com idêntica pretensão. Imprescindível então dissecar o quanto possível o caso, aprofundar os elementos contidos no referido julgado e os efeitos dele decorrentes.

4.1. SÍNTESE DO JULGADO NO RE 580252

A lide foi ajuizada pela Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul, tendo como autor Anderson Nunes da Silva, detento do estabelecimento prisional de Corumbá condenado a 20 anos de reclusão, e tendo como réu o Estado do Mato Grosso do Sul.

O autor da ação alega ter sido submetido a condições de vida precárias no presídio, além da convivência com a superlotação do local, requerendo a condenação do réu em um salário mínimo mensal, enquanto a situação perdurasse. Proferida a sentença, o juiz da Segunda Vara Cível da Comarca de Corumbá julgou improcedentes os pedidos formulados pelo autor,

entendendo pela aplicação da reserva do possível e defendendo que os recursos disponíveis do Estado deveriam ser utilizados para assegurar o funcionamento das penitenciárias.²⁰⁶

Em sede de Apelação o detento reafirmou a necessidade de indenização em face da omissão estatal e que a aplicação da reserva do possível não era devida, em face da previsão constitucional do artigo 37, § 6º, relativamente a responsabilidade do Estado quanto a danos provocados a terceiros. Por maioria o recurso foi provido e o acórdão destacou que a penitenciária de Corumbá foi inspecionada em 2003, quando ficou comprovada a superlotação, bem como apontados inúmeros problemas e determinadas medidas para sanar as irregularidades, o que não foi cumprido até a data da decisão. Dessa forma o tribunal considerou caracterizada a omissão estatal, e, por se tratar de direito mínimo dos indivíduos, pela não aplicação da reserva do possível ao caso.

O Tribunal de Justiça julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o Estado a pagar R\$ 2.000,00 ao apelante, decisão essa que foi modificada em sede de Embargos Infringentes, retirando a condenação com amparo na teoria da reserva do possível bem como de que não houve conduta ilícita da parte ré.

O ente estatal, como embargante, alegou que os direitos dos detentos exigem prestações positivas do Estado, o que significa que também se submetem a reserva do possível. Ademais, sustentou que não houve omissão ilícita do Estado, não justificando ser condenado, uma vez que tem agido de acordo com a possibilidade orçamentaria e considerando os critérios de conveniência e oportunidade para a destinação de recursos que seria apenas faculdade do Estado melhorar e construir cadeias públicas, não sua obrigação.²⁰⁷

A Defensoria ingressou com Recurso Extraordinário arguindo descumprimento dos artigos 5º, III e 5º XLIX da Constituição Federal e defendendo que a situação carcerária no Mato Grosso do Sul é tão alarmante que o próprio Governador editou um Decreto reconhecendo a superlotação e as condições degradantes dos presídios. Ademais, sustentou que adotar a teoria da reserva do possível para essa situação significaria acatar a fundamentação do Estado para

²⁰⁶ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível Nº 2006.003179-7/0000-00. Terceira Turma Cível. Relator: Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em 10 abr. 2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961>>. Acesso em: 04 out. 2017.

²⁰⁷ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Embargos Infringentes Nº 2006.003179-7/0001-01. Terceira Seção Cível. Relator: Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz. Julgado em 21 mai. 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961>>. Acesso em: 10 out. 2017.

justificar sua inércia em todas as suas outras áreas de atuação. Em que pese os esforços da parte autora, foi negado seguimento ao recurso.

Na Contraminuta o Estado alegou que não houve ilícito do ente estatal na medida em que não ocorreu negligência e o que impediu a construção e a ampliação das penitenciárias foi tão somente a inexistência fática de recurso públicos. Outrossim, a defesa sustentou o entendimento de que no caso em tela, o Estado tão somente exerceu seu poder de polícia, o que o impede de ser responsabilizado pela omissão do serviço público, afirmando que não presta serviço público aos presos.²⁰⁸

Após interposição de agravo de instrumento pela Defensoria, O RE foi admitido e teve repercussão geral veiculada em 2011, quando o relator reconheceu que a responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária ultrapassava o interesse das partes, sendo relevante do ponto de vista social e jurídico.²⁰⁹

Destaca-se que no curso do processo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5170 requerendo que o STF se pronunciasse a respeito dos artigos 43, 186 e 927 do Código Civil, para assegurar interpretação conforme a Constituição para tais comandos, no sentido de responsabilizar o Estado pelas más condições dos presídios bem como pela superlotação carcerária, concedendo indenizações para aqueles que se encontram nessas situações. Cumpre informar que desde dezembro de 2016, os autos encontram-se conclusos para decisão da relatora, a Ministra Rosa Weber.²¹⁰

Em dezembro de 2014 o relator do RE, Ministro Teori Zavascki, proferiu voto considerando o Estado como responsável pela má condição do sistema prisional brasileiro aos quais os detentos são submetidos. O ministro reconheceu que a situação do presídio de Corumbá violava a dignidade dos detentos, o que configurava dano passível de indenização e para isso utilizou como esteio o art. 37, § 6º da Constituição Federal. Como já abordado, o referido

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento Nº 688.844-0. Agravante: Anderson Nunes da Silva. Agravado: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, DJ 29 out. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961>>. Acesso em: 10 out. 2017.

²⁰⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repartição de receitas tributárias e superlotação carcerária têm repercussão geral**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=173556&caixaBusca=N>>. Acesso em: 04 out. 2017.

²¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI discute direito de indenização a preso em condições desumanas**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278788&caixaBusca=N>>. Acesso em: 04 out. 2017.

dispositivo estabelece a responsabilidade do Estado como prestador de serviços públicos, obrigando-o a reparar danos que seus agentes causarem a terceiros.

O relator sustentou ainda que compete ao Estado zelar pela integridade e segurança dos detentos, uma vez mantidos sob a sua custódia, e destacou que embora não haja obrigatoriedade do Estado em adotar políticas públicas específicas, deve-se ao menos prestar e garantir o mínimo existencial para todos, inclusive aos encarcerados. Em seu voto, assim se expressou o Ministro Zavascki:

A criação de subterfúgios teóricos (tais como a separação dos Poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos) para afastar a responsabilidade estatal pelas calamitosas condições da carceragem de Corumbá/MS, afronta não apenas o sentido do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, como determina o esvaziamento das inúmeras cláusulas constitucionais.²¹¹

Ocorre que o julgamento do caso foi suspenso em razão do pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso, após a prolação do voto do relator. Explicando o motivo de ter pedido vista, o Ministro Barroso afirmou que deveria se buscar uma outra solução para o deslinde do feito uma vez que, por ter sido Procurador do Estado, notou que a concessão de indenizações particulares gera uma diminuição de políticas públicas, respondendo o Estado apenas a litígios individuais que não apenas geram injustiças, mas desarrumam todo o sistema.²¹²

Insta salientar que o pedido de vista tem como objetivo retirar um processo da pauta de julgamento para que o julgador possa melhor instruir-se sobre o tema, antes de proferir o voto. Apesar de constar com prazo máximo de 20 dias para esse incidente processual, não há sanção imposta aos ministros caso não o obedeçam. O voto do Ministro Barroso foi proferido apenas em 2015.

