

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA- UNIVEM  
CURSO DE DIREITO

GIOVANA PERES CARDOSO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO E A LESÃO  
AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

MARÍLIA  
2015

GIOVANA PERES CARDOSO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO E A LESÃO AOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília- UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso.

MARÍLIA  
2015

Cardoso, Giovana Peres

A responsabilidade civil do Estado por omissão e a lesão aos direitos fundamentais / Giovana Peres Cardoso; orientador: Ricardo Pinha Alonso. Marília, SP: [s.n.], 2015. 78 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília –UNIVEM, Marília, 2015.

1.Responsabilidade Civil do Estado 2. Omissão 3. Implementação dos Direitos Fundamentais

CDD: 341.27



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
Curso de Direito

**Giovana Peres Cardoso**

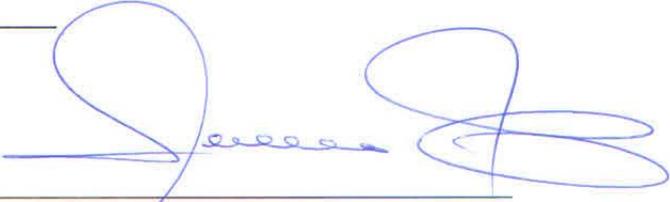
RA: 46925-4

Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e a Lesão aos Direitos Fundamentais.

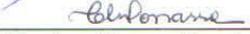
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 100

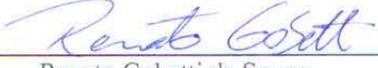
ORIENTADOR(A):

  
Ricardo Pinha Alonso

1º EXAMINADOR(A):

  
Clarissa Chagas Sanches Monassa

2º EXAMINADOR(A):

  
Renato Gobetti de Souza

Marília, 02 de dezembro de 2015.

Dedico este trabalho a todos aqueles que me apoiaram e me impulsionaram a concluir mais esta fase importante da minha vida. Em primeiro lugar a Deus e em especial à minha família, meu namorado e amigos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a esta instituição de ensino e toda sua equipe que contribuíram para minha formação profissional e pessoal. Obrigada ao meu orientador pelo suporte na realização deste trabalho.

E por fim, tenho gratidão a todos aqueles que fizeram parte direta ou indiretamente da minha formação, meu muito obrigada.

“A persistência é o caminho do êxito.”

Charles Chaplin

CARDOSO, Giovana Peres Cardoso. **Responsabilidade Civil do Estado na Efetivação dos Direitos Fundamentais** 2015. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a responsabilidade civil do Estado por suas omissões quando deveria agir para a efetivação dos direitos fundamentais. Em um primeiro momento será feita análise da responsabilidade civil do Estado, sua evolução histórica, seus princípios, bem como as teorias existentes. Em destaque serão estudados e confrontados os ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais no tocante as teorias adotadas no ordenamento jurídico brasileiro para a responsabilização civil do Estado por omissão. Superada essa análise, será abordado o tema sobre os direitos fundamentais, o seu contexto histórico, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e no tocante a aplicação e eficácia das normas programáticas. Superada essas análises, será abordado no terceiro capítulo as funções decorrente do instituto da Responsabilidade Civil do Estado, assim como o papel do Estado como garantidor dos direitos fundamentais e a ponderação para aplicação da teoria da reserva do possível. E por fim o estudo da responsabilidade civil na omissão legislativa.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil do Estado. Omissão. Implementação dos Direitos Fundamentais.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	08
CAPÍTULO 1 – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO .....	10
1.1 Evolução Histórica .....	10
1.1.1 Teorias .....	10
1.2 Evolução no Brasil .....	13
1.3 Elementos Constitucionais .....	15
1.4 Responsabilidade Civil do Estado por Omissão .....	20
1.5 Princípios .....	26
CAPÍTULO 2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	28
2.1 Contexto Histórico .....	28
2.2 Teorias .....	33
2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	36
2.4 Aplicabilidade e Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas .....	38
CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE CIVIL NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	44
3.1 Funções da Responsabilidade Civil do Estado .....	44
3.2 Estado como garantidor dos Direitos Fundamentais .....	49
3.2.1 Reserva do Possível .....	50
3.3 Responsabilidade Civil e Omissão Legislativa .....	55
CONCLUSÃO .....	56
REFERÊNCIAS .....	57
ANEXO .....	61

## INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado é um tema bastante debatido na doutrina e na jurisprudência, pois além da sua importância em si, a matéria encontra divergências em razão da falta de legislação específica sobre o assunto. Particularmente, esses desentendimentos ocorrem sobre as condutas omissivas do Estado, já que a nossa Constituição Federal refere-se expressamente as ações do Estado que geram responsabilidade. Diante disso, busca-se através dos livros dedicados ao assunto e em conformidade com os julgados atuais uma unicidade no tema.

Assim, em especial, sobre o presente trabalho, são analisadas as condutas omissivas do Estado na concretização dos Direitos Fundamentais. Estes direitos ao longo da sua trajetória histórica despertaram em momentos distintos e estão em constante evolução. Não quer dizer que um direito fundamental deixe de existir ou simplesmente nasça, significa que eles se destacam de acordo com a sociedade em que vivem, em seus aspectos: sociais, culturais, econômicos, entre outros. Assim as suas necessidades se fazem consoante o corpo social que estejam passando.