Ao se pronunciar o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu pela responsabilidade do Estado, mas em sentido diverso do relator. Considerou como alternativa a diminuição em dias da pena do autor, ao invés de indenização em danos morais, defendendo que mesmo com a concessão de indenização pecuniária, as condições reclamadas pelo detento persistiriam. Ademais, o Ministro sustentou que a responsabilidade do Estado não é por omissão, mas por ação, uma vez que o ente estatal acolhe pessoas para cumprimento de pena nos presídios, com prévio conhecimento das condições em que os estabelecimentos se encontram.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.580252 – Proc. 20060031797000101. Recorrente: Anderson Nunes Da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília. DJ 16 fev. 2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 04 out. 2017

²¹² *Ibidem*.

Reportou ainda que o ente estatal possui posição de garantidor para com os apenados, tendo deveres específicos de vigilância e proteção, e por isso sua responsabilidade é objetiva. Dessa forma o Ministro reconheceu que o Estado é obrigado a reparar, mas propôs uma indenização extrapatrimonial, diminuindo um dia de pena a cada “X” dias de pena cumprida em situação degradante, variável “X” essa que deve ser arbitrada pelo juiz no caso concreto.²¹³

Após o voto do referido Ministro, a Ministra Rosa Weber pediu vista dos autos e posteriormente proferiu voto no mesmo sentido do relator, defendendo como melhor opção a indenização em dinheiro afirmando ainda que, se acatada, a proposta do Ministro Barroso não resolveria o problema dos detentos, uma vez que a remissão da pena tem a ver com o direito à liberdade e não com a dignidade da pessoa humana, que foi o efetivamente pleiteado na lide, além do que “estariam as políticas públicas a perder duas vezes: as relativas aos presídios, em condições mais indesejadas, e as referentes à segurança pública, prejudicada pela soltura antecipada de condenados”.²¹⁴

Afirmou ainda a Ministra que sendo a indenização paga mediante precatórios, não haveria prejuízo direto aos orçamentos públicos, o que não impediria as melhorias das condições carcerárias.

Em 16 de fevereiro de 2017 o tribunal pleno deu provimento ao recurso, decidindo no mesmo sentido do relator, qual seja: deve o Estado indenizar os presos que se encontram em situação degradante, tendo como lastro a interpretação do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, garantindo a supremacia da dignidade da pessoa humana sobre o argumento da reserva do possível, e concedendo ao detento uma indenização no valor de R\$ 2.000,00.

4.2 CONTORNOS DO RE 580252 EM OUTRAS ÁREAS DA ATUAÇÃO ESTATAL

A tese firmada pelo relator e seguida pelo STF em sua decisão foi no sentido de responsabilizar o Estado nos termos do art. 37, § 6º da Constituição pelos danos causados aos detentos decorrentes da falta ou insuficiência de condições dignas no seu encarceramento.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.580252 – Proc. 20060031797000101. Recorrente: Anderson Nunes Da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília. DJ 16 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 04 out. 2017.

²¹⁴ *Ibidem*.

A realidade dos presídios e as más condições a que são submetidos os detentos são questões amplamente conhecidas da sociedade brasileira. Não raro percebe-se que apesar de conhecer a situação vivenciada pelos detentos, muitas pessoas não os considera merecedores das garantias fundamentais, prevalecendo, para muitos, a triste concepção de que “bandido bom é bandido morto”. É como se a condenação penal retirasse do indivíduo além do seu direito à liberdade, todas as prerrogativas que lhe cabem pela sua condição de ser humano. Destaca-se inclusive que na decisão da apelação, o relator do acórdão cita uma parte da defesa do Estado do Mato Grosso, o que só corrobora essa equivocada visão:

Os argumentos do Estado do Mato Grosso, quando menciona que o apelante, ao ser condenado, deixou de cumprir seus deveres, infringindo a lei, fato esse utilizado como justificativa para afastar qualquer responsabilidade sua quanto a inobservância de seus direitos fundamentais são deploráveis, dando conta que realmente despreza o seu dever de cuidar de quem puniu.²¹⁵

Em reforço a esse desvio, o deputado Roberto de Lucena, do Partido Verde de São Paulo, apresentou na Câmara dos Deputados um projeto de lei, logo após a decisão do Supremo no RE 508252, para que, de forma irrevogável e irreversível, não fossem concedidas indenizações em dinheiro aos presos, sob o argumento de que a opção pela criminalidade implica em arcar com as consequências, sem requerer melhorias no sistema prisional.²¹⁶

O fato de o indivíduo ter praticado ato ilícito e sofrer a condenação não afasta o dever do Estado de garantir-lhe condições mínimas de vida nos presídios. Como ao Estado é atribuída a obrigação de punir os que cometem infrações penais, cabe a este também prover a tutela dos indivíduos que ficam sob sua custódia, fazendo-o de forma digna.

O Pacto de San José da Costa Rica²¹⁷, do qual o Brasil faz parte, garante no artigo 5º o direito a integridade da pessoa e deixa expresso que as penas privativas têm como finalidade a reforma e a readaptação dos condenados. Segundo esse diploma a pena privativa não tem como objetivo principal punir ou retribuir o mal causado pelo apenado, mas prevenir os atos delituosos e ressocializar o preso.

²¹⁵ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível Nº 2006.003179-7/0000-00. Terceira Turma Cível. Relator: Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em 10 abr. 2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961>>. Acesso em: 04 out. 2017.

²¹⁶ SOUZA, Pedro Nonato de. **Projeto tenta por fim a indenização de presos por precariedade das cadeias**. Disponível em: <<https://www.campograndenews.com.br/politica/projeto-tenta-por-fim-a-indenizacao-de-presos-por-precariedade-das-cadeias>>. Acesso em: 04 out. 2017.

²¹⁷ BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 04 out. 2017.

Infelizmente o sistema prisional brasileiro não cumpre com seu papel de prevenção. Ao revés, propicia uma crescente violência interna, não apenas entre os presos, mas sobretudo entre os apenados e os policiais. Há ainda a consolidação de facções criminosas (que muitas vezes funcionam também como forma de proteção aos detentos que se associam a determinados grupos, como forma de se manterem vivos em meio à selvageria dominante) e que continuam a praticar crimes mesmo com seus integrantes reclusos nos estabelecimentos prisionais.

Como defendem Nathália Fracassi Ribeiro e Taís Nader Marta²¹⁸ “a prisão, atualmente, serve apenas como fator de segregação social e ao invés de proporcionar meios para que o condenado retorne a uma vida digna, dificulta sua inserção na sociedade”.

A situação do sistema prisional brasileiro é alarmante. Segundo levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em janeiro/2017,²¹⁹ o número de presos no Brasil era de 654.372 e conforme o site do G1, portal de notícias das Organizações Globo,²²⁰ há um déficit de 273,3 mil vagas, concluindo que há superlotação em todas as unidades penitenciárias brasileiras.

Os estabelecimentos prisionais não comportam a população carcerária existente, gerando uma ocupação que dá origem a uma série de outros problemas como, por exemplo, proliferação de epidemias, aumento da violência e a dificuldade em suprir alimentos e higiene para todos.

O artigo 5º, III, da Constituição Federal deixa expresso que ninguém se submeterá a tratamento desumano ou degradante e a decisão do STF foi proferida visando a reparar pecuniariamente o preso, uma vez que o Estado réu não vem obedecendo a tal preceito constitucional.

Não é pretensão do presente trabalho contestar a decisão proferida pelo STF, uma vez que é evidente a responsabilidade do Estado em manter a dignidade daqueles entregues à sua custódia. O que se busca analisar é o alcance desse *decisum*, dada à sua extensão para esferas outras da atuação estatal.

²¹⁸RIBEIRO, Nathália Fracassi; MARTA, Taís Nader. **A finalidade da pena privativa de liberdade: ressocializar ou revidar?** Disponível em: <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/25.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2017.

²¹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 10 out. 2017

²²⁰ VELASCO, Clara; REIS, Thiago. **AM supera PE e lidera ranking de superlotação em presídios; Brasil tem 270 mil presos acima da capacidade.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/am-supera-pe-e-lidera-ranking-de-superlotacao-em-presidios-brasil-tem-270-mil-presos-acima-da-capacidade.ghtml>>. Acesso em: 10 out. 2017.

O Ministro Zavascki em seu voto afirmou que o Estado deve ser responsável pelos mínimos padrões de humanidade dos detentos. E no que tange às condições de desumanidade nos hospitais públicos, poder-se-ia aplicar o mesmo raciocínio?

A superlotação e as péssimas condições do serviço público não são problemas exclusivos do sistema penitenciário. Em matéria disponibilizada pelo G1, Portal de Notícias da Globo, em 31 de março de 2017, reporta-se que o Hospital São Paulo, localizado na capital paulista, tem capacidade para atender 700 pessoas no pronto socorro e nesse ano, os atendimentos dobraram, chegando a 1.500 pessoas, sem que tenha havido qualquer mudança na estrutura da instituição.²²¹ É flagrante o aspecto revelador da perda de qualidade e do descaso público, afetando o tratamento dispensado aos pacientes.

Conforme noticiado no site do Sindicato dos Médicos do Estado da Bahia²²², em Feira de Santana/BA não há um número suficiente de ambulâncias para a necessidade da população e as unidades em funcionamento se encontram em condições precárias, o que potencializa riscos de acidentes e diminui a eficácia dos atendimentos de urgência. Situações como essas se repetem em muitos Estados brasileiros, demonstrando uma desatenção generalizada dos administradores públicos.

Nos Embargos Infringentes interpostos no processo objeto de análise do presente trabalho, o Estado do Mato Grosso alegou que não é apenas a população carcerária que sofre, mas sim toda a coletividade, já que os hospitais públicos estão sem equipamentos e remédios necessários e os doentes não têm o atendimento devido, sendo que muitos morrem na espera de serem socorridos, faltando assistência, alimentos e vagas na educação para atendimento da população. Nesse sentido, assim se expressou nos autos:

Dessa forma, entendendo-se que os presos têm direito à indenização por danos morais em razão da precariedade dos estabelecimentos em que cumprem pena tem de se reconhecer o direito de todo cidadão brasileiro de ver indenizado seu sofrimento moral por não ter moradia, água potável, refeições diárias, atendimento hospitalar, etc.²²³

²²¹ CAMPOS, Ana Paula. Com Hospital São Paulo em crise, funcionários relatam agressões de pacientes. **Bom dia São Paulo**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/com-hospital-sao-paulo-em-crise-funcionarios-relatam-agressoes-de-pacientes.ghtm>> Acesso em: 10 out. 2017.

²²² SINDICATO DOS MÉDICOS DO ESTADO DA BAHIA. **Sindimed cobra no MPF apuração sobre descaso com o Samu de Feira**. Disponível em: <<http://www.sindimed-ba.org.br/10747-2>> Acesso em 03 set. 2017.

²²³ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Embargos Infringentes Nº 2006.003179-7/0001-01. Terceira Seção Cível. Relator: Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz. Julgado em 21 mai. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961>>. Acesso em: 10 out. 2017.

Embora com outro viés, essa também é a premissa da presente pesquisa e a principal divergência se concentra no quesito “responsabilização da administração pública”. O Estado réu arguiu que o autor não tinha direito ao quanto pleiteado, ponderando que a sua responsabilidade seria subjetiva por não ter sido demonstrada culpa ou dolo e justificando que “não pode ser imputada como negligente a conduta da administração pública que, nos limites orçamentários definidos por lei, aplica no setor em questão todos os recursos disponíveis.”²²⁴

Defende este trabalho de pesquisa, por seu turno, com lastro nos entendimentos doutrinários, que comporta a responsabilização objetiva do ente estatal, na medida em que não se trata de omissão genérica, mas sim de omissão específica, o que exclui a análise do dolo ou culpa do ato praticado.

Como já mencionado o artigo 37º, § 6º estabelece a responsabilidade objetiva para os atos comissivos. E como esse dispositivo é silente quanto à omissão estatal, a doutrina e jurisprudência consideram aplicável a responsabilidade subjetiva para os atos omissivos, quando a inação for genérica, e objetiva quando for específica. Salienta-se o entendimento de Durval Carneiro Neto de que essa distinção entre responsabilidade objetiva e subjetiva vem sendo relativizada com o surgimento de novas argumentações que buscam cada vez mais ampliar o risco assumido pelo Estado, tornando sua responsabilidade objetiva.²²⁵

O voto do relator do RE 508252 e que foi acompanhado pelos demais ministros empregou o artigo 37, § 6º, considerando-o preceito autoaplicável e não sujeito a providência administrativa para conceder ao detento indenização a título de danos morais. Veja-se:

Aqui, a matéria jurídica se situa no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos previstos no art. 37, § 6º, da Constituição. Conforme antes afirmado, trata-se de preceito normativo autoaplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou a providência administrativa de qualquer espécie. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexa causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado.

Assim como o detento tem direito a um mínimo existencial, condições salubres de vida no estabelecimento prisional, como reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, o restante da sociedade que se distingue desses apenas por ter seu direito de liberdade e

²²⁴ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Embargos Infringentes Nº 2006.003179-7/0001-01. Terceira Seção Cível. Relator: Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz. Julgado em 21 mai. 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961>>. Acesso em: 10 out. 2017.

²²⁵ CARNEIRO NETO, Durval. **Dever e responsabilidade civil do Estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social**: quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral. 2017. Tese. Orientador: Prof. Doutor Celso Luiz de Braga Castro. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 273.

locomoção não obstado pelo ente estatal, também tem direitos mínimos à saúde, à assistência e à educação, que devem ser igualmente assegurados pelo Estado. Nesse escopo, sendo direito de todos e dever do Estado, qualquer violação a direito fundamental deveria gerar responsabilização nos termos do artigo 37, § 6º da CF.