Idealiza-se aqui o objetivo deste trabalho, isto é, apreciar o tratamento que está sendo dado à responsabilização ao Estado frente as suas condutas omissivas, quando deveria agir para consubstanciar os direitos fundamentais aos seus cidadãos.

Para isto, foi realizada uma pesquisa através de revisões bibliográficas e decisões dos Tribunais Superiores. Foram utilizadas as principais doutrinas que versam sobre o assunto, assim como os julgados pertinentes proferidos pelas Cortes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Dessa maneira, didaticamente, o trabalho foi dividido em três capítulos. Sendo que o primeiro trata sobre a responsabilidade civil do Estado, seu contexto histórico, seus elementos constitucionais atualmente e a questão discordante da imputação sobre as condutas omissivas. Em seguida, no segundo capítulo são abordados alguns aspectos dos direitos fundamentais como seu desenvolvimento histórico, suas teorias, princípios e obstáculo de muitas vezes estarem previstos em normas de eficácia limitada, também conhecidas como programáticas. Por fim, no terceiro e último capítulo são tratadas as funções geradas pela responsabilidade civil do Estado, assim como o seu papel como garantidor dos Direitos Fundamentais e a responsabilidade civil na omissão legislativa.

Para a realização deste trabalho foi utilizado o método dedutivo, e como técnicas de pesquisa adotou-se a coleta de dados bibliográficas, documental e via internet.

## CAPÍTULO 1 – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

### 1.1 Evolução Histórica

A responsabilidade que deveria ser incumbida ao Estado pelos seus atos perante seus cidadãos sempre foi objeto de discussão desde quando as pessoas passaram a se organizar em forma de “Estado”. A partir daí, surgiram diversas teorias para buscar a solução deste assunto, o qual sofreu variações em seja decorrência de momentos diferentes, em razão de tempo e lugar (DI PIETRO, 2006, p.618).

Algumas dessas teorias foram mais destacadas, sendo importante fazer uma breve observação sobre elas a fim de se entender sua evolução histórica, para compreensão das teorias adotadas atualmente. Contudo, antes de tais observações é necessário esclarecer que a doutrina diverge muito no tocante a terminologia, em razão disso elucidada-se que no presente trabalho será utilizada a classificação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, embora no conteúdo também serão abordados estudos de outros doutrinadores.

#### 1.1.1 Teorias

A primeira teoria que se tem conhecimento foi a da Irresponsabilidade do Estado, esta teoria foi concebida na época dos Estados absolutistas, que se iniciou no final da Idade Média com a decadência do regime feudal, durante os séculos XIV e XV e ainda perdurou até o século XVIII. Os países que mais se sobressaíram com esse tipo de reinado foram: Inglaterra com o reinado dos *Tudors*, França sob a monarquia de Filipe IV e Luís XIV, a Espanha e países da Europa Central e Oriental como Prússia com o governo de Frederico Guilherme e a Áustria e Rússia. Este período foi conhecido pela forte concentração de poderes sobre o rei que governava, ou seja, o rei era absoluto (BURNS, 1986, p. 521/522, 530/531, 533/534).

Filósofos importantes e conhecidos do meio jurídico contribuíram com sua doutrina nesta época. Destacam-se entre eles, os nomes de Nicolau Maquiavel, Thomas Hobbes e Jacques Bossuet. O primeiro defendia que o governo precisava ser poderoso, imperioso e para atingir essa finalidade poderia se utilizar do método que fosse preciso. Hobbes, nesta circunstância expôs a figura do Leviatã que era um monstro extremamente poderoso, representando a figura do Estado que precisava do poder concentrado em suas mãos para por ordem nos seus governados. Por fim, Bossuet, utilizou-se da teoria do direito Divino, que

dizia que todo o poder conferido ao rei advinha de Deus, portanto desobedecer ao rei era desobedecer a Deus (SANTOS, 1991, p. 54).

Diante deste contexto histórico surgiu a Teoria da Irresponsabilidade do Estado que se fundamentava principalmente na ideia de soberania, isto é, o Estado, personificado pelo rei, era soberano e ninguém poderia contesta-lo. Partindo deste pressuposto, adveio o princípio de que o rei nunca erra, conhecido pelas famosas expressões *the king can do no wrong* e *le roi ne peut mal faire*. Enfatizando essa questão houve também o princípio de que aquilo que agrada ao rei tem força de lei, o que mais uma vez demonstra a supremacia dos atos e vontades da realeza (DI PIETRO, 2006, p.619).

Dessa forma, essa teoria previa que ao Estado não poderia ser imputada qualquer tipo de responsabilidade, já que era representado pela figura do rei e pelos seus súditos que recebiam suas ordens e como o rei nunca estava errado, não teria pelo que ser responsabilizado (ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p.814).

Por razões óbvias, quais sejam o autoritarismo descomedido e o descomprometimento com a coletividade, essa teoria logo passou a ser afrontada e deixou de ser utilizada, ao passo que também deixaram de existir os Estados absolutistas. Sendo que ainda assim, países como a Inglaterra e os Estados Unidos só abandonaram essa teoria em meados do século XX, por força da *Crown Proceeding Act* e *Federal Tort Claim Act* (DI PIETRO, 2006, p.619).

Na sequência, abandonada a teoria da irresponsabilidade, sobreveio para a Administração Pública à teoria civilista.