No caso do Recurso Extraordinário discutido a responsabilidade do Estado em relação aos presos é objetiva posto que o Estado figura como garantidor, com o dever específico de evitar danos àqueles que ficam sobre a sua guarda. Isso posto e a título exemplificativo, poder-se-ia supor que se trata de situação distinta da garantia à saúde, já que nessa hipótese é exigida análise de dolo ou culpa para o ente estatal responda por eventual omissão. Em que pese necessária a comprovação do dolo ou culpa, além da prova nessa circunstância ser simples e inequívoca - até porque notórias as deficiências estatais nos serviços públicos -, o ônus da prova possivelmente será imputado ao Estado, dada à sua melhor capacidade probatória.

Ademais, uma vez comprovada a não atuação estatal nos serviços públicos, as omissões genéricas ficam no mesmo patamar que as específicas, o que implica dizer que ambas gerarão responsabilidade estatal. Outrossim, o Estado deve responder pela interpretação e aplicação direta do artigo 37º, § 6, posto que incompreensível seria o legislador originário ter previsto sanção apenas para os atos comissivos da administração pública, excluindo as inações que são tão prejudiciais quanto. Dessa forma, ainda que não se entendesse pela aplicação análoga do julgado contido no RE 580252, o Estado teria obrigação de reparar os danos causados, já que há previsão expressa nesse sentido.

Para identificar se há responsabilidade do Estado por omissão basta uma simples análise afirmatória de que o Estado tinha o dever de evitar a ocorrência do dano. Se, como é corriqueiro na realidade social, uma pessoa não consegue ser atendida em um hospital público e falece sem que tenha recebido o atendimento médico necessário, é evidente que houve falha do Estado por descumprimento da obrigação de prover a esse indivíduo —e de resto a toda a sociedade -, o pleno acesso à saúde. Nessa hipótese, há um dever de impedir o evento danoso, o que não foi observado.

Não se precisaria nem chegar ao extremo do falecimento de algum indivíduo, há inúmeros casos em que, como não há leitos suficientes para todos, os pacientes são realocados e, quando são, atendidos nas alas comuns dos hospitais. Há também nessas hipóteses clara omissão estatal e submissão a condições que não respeitam o mínimo de dignidade da pessoa humana. Uma vez comprovada essa omissão, deveria ser imediata a necessidade de reparação, assim como será para os detentos por conta da repercussão geral atrelada ao RE 580.252. Em

ambas as circunstâncias se verifica a mesma inércia estatal frente aos mesmos direitos fundamentais dos cidadãos.

Salienta-se que a necessidade de reparação não decorre tão somente da omissão estatal, mas, sobretudo pela ofensa a direitos fundamentais dos indivíduos - protegidos pela Constituição Federal como invioláveis e essenciais -, devendo o poder público garanti-los e provê-los com a maior efetividade possível.

Como assevera Maria Cristina de Castro,²²⁶ quando se trata de responsabilidade civil do Estado, este, enquanto órgão garantidor dos direitos e da vida digna em sociedade, deve não apenas desincentivar, mas sobretudo se opor a qualquer circunstância que possibilite uma situação degradante ao ser humano, não devendo privá-los de um mínimo essencial à sobrevivência.

Por conseguinte, a situação que ocorre com os detentos e que foi tratada no RE 580252 se repete em diversas áreas sociais em que há uma evidente falha do Estado no seu dever de garantia, dadas às condições degradantes presentes na realidade de quem necessita desses serviços. Com base nos direitos fundamentais previstos ao longo do texto constitucional, o artigo 37, § 6º e sua aplicação conforme o Recurso Extraordinário discutido, não restam dúvidas quanto à necessidade de reparação do Estado quando comprovada a sua omissão e o imperioso afastamento da teoria da reserva do possível.

A questão que sucede com a função compensatória da responsabilidade civil do Estado em todos os casos, é a indisponibilidade financeira, ainda que esse aspecto possa ser minorado com medidas mais rigorosas na destinação dos recursos. Se atualmente o Estado recorre ao argumento da ausência de verbas para deixar de atender diversas demandas e/ou melhorar os serviços existentes, a garantia de indenização em todas as suas omissões poderá conduzir a administração pública a utilizar parte substancial dessas disponibilidades exclusivamente para arcar com as indenizações das demandas individuais.

Ainda que, como afirmou a ministra Rosa Weber, o ente estatal pague através do regime de precatórios, isso gerará uma sobrecarga para os cofres públicos se não a curto, a médio e a longo prazos. A título de exemplo, dias após a decisão do RE 580252, foi publicada uma matéria informando que só no Mato Grosso do Sul foram ajuizada 268 ações com o mesmo

²²⁶CASTRO, Maria Cristina Souza Leão de. A responsabilidade civil do Estado e a obrigatoriedade da continuidade da prestação de serviços públicos essenciais. **Revista da ESMape**. Recife: ESMape, v.18, n. 38, 1996, p. 101.

pedido.²²⁷ Se todas essas ações forem procedentes e a indenização média concedida seja de R\$ 2.000,00 já seriam despendidos apenas para os autores importância superior a meio milhão de reais.

Por óbvio a entrega de indenizações a título de danos morais impactaria nos orçamentos dos Estados. Para contornar esse reflexo poderia se aventar algumas hipóteses, tais como a criação de novos tributos destinados a esses fins ou a utilização de valores oriundos da desvinculação das receitas decorrentes da contribuição previdenciária, que já visa a garantir um direito fundamental. Nesse último caso a União, que tem o direito de desvincular até 20% dos valores recebidos da contribuição da previdência, repassaria para os Estados parte dessa verba garantindo ainda uma responsabilidade concorrente dos entes federados. Sucede que quaisquer dessas hipóteses acabam por transferir a responsabilidade do pagamento para o autor da ação, bem, como para a coletividade, contribuintes obrigatórios dos tributos.

Como a realidade demonstra que o Estado lida com dificuldades financeiras e materiais para prestar serviços públicos de qualidade a todos os administrados, a PPP - Parceria Público Privada poderia ser uma alternativa viável para uma melhora nessas prestações, uma vez que ela corresponde a uma forma de contratação de serviços ou obras firmada entre uma empresa privada e o governo, com o objetivo de viabilizar certas atividades.

A PPP é uma modalidade de contrato de concessão, regulada pela Lei 11079/2004, em que fica contratada a execução de uma obra ou a prestação de um serviço público pelo parceiro privado. Ela possibilita a oferta de infraestruturas econômicas e sociais, com melhor uso dos recursos e maior eficiência na prestação dos serviços, sem a necessidade de imediato investimento estatal.

Em que pese tais benefícios, há restrições para a utilização da PPP, tais como: i)- não se pode utilizar mais que 5% da receita corrente líquida do Estado, o que obstaria seu emprego de forma exclusiva para solucionar a inação estatal; ii)- a contratação é complexa e de longo prazo, comprometendo receitas futuras do Estado, tendendo a produzir problemas de continuidade para os governantes posteriores; e, iii)- ela não é necessariamente mais barata do que a disponibilização dos serviços pelo próprio ente estatal, embora mais eficiente e sem necessidade de investimento público para a execução dos projetos.

²²⁷ FERREIRA, Marta. **MS: 268 detentos na 'fila' da indenização por condições em presídios**. Disponível em: <<http://www.midiamax.com.br/justica/decisao-manda-indenizar-presos-ms-pode-causar-mais-perdas-estado-331973>>. Acesso em: 16 out. 2017.

Como é visível a inação estatal para o melhoramento dos serviços públicos e crescente é a necessidade dessa assistência pela coletividade, surgem meios alternativos não estatais para o atendimento das carências sociais. Um exemplo é a APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, entidade civil sem fins lucrativos que visa a recuperação social do detento, diminuindo a alta percentagem de reincidência delitiva, típica das prisões comuns. Essa instituição trabalha um método de prisão humanizada, em que os detentos são chamados de recuperandos e para eles são oferecidos cursos, palestras e jornadas de trabalho, além de acomodá-los em local que não possui armas ou carcereiros.²²⁸

A APAC dispensa um tratamento não encontrado pelos presos nas penitenciárias do país e apresenta-se como uma alternativa viável também pelo seu custo. Segundo dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, em abril de 2017, o valor referente à custódia dos presos no Estado de Minas Gerais por esse método humanizado é de R\$ 3 milhões por mês, contrapondo-se com R\$ 12 milhões mensais quando os detentos são mantidos em uma penitenciária comum.²²⁹

Além da ênfase na dignidade pessoal a APAC garante um tratamento humanizado aos recuperandos, sem desconsiderar a punição imposta aos infratores pelo Estado, mas também buscando assegurar mínimas condições de vida, capazes de permitir a sua ressocialização, dever esse que caberia ao Estado. O êxito dessa iniciativa é tamanho que o modelo vem sendo exportado para outros países.

Do mesmo modo, na área da saúde, há instituições que atuam para reduzir carências da população desassistida. Exemplo dessas iniciativas é o Núcleo Assistencial para Pessoas com Câncer – NASPEC²³⁰, entidade civil e filantrópica de assistência social que busca abrigar gratuitamente pessoas carentes provenientes dos municípios da Bahia que estão em tratamento do câncer. A instituição além de assegurar cuidados paliativos para os pacientes oncológicos hospeda familiares que não tem condições de permanecer em Salvador enquanto perdura o tratamento. Nota-se o importante papel dessas instituições que acabam suprindo lacunas da função do Estado como garantidor de direitos, assegurando às populações carentes o mínimo necessário a um tratamento digno. Destaca-se ainda que o Estado pouco contribui para essas

²²⁸ MENA, Fernanda. **Voluntário difunde método de prisões humanizadas exportado para 19 países.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/2017/11/1929763-voluntario-difunde-metodo-de-prisoas-humanizadas-exportado-para-19-paises.shtml>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

²²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Ressocializar presos é mais barato que mantê-los em presídios.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84606-apac-onde-ressocializar-presos-custa-menos-que-nos-presidios.>>. Acesso em: 28 nov, 2017.

²³⁰ NÚCLEO ASSISTENCIAL PARA PESSOAS COM CÂNCER. **Estatuto Social – NASPEC.** Disponível em:< <http://naspec.org.br/institucional/>>. Acesso em: 28 Nov. 2017.

entidades, cujo funcionamento é dependente de doações da sociedade civil e do idealismo dos seus instituidores, o que demonstra um duplo lapso do ente estatal: não atua e não auxilia.

Além das citadas existem inúmeras outras instituições que agem por conta própria em razão da falha e da inação estatal, com o fim de prover direitos essenciais para parcelas dos cidadãos. As pessoas se amparam em organizações não estatais para serem atendidas suas necessidades, dado ao insuficiente suporte da administração pública, o que, em tese, não deveria ocorrer, uma vez que a própria Constituição estabelece tais proteções como dever do Estado.

Independentemente da alternativa utilizada é necessário um controle mais efetivo dos gastos públicos, bem como, buscar medidas que priorizem as demandas sociais em detrimento de direitos outros que não visem a garantir diretamente a dignidade da pessoa humana. Uma vez assegurado o mínimo existencial à integralidade da população, enfrentariam-se os gastos não prioritários. Em que pese já existam órgãos de controle, como os Tribunais de Contas dos Estados e as Controladorias Gerais do Estado, vinculados ao Poder Executivo, estes órgãos deveriam ser mais efetivos nas atribuições que lhes cabem, garantindo a utilização adequada dos recursos públicos e prevenindo a corrupção por parte das autoridades públicas.

O fato marcante é que a questão exige tratamento na sua origem, com a prestação de serviços efetivos e que alcancem a integralidade da população. Como essa solução é utópica ou no mínimo necessita de esforços continuados e de longo prazo, a concessão de indenizações, mesmo que de difícil concretização para todos aqueles que sofrem danos por omissão estatal, parece ser a melhor alternativa, na medida em que apresenta dupla função: procura minorar o prejuízo causado ao cidadão que depende de serviços públicos e busca um mínimo de qualidade, e ao mesmo tempo funciona - ou deveria funcionar -, como um inibidor para que o Estado passe a cumprir suas obrigações sob pena de acumular condenações de cunho pecuniário.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo central discorrer a respeito da responsabilidade civil do Estado quando sua conduta for omissiva, a partir da análise da recente decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 580252.

A abordagem também suscitou a possibilidade de ser a citada decisão aplicada analogicamente em áreas da necessária intervenção do poder público e que revelam contumaz ineficácia ou inação, tais como saúde, educação e assistência social, adicionalmente discorrendo-se acerca dos direitos fundamentais da pessoa.

Foram tratadas, portanto, em um primeiro momento, as principais questões relativas aos direitos fundamentais, a melhor terminologia empregada nesta matéria, suas características, a proteção no ordenamento pátrio e a divisão da temática em diferentes dimensões, segundo a doutrina dominante.

Nesse escopo os direitos fundamentais estão previstos na Constituição Federal de 1988 e foram assegurados desde a primeira Constituição, em 1824. Sua evolução histórica demonstrou uma ampliação do rol desses direitos, bem como uma proteção ainda mais efetiva, reconhecendo como fundamentais direitos não previstos formalmente no texto constitucional e assegurando a todos eles o status de cláusulas pétreas.

No tocante às dimensões, seriam de primeira dimensão os direitos de defesa; de segunda, os direitos prestacionais e, de terceira, os direitos de fraternidade.

Por seu turno os direitos a saúde, educação e assistência consistem em direitos de segunda dimensão, uma vez que são direitos sociais que demandam uma atuação efetiva do Estado para que restem assegurados à população.