A Teoria Civilista consiste na teoria da culpa civil ou responsabilidade subjetiva. Após a superação da Teoria da Irresponsabilidade por volta do século XIX, adotou-se a teoria da culpa civil, a qual admitiu a responsabilidade do Estado amparado nos princípios do Direito Civil.

Para analisar a aplicação dessa teoria, primeiramente deve ser feita a distinção entre atos de império e atos de gestão. Os primeiros consistiam em atos unilaterais e coercitivos da Administração Pública ao particular, não podendo ser objetados. Observa-se então que para tais atos ainda valiam-se da teoria da irresponsabilidade. Já nos atos de gestão a Administração era colocada em patamar de igualdade com o particular e, portanto poderia ser questionada, e responsabilizada civilmente de forma subjetiva (DI PIETRO, 2006, p. 619/620).

Segundo esta teoria, a culpa subjetiva deveria ser demonstrada para que existisse a obrigação de indenizar, isto é, a ação dos agentes deveria se proceder com dolo ou culpa.

Ademais, cabia ao particular comprovar esta demonstração dos elementos subjetivos imputados aos agentes (ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p.815).

Esta teoria também passou a ser objeto de oposição, diante da dificuldade e complexidade em dividir a personalidade do Estado para distinguir quais seriam atos de império e os de gestão (DI PIETRO, 2006, p. 619/620).

Além do mais com a utilização de tal teoria, restou evidente a impropriedade em colocar o Estado e o particular no mesmo patamar. Motivo determinante a se suceder a próxima teoria.

Neste contexto sobrevieram as Teorias Publicistas que são assim chamadas, pois se embasam nos princípios de Direito Público. Esta classificação engloba a teoria da culpa administrativa e a teoria da responsabilidade objetiva, sendo que esta última subdivide-se em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.

A Teoria da Culpa Administrativa, embora se refira em *culpa*, não tem relação com a culpa da teoria civilista, pois neste caso não há indagação sobre os elementos subjetivos na ação dos agentes. Nesta teoria, tal culpabilidade decorre de uma falha do Estado em algo que ele deveria prover. Esta falha pode ocorrer de três principais formas: a inexistência de um serviço público; o mau funcionamento deste serviço ou ainda pelo retardamento do serviço (ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p. 815).

Essa omissão ou falha é chamada de culpa, trata-se de uma culpa especial da Administração pela qual o Estado responde e que nada tem haver com a culpa subjetiva, que independentemente poderia ser imputada ao agente público, pela qual ele responderia por sua própria conta.

Por sua vez na Teoria da Responsabilidade Objetiva, ou também conhecida como Teoria do Risco, substitui-se a configuração da culpa especial da Administração pelo nexo de causalidade entre o serviço público prestado e o fato danoso ocorrido.

Trata-se de uma responsabilidade objetiva, pois dispensa os elementos subjetivos, respondendo pelo fato danoso independente de dolo ou culpa, sendo necessário apenas o nexo de causalidade. Já a terminologia de “Risco” compreende o risco inerente ao Estado diante da sua atuação e que em virtude disso deverá ser responsabilizado quando ocorrer um ilícito civil (DI PIETRO, 2006, p. 621/622).

A principal distinção entre as duas subespécies dessa Teoria, já que ambas abarcam o mesmo fundamento, é de que na Teoria do Risco Administrativo admitem-se as causas excludentes de responsabilização do Estado, enquanto na Teoria do Risco Integral não são abrangidas tais excludentes.

Pode ser percebido pelas teorias estudadas, que estas sofreram mudanças significativas com o transcorrer do tempo, sendo que isto é devido as influências vividas pelas formas de governo exercidas na época, bem como revoluções e outros acontecimentos históricos que auxiliavam para as transformações.

## 1.2 Evolução no Brasil

No Brasil também houve diversas alterações em relação às teorias adotadas para determinar a Responsabilidade Civil que o nosso Estado assumiria. Cabendo ressaltar, que a teoria da irresponsabilidade nunca foi abrigada por aqui.

As primeiras Constituições brasileiras, isto é, a de 1824 e de 1891, não previam dispositivos específicos sobre a responsabilidade do Estado, versavam apenas sobre a responsabilidade do funcionário público, caso seus atos decorressem de abuso ou omissão, e quando praticados em razão de suas funções (DI PIETRO, 2006, p. 622).

Não obstante, inexistisse previsão constitucional para este assunto, havia leis ordinárias que tratavam sobre isto, sendo acolhida neste período a responsabilidade solidária do Estado.

Com o advento do Código Civil de 1916, adotou-se a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, de acordo com o que mencionava o artigo 15 deste Código:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Assim, pelo teor do dispositivo, entende-se que o Estado responderia pelos atos de seus agentes quando esses agissem com dolo ou culpa, pela interpretação do trecho: *procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei*. O que reforça a ideia de ter sido aplicada a teoria civilista (DI PIETRO, 2006, p. 623).

Com a promulgação da Constituição de 1934, veio pela primeira vez a previsão expressa constitucional, sendo que a teoria adotada era a da responsabilidade solidária entre agente e Estado, quando houvesse culpa, de acordo com o artigo 171 desta Carta. Bem como, repetiu-se a mesma redação na Constituição de 1937, no artigo 158. Ambas continham o seguinte teor:

Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

Deste modo, mantinha-se o elemento subjetivo de demonstração do dolo ou culpa, e caso isto ficasse comprovado o Estado responderia conjuntamente com o funcionário causador do dano.

A mudança mais marcante sobreveio com a Constituição Federal de 1946, pois trouxe em seu artigo 194, que o Estado seria responsabilizado civilmente pelos danos causados por seus funcionários em razão de suas funções. Com isto, apareceu no Estado brasileiro pela primeira vez, a teoria da responsabilidade objetiva. Pois de qualquer forma a Fazenda Nacional iria responder pelas ações lesivas de seus agentes desde que decorrentes do exercício da função pública, ou seja, havendo nexo de causalidade (CARVALHO FILHO, 2006, p. 463).

O parágrafo único deste artigo também inovou com relação ao direito de regresso, o qual apareceu pela primeira vez de forma expressa na Constituição. E pela Carta de 1946, seria possível a ação regressiva quando demonstrada a culpa do funcionário em relação ao dano causado a terceiro.

Na Constituição de 1967 em seu artigo 105, reproduziu-se o teor da Constituição anterior, mantendo-se assim o entendimento pela teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Houve alteração apenas no parágrafo único no tocante a ação regressiva contra o funcionário que agora poderia ser proposta além de casos em houvesse culpa como já era previsto, acresceu-se também para casos com dolo (DI PIETRO, 2006, p. 623).

Enfim, na Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido que seria adotada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, conforme se observa em seu artigo 37, §6º:

Art. 37, §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.

Denota-se ainda que foi mantido o direito de regresso, tanto para os casos de dolo como de culpa.

Essa teoria foi corroborada pelo Código Civil de 2002, conforme seu artigo 43, que confirma que o Estado deve responder civilmente, pelos atos danosos de seus agentes à terceiros, independentemente de dolo ou culpa. Sendo necessária a comprovação destes elementos para a proposição da ação regressiva (MEIRELLES, 2011, p. 702/703).

Outrossim, ficou consolidado pela doutrina e jurisprudência que dentro da teoria da responsabilidade objetiva, o Brasil acolheu a modalidade do Risco Administrativo. Isto porque, esta circunstância possibilita a isenção da responsabilidade em algumas causas

chamadas de excludentes, quais sejam a culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiros ou força maior.

Nota-se que esta teoria é aplicada quando houver ação dos agentes. Sendo que para os casos de omissão prevalece a teoria da culpa administrativa, a qual deverá ser comprovada a culpa especial do Estado, isto é, e que em razão de alguma falha sua decorreu o dano a terceiro (ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p. 815). Particularmente, a responsabilidade extracontratual por omissão no Estado brasileiro, será avaliada adiante mais minuciosamente.

### 1.3 Elementos Constitucionais

Como já visto, a teoria adotada atualmente no Estado brasileiro é a da responsabilidade civil objetiva, na modalidade da teoria do risco administrativo. Porquanto assim previu a Constituição Federal, em seu artigo 37, §6º, que assim dispõe:

Art. 37, §6º As **peças 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.

Pela observância do dispositivo denota-se pelas palavras em destaque quem são considerados os sujeitos que: responderão civilmente em nome do Estado (*peças jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos*); àqueles causadores do ilícito civil (*agentes*); e àqueles que sofrem o dano gerado (*terceiros*). Destaca-se que tais expressões embora previstas no art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988, ou seja, tratem dos casos ilícitos cometidos pelo Estado de forma comissiva, os esclarecimentos servem igualmente para os eventos omissivos.

São consideradas como peças jurídicas que podem ser responsabilizadas pelos danos causados pelo Estado as de direito público e àqueles de direito privado prestadoras de serviços públicos.

As peças jurídicas de direito público são todas aquelas da administração direta e na administração indireta consiste nas autarquias e fundações públicas.

Na administração direta encontram-se os entes públicos de direito público interno, sendo eles a União, os Estados Membros, o Distrito Federal e os Municípios, compreendendo além da própria pessoa jurídica política, também seus respectivos órgãos internos desprovidos de personalidade. Sua forma é centralizadora, sendo que seus órgãos tem característica desconcentrada (CARVALHO FILHO, 2006, p. 380/381).

Diante disso, caso a estas pessoas jurídicas ou seus órgãos, representados por elas, causem algum dano à terceiro, deverão responder civilmente pelos prejuízos.

Já as autarquias, a lei as define através do Decreto-Lei 200/1967, art. 5º, inciso I, como:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Observa-se pela definição acima que as autarquias são entidades autônomas, com administração própria e possuem personalidade jurídica. Sendo necessária lei específica para sua criação. Integram a administração pública indireta, de forma descentralizada. Por esta razão, são como podem se auto administrarem e já que possuem personalidade jurídica própria, responderão civilmente pelos danos causados por seus servidores.

Quanto às fundações públicas, devem ser feitas algumas ressalvas antes. As fundações a que se refere como pessoa jurídica de direito público, são fundações públicas com personalidade jurídica de direito público. Não obstante as concepções doutrinárias divergentes sobre a natureza jurídica das fundações públicas, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que àquelas, as de personalidade jurídica de direito público seriam espécies do gênero autarquias (CASTRO SILVA e SILVA, 2004).

Partindo deste pressuposto, estas fundações públicas seguem os mesmos trâmites das autarquias e assim como elas, responderão pelos ilícitos civis cometidos por seus agentes.