A partir dessa perspectiva analisou-se a crescente judicialização dos direitos sociais. Como comumente ocorre, esses direitos não são efetivamente respeitados pelos entes públicos, o que gera como consequência o ingresso no poder judiciário de inúmeras ações com o objetivo de resgatar direitos básicos do ser humano. Sobressai, efetivamente, que não é suficiente a mera previsão legal, uma vez que a prescrição deve ser somada a um exercício constante de atuação pelo poder público.

No tratamento da Teoria da Reserva do Possível, originariamente criada pelo judiciário da Alemanha como argumentação em um julgado que entendeu cabível apenas se exigir do

Estado o que é razoavelmente esperado dele, apontou-se sua peculiar característica de abordar tão somente a perspectiva econômica, quando importada para o Brasil. Destarte, a teoria passou a ser sistematicamente invocada pelos entes estatais, com o objetivo de esquivar-se de obrigações, a pretexto da insuficiência de recursos públicos.

Ademais, constatou-se que as limitações orçamentárias podem decorrer da verdadeira falta material de recursos, ou podem ser decorrentes de uma má alocação das verbas. Independentemente da vertente, a Reserva do Possível limita a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, na medida em que o juízo de conveniência e oportunidade do gestor público não privilegia os gastos essenciais, optando por outros não prioritários, desconectados daqueles que visam a garantir o princípio basilar da Constituição pátria: a dignidade da pessoa humana.

Prevalece a incoerência dos governos quando apontam a falta de recursos para a materialização dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, realizam inúmeros gastos com viagens, publicidade, diárias e obras desnecessárias. Conjuntamente a esse dispêndio de recursos, a crescente corrupção que cerca o dinheiro público implica em desassistência, afetando pessoas que muitas vezes sequer possuem o mínimo existencial assegurado.

Examinou-se ainda a responsabilidade estatal a partir da evolução histórica e das quatro teorias existentes, até alcançar a Teoria do Risco atualmente adotada. Passou-se de uma completa irresponsabilidade do Estado, fase essa não aplicada ao Brasil, para uma responsabilização a partir da perquirição de culpa individual do agente público. Posteriormente vieram ao cenário a análise da culpa do ente estatal, por falta do serviço, e, por fim, a teoria objetiva ou do risco, em que não mais se cogita qualquer espécie de culpa. Assim sendo, para que se configure a responsabilidade estatal basta que se comprove a conduta ensejadora do evento danoso, o nexos causal e o efetivo dano. Salienta-se que alguns doutrinadores flexibilizam esses elementos para permitir uma maior responsabilização do órgão público e, por conseguinte, facilitar a reparação dos danos para os lesados.

Caracterizada a responsabilidade, passa-se a um sintético exame do tema sob a ótica da legislação brasileira, onde na Constituição Cidadã de 1988 restou assentada a responsabilidade objetiva do Estado, que também foi alicerçada no Código Civil de 2002. O artigo 37 § 6º da Constituição deixou expressa a responsabilidade do Estado por danos causados pelos seus agentes, assegurando o direito ao regresso em caso de culpa ou dolo do agente responsável.

O dispositivo estabeleceu a responsabilidade objetiva, o que não implica dizer que a Constituição afastou a teoria subjetiva do ordenamento, mas tão somente que ela não é aplicável ao Estado quando provoca danos a terceiros. Nesse sentido a responsabilidade subjetiva é imputada aos particulares, sendo necessária a comprovação de dolo, negligência, imprudência ou imperícia para serem responsabilizados, bem como ao Estado quando causa danos por omissão.

Como não houve disposição expressa no artigo 37 § 6º da Constituição acerca dos atos omissivos, mas tão somente aos comissivos ao adotar a redação “causarem a terceiros”, a doutrina diverge quanto ao tipo de responsabilidade aplicada ao ente estatal nesses casos: se seria objetiva ou subjetiva.

Sucedo que a omissão estatal pode ser subdivida em omissão genérica ou específica, o que define o tipo de responsabilidade a ser aplicado. Sendo genérica, no sentido de que não há um dever específico da administração pública, a posição deste trabalho – esposando o que ventila a doutrina majoritária -, é que em caso de omissão estatal a responsabilidade passa a ser subjetiva, sendo imprescindível a comprovação da culpa do Estado no evento danoso. Todavia, sendo específica, se o Estado figura na posição de garantidor, a responsabilidade volta a ser objetiva em decorrência da posição especial do ente estatal nessa hipótese.

Ultrapassada essa análise verificou-se em quais circunstâncias o dano causado pelo Estado irá configurar efetiva reparação ao lesado, já que nem todo dano é indenizável, sendo necessário para tanto a agressão a um direito, assim como que seja o dano certo, atual ou futuro.

A pesquisa apresentou uma síntese do processo que deu origem ao Recurso Extraordinário 580252, e a decisão emanada do Supremo Tribunal Federal atribuindo responsabilidade ao Estado do Mato Grosso do Sul, com lastro no art. 37 § 6, CF/88, por omissão em relação a detento encarcerado em condições degradantes.

O Estado foi condenado pois o apenado cumpria sentença em condições desumanas, num presídio que não tem capacidade de atender a toda a população carcerária nele acomodada, prevalecendo na decisão seus direitos em prejuízo da Teoria da Reserva do Possível alegada pelo Estado. A decisão privilegiou, portanto, o direito fundamental do indivíduo em detrimento da alegação de carência de recursos, gerando um questionamento no âmbito social: as situações com flagrante violação de direitos fundamentais, em que o Estado é omissor e afirma não possuir recursos para atender às demandas, podem sujeitar-se ao mesmo entendimento do julgador, como contido no RE 580252?

Conclui-se que deve prevalecer a aplicação direta do artigo 37 § 6 da Constituição, responsabilizando o Estado não apenas no caso específico de detentos, mas sempre que for faltoso nas suas obrigações e com isso violar direitos fundamentais.

Em que pese de difícil aplicação prática, a concessão de indenização para os que sofrerem danos pela inação estatal visa a não apenas compensar os lesados, mas, sobretudo obrigar forçosamente o Estado a alterar a sua postura frente às demandas sociais, buscando eficiência em suas atividades, sob pena de suportar financeiramente e judicialmente as consequências do seu descaso.

Urge, pois, que o Estado promova uma readequação estrutural em suas políticas e destinações orçamentárias, implicando em eleger as legítimas prioridades da sociedade como destinatárias das suas ações. É imperioso corrigir as falhas da administração pública que impactam a sociedade, para que haja, senão inclusão e dignidade para todos, ao menos para a parcela vulnerável da população.

REFERÊNCIAS

ABREU NETA, Rachel Freire de. **Responsabilidade Civil dos Estados por omissão: uma releitura sob a ótica dos direitos fundamentais**. Revista Jurídica da Justiça Federal da Bahia. Salvador: SJBA, v.1, n.1, 2002.

ARAUJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao>. Acesso em: 14 mai. 2017.

_____. **Constituição política do império do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24>. Acesso em: 14 mai. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> . Acesso em: 16 out. 2017.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46>. Acesso em: 14 mai. 2017.

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 04 out. 2017.