São ainda consideradas para os fins de responsabilidade civil do Estado todas as pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos. Essas consistem nas fundações públicas de direito privado, a empresas públicas, as sociedades de economia mista, as quais são todas integrantes da Administração Pública. Mas pertencem também aquelas não integrantes da administração pública que são delegatárias de serviços públicos, sendo elas as concessionárias, permissionárias e detentoras de autorização de serviços públicos (ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p. 819).

As fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado são definidas pelo Decreto-Lei 200/1967, em seu artigo 5º, II, vejamos:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa,

patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

Denota-se que embora possuam personalidade jurídica de direito privado, são autorizadas por lei para desempenha atividades públicas. Dotadas de personalidade jurídica e administrativa própria e autônoma. Estas se diferenciam das fundações públicas estudadas anteriormente. Àquelas integravam as pessoas jurídicas de direito público, estas por outro lado são consideradas pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público, por isso são consideradas pelo artigo 37, §6º, contudo na parte de pessoa jurídica de direito privado.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que integram a Administração Indireta do Estado, criadas por lei, para prestarem serviços públicos (CARVALHO FILHO, 2006, p. 413).

Desta forma respondem civilmente pelos prejuízos causados por seus servidores à terceiros, na forma da teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Destaca-se que não são compreendidas neste enfoque as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica. Sendo esta a hipótese responderão por seus danos à particulares de forma comum abrangida pela responsabilidade civil da esfera privada, sem quaisquer peculiaridades (ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p. 819).

No tocante as concessionárias, permissionárias e detentoras de autorização de serviços públicos, serão igualmente responsabilizadas de forma objetiva pelos danos causados por seus à terceiros, independentemente de que estes sejam usuários dos serviços daquelas. Esta tem sido a posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento de um Recurso Extraordinário, no qual atuou como relator o Ministro do Supremo Ricardo Lewandowski, conforme se observa pelo trecho que segue.

Não impressiona, *data venia*, o entendimento de que apenas os terceiros usuários do serviço gozariam de proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, por terem o direito subjetivo de receber um serviço adequado, contrapor-se-ia à própria natureza do serviço público, que, por definição, tem caráter geral, estendendo-se, indistintamente, a todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos da ação estatal. (STF. RE 591874/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 26.8.2009).

Em razão disso, essas entidades de regime jurídico privado, responderão civilmente de forma objetiva, para todos os fins como as demais já estudadas.

Os agentes, mencionados pelo artigo 37, §6º da Constituição Federal que podem causar danos a terceiros, serão definidos conforme à sua pessoa jurídica correspondente, ou

seja, administração pública direta ou indireta e as de direito privado que prestam serviços públicos.

De forma genérica são todos denominados como agentes públicos, pois assim prevê o próprio artigo 37, §6º da Constituição Federal quando se refere às pessoas jurídicas acima estudadas.

Pormenorizando essa definição, encontra-se no artigo seguinte o nome dado aos agentes da administração direta, autárquica e fundacional. Como pode se observar os artigos 38 e 39 da Constituição Federal mencionam que tais agentes, são servidores públicos.

Servidores Públicos dentro da própria limitação é ainda um conceito amplo, pois compreende os servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários, todas pessoas físicas prestadoras de serviços ao Estado. Os servidores estatutários são aqueles que ocupam cargo público, sob regime estatutário, diferente dos empregados públicos que não ocupam cargo mas sim empregos públicos, já que são regidos pela legislação trabalhista ou celetistas. Por fim, os servidores temporários, exercem função dada a sua provisoriedade e excepcionalidade, não possuem vínculo, são mencionados pelo inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal (DI PIETRO, 2006, p. 501/502).

Importa saber que, qualquer ato ilícito ou ainda que lícito praticado por uma dessas pessoas físicas supra tratadas, quando em exercício de suas funções, gerará ao Estado a responsabilidade extracontratual de forma objetiva.

As sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas de regime jurídico de direito privado, também possuem como seus agentes, servidores públicos. Em sua maioria das vezes como empregados públicos, visto que são de direito privado este regime torna-se mais compatível embora não seja obrigatório. Ressalvado para os casos em que exerçam atividade econômica, pois então a Constituição Federal em seu artigo 173, §1º, impõe que seja aplicado o regime celetista, ou seja, caso de empregados públicos (DI PIETRO, 2006, p. 504).

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

Dessa forma, ficou demonstrado que as pessoas jurídicas de direito público e dentre as de direito privado, as sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas de direito privado, os seus agentes tratar-se-ão de servidores públicos.

Carece ainda esclarecer sobre os agentes públicos das concessionárias, permissionárias e detentoras de autorização de serviços públicos. Nestes casos os agentes, são designados particulares em colaboração com o poder público. Isto é, pessoas físicas que prestam serviços ao Estado com ou sem remuneração, no entanto, não tem qualquer vinculação com ele (CARVALHO FILHO, 2006, p. 499).

Embora não possuam uma vinculação empregatícia com o Estado, os agentes particulares colaboradores relacionam-se a ele em razão da função de caráter público exercida. Isto é suficiente para ser aplicada a responsabilidade objetiva do Estado em relação aos atos desses agentes colaboradores quando em desempenho de suas funções.

Frisa-se sempre, que qualquer que seja o agente, servidores públicos ou agentes particulares colaboradores, que cause o dano à terceiro, somente se falará em responsabilidade estatal se aqueles acarretaram o prejuízo quando em exercício de suas funções públicas, isto é, atuando como agente público. Assim, não importa se houve dolo ou culpa do agente, pois como se trata de responsabilidade objetiva basta a comprovação do nexo de causalidade que somente subsistirá ao passo que correlacionar o prejuízo causado por agente público na qualidade de executor de serviços públicos (ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p. 820).

Enfim, serão analisados os sujeitos passivos desta relação de responsabilidade extracontratual do Estado, isto é, os terceiros que podem sofrer prejuízo pelos agentes públicos.

Como já foi debatido, todo particular é passível de sofrer danos causados pelos agentes do Estado. Podendo suportar esta situação em razão de uma relação direta extracontratual com o Estado, bem como de forma mediata, como já visto ocorre nos casos em que o terceiro sofre danos de permissionárias ou concessionárias, das quais não se utiliza de seus serviços (ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p. 820).

Cabe ressaltar que a condição de terceiro não é suficiente por si só, isto porque após sua identificação será analisada sua participação em relação aos fatos danosos. Tendo em vista que caso tenha concorrido única e exclusivamente para o seu próprio dano, a responsabilidade do Estado ficará excluída. Ademais se tem também o entendimento de que se a vítima conjuntamente com a conduta estatal provocou o dano é admitido o reconhecimento de culpa recíproca entre eles (CARVALHO FILHO, 2006, p. 413).

É possível vislumbrar o entendimento jurisprudencial desta última hipótese:

I - O Tribunal a quo, a partir do exame dos elementos fático-probatórios da causa, concluiu ser recíproca a culpa pelo evento do qual decorreram danos ao recorrente. Nesse contexto, é inviável, em recurso especial, a demonstração de que a culpa foi exclusivamente do Estado, pois acolher esta conclusão impõe o reexame daquelas provas. Respeitada a moldura fática delineada pelo acórdão recorrido, portanto, tem-se que a culpa pelo acidente foi recíproca. Aplicação da Súmula n.º 7 desta Corte. (STJ. REsp 934708/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, 18.10.2007).

Conclui-se que deve ser observado o nexo de causalidade como um todo, analisando-se ainda o dano ocorrido com a conduta da vítima, terceiro, para que possa ser imputada a responsabilidade objetiva ao Estado em decorrência desse prejuízo ou excluída a sua responsabilidade, ou ainda compartilhada proporcionalmente com o particular.

#### **1.4 Responsabilidade Civil do Estado por Omissão**

A responsabilidade extracontratual do Estado nos casos de omissão não é um tema pacífico no nosso ordenamento jurídico, no tocante a teoria aplicada. Esta divergência decorre principalmente pela falta de legislação específica sobre o assunto. Como visto, a Constituição Federal brasileira de 1988 apresenta tão somente um dispositivo, qual seja o artigo 37, §6º, que verse sobre a teoria adotada. Contudo a norma restringe-se em preconizar apenas sobre as condutas comissivas estatais, pois se refere aos “...danos que seus agentes, nessa qualidade, **causarem** a terceiros...”

Deste modo, os principais suportes para a resolução do assunto, tem sido a doutrina e a jurisprudência, os quais nem sempre são coesos entre si.

Nas lições de Celso Antonio Bandeira de Mello (2011), a teoria adotada para a responsabilidade extracontratual do Estado por omissão é a teoria subjetiva. Pois neste caso, é necessária a comprovação da culpa ou do dolo. Por dolo, entende-se que o Estado tinha uma obrigação legal em fazer algo e deixou de cumprir seu dever. Já para a culpa será avaliada a ocorrência de incúria, negligência ou deficiência, quando o Estado fez o que era seu dever fazer, mas não o fez da forma devida, sendo insuficiente ou deficiente (MELLO, 2011, p. 1021/1022).

O autor ainda esclarece que nos casos omissivos, o Estado não dá causa ao dano e sim condições para que ele ocorra. Destarte, é de rigor que responda objetivamente pelos danos que causou, por outro lado só poderá ser responsabilizado aos danos que deu condição para tanto, ou seja, tinha o dever de impedir que ocorressem. Assim, afirma-se que o caso será visto pelo polo ativo que é o Estado, isto é, se existem as características de omissão estatal, e

não pelo polo passivo no qual se encontra a vítima, não havendo necessidade de averiguar os atributos desta (MELLO, 2011, p. 1024).

Outrossim, para José dos Santos Carvalho Filho (2009), também não pode ser adotada a teoria objetiva para as condutas omissivas ilícitas do Estado. Nessas circunstâncias é necessária a presença dos elementos que caracterizam a culpa, visto que, esta se origina na condição de descumprimento de dever legal que foi conferido ao Poder Público. Para corroborar essa linha de raciocínio o autor, leciona que o Código Civil atual do nosso ordenamento jurídico, em seu artigo 927, parágrafo único, prevê como regra a demonstração de culpa e por exceção a dispensabilidade disso para os casos especificados em lei. Portanto como a Constituição expressamente somente prevê que as condutas comissivas sejam independentes de culpa, aplicar-se-ia para as omissivas a regra geral (CARVALHO FILHO, 2009, p. 539/540).

O Professor ainda explica que embora a teoria objetiva não seja especificamente aplicada nestes casos, ela coexiste com a teoria subjetiva por possuir maior abrangência, porquanto ainda persistem os elementos necessários da teoria objetiva, quais sejam: o fato administrativo, o dano e o nexo de causalidade (CARVALHO FILHO, 2009, p. 539).