_____. **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406> . Acesso em: 14 mai. 2017.

_____. **LEI Nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1º de Janeiro de 1916. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071>. Acesso em: 15 mai. 2017

_____. **Lei 10.098**, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Brasília, DF, 19 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm>. Acesso em: 02 out. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 456302. Recorrente: Regis Gurgel Do Amaral. Recorrido: Estado de Roraima. Relator: Min. Sepúlveda. Data de julgamento: 06 fev. 2007. Disponível em: <stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729881/agregno-recurso-extraordinario-re-456302-rr?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1251993 – Proc. 2011/0100887-0. Recorrente: Município de Londrina. Recorrido: Renata Kawassaki Siqueira. Relator: DJ: 12

dez. 2012. Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23034607/recurso-especial-resp-1251993-pr-2011-0100887-0-stj>. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 179147, PP-00018 EMENT VOL-01900-03 PP-00589. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Rita de Cassia Rocha Conte Linhares, Analia Vieira Dos Santos, Panama De Sousa Viegas Filho E Outros. Relator: Min. Carlos Velloso. Data de julgamento: 12 Dez. 1997. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000112730&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.185.474 – Proc. 0048628-4. Recorrente: Município de Criciúma. Recorrido: Ministério Público do Estado De Santa Catarina. Relator: Min Humberto Martins. Brasília, DJ 29 abri. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4?ref=juris-tabs>> . Acesso em: 02 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n580252 – Proc. 20060031797000101. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado De Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília. Data de Julgamento: 16 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 03 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 592581. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 13 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45 -9. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 04 mai. 2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 03 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1185474 – Proc. 0048628-4. Recorrente: Município de Criciúma. Recorrida: Patrícia Tatiana Schimidt e Outros. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília. DJ: 02 abri. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4-stj/certidao-de-julgamento-14265400?ref=juris-tabs>> . Acesso em: 03 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337. Arguente: Município de São Paulo. Arguido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ: 23 ago. 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22932599/recurso-extraordinario-com-agravo-are-639337-sp-stf>>. Acesso em: 03 out. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 727864. Arguente: Estado do Paraná. Arguido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min Celso de Mello. Brasília, DJ: 04 nov. 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE727864.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 598212 ED. Embargante: Estado do Paraná. Embargado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ: 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;ai:2014-03-25;598212-4432060>>. Acesso em: 03 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 581352. Arguente: Estado do Amazonas. Arguido: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ: 21 nov. 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24205269/recurso-extraordinario-re-581352-am-stf>>. Acesso em: 03 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.580252 – Proc. 20060031797000101. Recorrente: Anderson Nunes Da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília. DJ 16 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 04 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento Nº 688.844-0. Agravante: Anderson Nunes da Silva. Agravado: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, DJ 29 out. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial Nº 1305249. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: C. C. M. (menor). Relator: Min. OG Fernandes. Brasília, DJ 25 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?preConsultaPP=000005773/2>>. Acesso em: 15 out. 2017

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p.1-50.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2.ed. ver. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 175-186.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO NETO, Durval. **Dever e responsabilidade civil do Estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social**: quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral. 2017. Tese. Orientador: Prof. Doutor Celso Luiz de Braga Castro. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

CASTRO, Maria Cristina Souza Leão de. A responsabilidade civil do Estado e a obrigatoriedade da continuidade da prestação de serviços públicos essenciais. **Revista da ESMape**. Recife: ESMape, v.18, n. 38, 1996, p.67-111.

CAMPOS, Ana Paula. Com Hospital São Paulo em crise, funcionários relatam agressões de pacientes. **Bom dia São Paulo**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/com-hospital-sao-paulo-em-crise-funcionarios-relatam-agressoes-de-pacientes.ghtm>> Acesso em: 10 out. 2017

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Ressocializar presos é mais barato que mantê-los em presídios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84606-apac-onde-ressocializar-presos-custa-menos-que-nos-presidios>>. Acesso em: 28 nov, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p.247-292.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DANTAS, Miguel Calmon. **Direito fundamental ao máximo existencial**. 2011. Tese. Orientador: Prof. Doutor Saulo José Casali Bahia. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 15.ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

ECHENIQUE, , Gabriela. Gastos com cartão corporativo em quatro meses superam o 1º semestre. Central Brasileira de Notícias, Rio de Janeiro, 07 nov. 2016. Disponível em: <<http://cbn.globoradio.globo.com/editorias/politica/2016/11/07/GASTOS-COM-CARTAO-CORPORATIVO-EM-QUATRO-MESES-SUPERAM-O-1-SEMESTRE.htm>>. Acesso em: 03 out. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil 3: responsabilidade civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. Nexo de Causalidade por omissão estatal. *In: GABURRI, Fernando; DUARTE, Bento Herculano (Coord.) A Fazenda Pública à Luz da Atual Jurisprudência dos Tribunais Brasileiros*. Curitiba: Juruá, 2011.

FREITAS, Mariana Cavalcante Tannus. A responsabilidade extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**. Salvador: Serviço de Biblioteca e Documentação, v. 1, 2008.

FREITAS, Juarez. A responsabilidade extracontratual do estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar Ltda, v. 241, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a judicialização da política. **Revista da Procuradoria Geral da República**. São Paulo: Revista dos tribunais n.9, jul/dez, 1996, p. 141-150.

FERREIRA, Marta. **MS: 268 detentos na 'fila' da indenização por condições em presídios**. Disponível em: < <http://www.midiamax.com.br/justica/decisao-manda-indenizar-presos-ms-pode-causar-mais-perdas-estado-331973>>. Acesso em: 16 out. 2017.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v.1.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Governo do Rio de Janeiro. **Desenvolvimento social: aluguel social**. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/seasdh/exibeconteudo?article-id=1519686>>. Acesso em: 02 out. 2017.

GOMES, Mário Soares Caymmi. Apontamentos para uma análise retórica da reserva do possível como limitador da eficácia dos direitos fundamentais. **Revista Entre Aspas**. Salvador: UNICORP, v.3, 2013, p. 80-98.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais do direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. *In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.)*. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 279-312.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2.ed. ver. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p 155-173.

LOPES, Hely; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível Nº 2006.003179-7/0000-00. Terceira Turma Cível. Relator: Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em 10 abr. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961>>. Acesso em: 04 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Embargos Infringentes Nº 2006.003179-7/0001-01. Terceira Seção Cível. Relator: Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz. Julgado em 21 mai. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961>>. Acesso em: 10 out. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENA, Fernanda. **Voluntário difunde método de prisões humanizadas exportado para 19 países**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/2017/11/1929763-voluntario-difunde-metodo-de-prisoas-humanizadas-exportado-para-19-paises.shtml>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contra majoritário de políticas públicas. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 231-278

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível Nº 10000160689394001. Terceira Câmara Cível. Relator: Jair Varão. Julgado em 8 nov. 2016. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/413352185/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000160689394001-mg>>. Acesso em: 03 out. 2017

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível Nº AC 10242100017118001. Terceira Câmara Cível. Relator: Albergaria Costa. Julgado em 07 fev. 2014. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119406170/ap-civel-reex-necessario-ac-10242100017118001-mg>>. Acesso em: 15 out. 2017.