Todavia, para Alexandrino e Paulo, 2014, nos casos de responsabilidade extracontratual do Estado por omissão deve ser investida a teoria da culpa administrativa, que se trata de uma espécie de responsabilidade civil subjetiva. Assim posto, o lesado deve provar que sofreu o dano e que este decorreu em razão da carência da prestação de um serviço, o qual o Estado era incumbido. Para esta culpa administrativa importa em dizer que não se exige a individualização da negligência, imprudência ou imperícia, motivo pelo qual por vezes é mencionada como “culpa anônima”.

Prosseguem os autores (Alexandrino e Paulo, 2014), em diferenciar as condutas omissivas em dois aspectos: genérica ou específica. No primeiro, houve culpa dos agentes estatais que por negligência, imprudência ou imperícia quedaram-se inertes, lesionando terceiro. Por outro lado no segundo aspecto, omissão específica, há dolo, uma vez que o Estado tinha o dever legal de agir, ou seja, estava na condição de garante, mas se omitiu. Para este último cenário, deve ser adotada a teoria objetiva, com base no artigo 37, §6º da Constituição Federal.

Hely Lopes Meirelles leciona que a teoria da responsabilidade objetiva prevista na Constituição atual, trata-se da responsabilidade genérica do Poder Público, arcando com os riscos de suas ações, bem como de suas omissões. Esclarece ainda, que danos decorrentes por culpa de terceiros alheios à prestação estatal, assim como pelos fenômenos da natureza, não

comportam a adoção desta teoria. Para estes casos, aplica-se a teoria subjetiva, sendo necessária a demonstração da culpa Administrativa (MEIRELLES, 2011, p. 704/705).

Por fim, Gonçalves, 2003, entende que o teor do artigo 37, §6º da Constituição Federal compreende tanto as condutas comissivas quanto as omissivas, sob a condição de que a omissão resulte de causa direta e imediata do dano (GONÇALVES, 2003, p. 182).

Denota-se pelo crivo feito entre os doutrinadores, que os entendimentos não são uníssomos. Há aqueles que entendem serem as condutas omissivas ensejadoras da teoria subjetiva, e outros que partem do pressuposto que as condutas omissivas e comissivas são englobadas pelo artigo 37, §6º da Constituição Federal.

Seguindo essa análise, é relevante a apreciação da jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores sobre o assunto.

É o que se observa pela ementa do julgamento do Supremo Tribunal Federal em um agravo regimental no recurso extraordinário.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. 1. A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. 2. **Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º**, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 573595 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-07 PP-01418)

Observa-se que no presente caso foi adotada a teoria objetiva para omissão do Estado, em razão da omissão de seus agentes, autoridades policiais, que foram negligentes ao quedaram-se inertes, favorecendo com que o réu cometesse novo crime, lesionando terceiros.

Dando continuidade, segue-se, jurisprudência recente sobre o assunto. Como se observa pela ementa transcrita, na qual novamente se observa a apreciação da teoria objetiva para o caso.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE. DESNÍVEL EM VIA PÚBLICA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. VERIFICAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 279/STF. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO RELATOR PARA

JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO FEITO. PRECEDENTE. 1. O nexo de causalidade apto a gerar indenização por dano moral e material em face da responsabilidade do Estado, quando controversa sua existência, demanda a análise do conjunto fático-probatório dos autos, o que atrai a incidência da Súmula nº 279/STF que dispõe, verbis: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” 2. O recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. Precedentes: AI 850.063-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 25/9/2013 e ARE 720.081-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 15/4/2013. 3. A alegada violação ao princípio da separação dos poderes constitui inovação tendo em vista que não foi aduzida em sede de recurso extraordinário. É incabível a inovação de argumentos nessa fase processual. Precedente: AI 518.051-AgR/GO, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ de 17/2/2006. 4. A competência deferida ao Relator para, monocraticamente, julgar recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência desta Corte não derroga o princípio da colegialidade, que resulta preservado, no âmbito deste Tribunal, pelo cabimento do recurso de agravo das decisões singulares proferidas por seus Ministros. Nesse sentido: AI 742.738-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe de 19/3/2010. 5. In casu, o acórdão recorrido assentou: “Apelação Cível. Responsabilidade Civil do Estado. Pretensão autoral à reparação de danos materiais e morais em decorrência de queda em desnível entre a rua e um bueiro conhecido por ‘boca de lobo’. [...] **Teoria do Risco Administrativo. Inteligência do art. 37, § 6º, da CRFB/88. Para a imputação da responsabilidade à Administração Pública se faz necessário comprovar que houve uma omissão específica, ou seja, que tenha sido a ausência da atuação do Estado que criou a situação propícia para a produção do dano, quando tinha o dever de impedir sua ocorrência.** No caso, restou configurado o nexo de causalidade entre a falta com o dever de manutenção e de conservação da via pública pelo Município para a situação lesiva, quando tinha o dever de agir para impedi-la. Responsabilidade objetiva da Administração Pública. Precedentes. Prova documental que comprovou as lesões sofridas pela Autora, consistentes em fratura na mandíbula e cotovelo. Nexo de causalidade também demonstrado nos autos, mormente através da prova oral produzida. Danos morais configurados. Verba compensatória arbitrada em conformidade com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade. Recurso desprovido.” 6. Agravo regimental DESPROVIDO. (ARE 847116 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 11-03-2015 PUBLIC 12-03-2015)

O Ministro Celso de Mello, relator do seguinte julgado, discorre mais a fundo sobre o tema.