NASCIMENTO, Bárbara. Governo corta mais de R\$ 6 bilhões em recursos para Saúde e Educação. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/governo-corta-mais-de-6-bilhoes-em-recursos-para-saude-educacao-18988015>>. Acesso em: 02 set. 2017.

NETTO, Felipe P Braga. **Manual da responsabilidade civil do Estado: a luz da jurisprudência do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2012.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Estrutura dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 e a história dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras. *In*: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014, p.203-235.

NÚCLEO ASSISTENCIAL PARA PESSOAS COM CÂNCER. **Estatuto Social – NASPEC**. Disponível em: < <http://naspec.org.br/institucional/>>. Acesso em: 28 Nov. 2017.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. Dissertação. Orientador: Regina Maria Macedo Neri Ferrari. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

PIMENTA, José Marcelo Barreto. **A força dirigente dos Direitos Fundamentais e a superação da Reserva do Possível**. Dissertação. Orientador: Prof. Dirley da Cunha Júnior. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

PEIXOTO, Geovane de Mori. **Defesa dos Direitos Fundamentais pela Jurisdição Constitucional: entre o substancialismo e o procedimentalismo**. 2012. Dissertação. Orientador: Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

PEDROSA, Laurício. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. *In*: SOARES, Ricardo Maurício Freire; BARRETO, Ricardo Menna. (Orgs.). **Teoria crítica dos direitos fundamentais: verdade, igualdade e poder**. Salvador: Dois de Julho, 2015, p. 13-34.

PORCIÚNCULA, André Ribeiro. Teoria da reserva do possível: justificativa para legitimar a ineficiência do poder público ou real escassez de recursos orçamentários?. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**. Salvador: Faculdade de Direito da UFBA, v.7,2007, p. 463-471.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. RI 00085043620138190001, Primeira Turma Recursal Fazendária. Relator: Luiz Fernando De Andrade Pinto. Julgado em: 15 Jul. 2013. Disponível em: <tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/134940582/recurso-inominado-ri-85043620138190001-rj-0008504-3620138190001>. Acesso em: 15 mai.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível Nº 250679020118190061. Primeira Câmara Cível. Relator: Fábio Dutra. Julgado em 26 mar. 2013. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117422258/apelacao-apl-250679020118190061-rj-0025067-9020118190061?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 02 out. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 1.7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento Nº 0027988-0620148190000. Quarta Câmara Cível. Relator: Antônio Iloizio Barros Bastos. Julgado em: 05 set. 2014. Disponível em: < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139247866/agravo-de-instrumento-ai-279880620148190000-rj-0027988-0620148190000>>. Acesso em 03 out. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Reexame necessário nº 70037658770. Sexta Câmara Cível. Relator: Artur Arnildo Ludwig. Julgado em 16 fev. 2012. Disponível em: <tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21294723/reexame-necessario-reex-70037658770-rs-tjrs> Acesso em: 21 mai. 2017.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal do Rio Grande do Norte. Agravo de Instrumento Nº 48605. 3ª Câmara Cível. Relator: Francimar Dias. Julgado em 30 jul. 2009. Disponível em: <<https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14322362/agravo-de-instrumento-com-suspenividade-ag-48605-rn-2009004860-5>> Acesso em: 03 out. 2017.

RIBEIRO, Nathália Fracassi; MARTA, Taís Nader. **A finalidade da pena privativa de liberdade: ressocializar ou revidar?** Disponível em: <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/25.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2017.

RODAS, Sérgio. **Reserva do possível não justifica falta de vaga em creche pública, diz Celso de Mello.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/reserva-possivel-nao-justifica-falta-vaga-creche-publica>>. Acesso em: 16 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11.ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APL 10037331820148260114 SP 1003733-18.2014.8.26.0. 2ª Câmara de Direito Público. Relator: Vera Angrisani. Julgado em: 12 Mai. 2015. Disponível em: <tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188278971/apelacao-apl-10037331820148260114-sp-1003733-1820148260114>. Acesso em: 15 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível Nº 2639932420098260000. Terceira Câmara de Direito Público. Relator: Leonel Costa. Julgado em: 15 mar. 2011. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18678014/apelacao-apl-2639932420098260000-sp-0263993-2420098260000?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 02 out. 2017.

SCHAFFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário.** 2.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 55, de 2016 - PEC do teto dos gastos públicos. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127337>>. Acesso em: 03 out. 2017.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.) **Tratado de Direito Constitucional.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p. 158-207.

SINPRO BAHIA. **Justiça condena Prefeitura de SP a indenizar criança sem vaga na educação infantil pública.** Disponível em: < <http://www.sinpro-ba.org.br/novo/?p=1424>>. Acesso em: 16 out. 2017.

SINDICATO DOS MÉDICOS DO ESTADO DA BAHIA. **Sindimed cobra no MPF apuração sobre descaso com o Samu de Feira.** Disponível em: < <http://www.sindimed-ba.org.br/10747-2>> Acesso em 03 set. 2017.

SOUZA, Pedro Nonato de. **Projeto tenta por fim a indenização de presos por precariedade das cadeias.** Disponível em: <<https://www.campograndenews.com.br/politica/projeto-tenta-por-fim-a-indenizacao-de-presos-por-precariedade-das-cadeias>>. Acesso em: 04 out. 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil:** doutrina e jurisprudência. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repartição de receitas tributárias e superlotação carcerária têm repercussão geral.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=173556&caixaBusca=N>>. Acesso em: 04 out. 2017.

_____. **ADI discute direito de indenização a preso em condições desumanas.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278788&caixaBusca=N>>. Acesso em: 04 out. 2017.

_____. **Supremo mantém responsabilidade do estado de Mato Grosso por morte de detento.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64220>>. Acesso em: 05 out. 2017

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Espera de quase 10 anos na fila de cirurgia gera indenização a paciente da rede pública de saúde.** Disponível em: < www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/junho/espera-de-quase-10-anos-na-fila-de-cirurgia-gera-indenizacao-a-paciente-da-rede-publica-de-saude>. Acesso em: 21 mai. 2017.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO. **Nota à comunidade.** Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.uerj.br/lendo_noticia.php?id=1238>. Acesso em: 03 out. 2017.

VELASCO, Clara; REIS, Thiago. **AM supera PE e lidera ranking de superlotação em presídios; Brasil tem 270 mil presos acima da capacidade.** Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/am-supera-pe-e-lidera-ranking-de-superlotacao-em-presidios-brasil-tem-270-mil-presos-acima-da-capacidade.ghtml>>. Acesso em: 10 out. 2017.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo. São Paulo: Saraiva, 2011.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserve do possível na jurisprudência do STF. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2.ed. ver. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 349-371.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Dimensões da concretização dos direitos fundamentais**: teoria, método, fato e arte. 2012. Tese. Orientador: Prof. Doutor Celso Luiz de Braga Castro. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2.ed. ver. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 187-207.