E M E N T A: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – HOSPITAL PÚBLICO QUE INTEGRAVA, À ÉPOCA DO FATO GERADOR DO DEVER DE INDENIZAR, A ESTRUTURA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE – RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA ESTATAL QUE DECORRE, NA ESPÉCIE, DA INFLIÇÃO DE DANOS CAUSADA A PACIENTE EM RAZÃO DE

PRESTAÇÃO DEFICIENTE DE ATIVIDADE MÉDICO-HOSPITALAR DESENVOLVIDA EM HOSPITAL PÚBLICO – LESÃO ESFINCTERIANA OBSTÉTRICA GRAVE – FATO DANOSO PARA A OFENDIDA RESULTANTE DE EPISIOTOMIA REALIZADA DURANTE O PARTO – OMISSÃO DA EQUIPE DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE, EM REFERIDO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR, NO ACOMPANHAMENTO PÓS-CIRÚRGICO – DANOS MORAIS E MATERIAIS RECONHECIDOS – RESSARCIBILIDADE – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Não assiste razão à parte ora recorrente, eis que a decisão agravada ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em exame. Com efeito, e tal como acentuado na decisão agravada, o recurso extraordinário deduzido pela parte ora recorrida foi interposto contra acórdão, que, emanado do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, reconheceu inexistente, no caso ora em exame, a responsabilidade civil objetiva da União Federal, eis que “não houve por parte da apelada qualquer ato caracterizador de erro médico no processo em tela, pois adotou a técnica necessária ao quadro clínico apresentado (chegada ao hospital já em trabalho de parto e criança grande – pesando 4,5 kg), a inviabilizar o acolhimento do pleito vertido na inicial” (fls. 273v.). A parte ora recorrida, beneficiária da gratuidade e representada pela Defensoria Pública da União, ao interpor o apelo extremo em questão, sustentou que o Tribunal “a quo” teria transgredido o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da Constituição da República. O exame destes autos convence-me de que se acham presentes, na espécie, todos os elementos configuradores da responsabilidade civil objetiva do Poder Público. Com efeito, a situação de fato que gerou o evento danoso narrado neste processo põe em evidência a configuração, no caso, de todos os pressupostos primários que determinam o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva da entidade estatal ora recorrente. Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, **por ação ou por omissão (CF, art. 37, § 6º). Essa concepção teórica – que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere à ação quanto no que concerne à omissão do agente público – faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais, não importando que se trate de comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão) daqueles investidos da representação do Estado**, consoante enfatiza o magistério da doutrina [...]É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite abrandamento e, até mesmo, exclusão da própria responsabilidade civil do Estado nas hipóteses excepcionais (de todo inócenas na espécie em exame) configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50 – RTJ 163/1107-1109, v.g.).

(AI 852237 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 06-09-2013 PUBLIC 09-09-2013)

Corroborando com este entendimento, o julgado que se segue, novamente relatado pelo Ministro Celso de Mello, cujo entendimento é seguido por toda a Corte.

**E M E N T A:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSOS DE AGRAVO – CUMULATIVA INTERPOSIÇÃO DE DOIS (2) RECURSOS CONTRA A MESMA DECISÃO, FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS – INADMISSIBILIDADE – OFENSA AO POSTULADO DA SINGULARIDADE DOS RECURSOS – NÃO CONHECIMENTO DO SEGUNDO RECURSO – EXAME DO PRIMEIRO RECURSO – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – RESSARCIBILIDADE – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O princípio da unirecorribilidade, ressalvadas as hipóteses legais, impede a cumulativa interposição, contra o mesmo ato decisório, de mais de um recurso. O desrespeito ao postulado da singularidade dos recursos torna insuscetível de conhecimento o segundo recurso, quando interposto contra a mesma decisão. Doutrina. Precedentes. - **Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido. (ARE 655277 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 11-06-2012 PUBLIC 12-06-2012)**

Por fim, sobre a análise do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, temos a seguinte jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. "CASO MALATHION". PRESCRIÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. NORMAS TÉCNICAS DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS NÃO EXCESSIVA OU IRRISÓRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra o Município de Serra, a Funasa e o Estado do Espírito Santo em decorrência de grave incidente de utilização equivocada de substância química perigosa (Malathion), durante procedimento de desinsetização em posto de saúde, com sérios danos aos frequentadores do estabelecimento.

3. A aplicação de inseticida ou utilização de substância tóxica não caracteriza, quando vista isoladamente, o evento danoso. Na responsabilidade civil sanitário-ambiental o dano somente se perfaz, em tese, com o surgimento e identificação das lesões ou patologias alegadas. Antes disso, inexistente pretensão indenizatória propriamente dita e, via de consequência, descabe falar em prescrição.

4. Na responsabilidade objetiva, como é óbvio, desnecessária a prova de dolo ou culpa na conduta do agente. Longa e minuciosa instrução probatória indica participação determinante de preposto da Funasa no evento danoso, com ampla fundamentação da sentença e do acórdão recorrido a respeito.

**5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa; regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorre de expressa previsão legal, em microsistema especial. Segundo, quando as circunstâncias indicam a presença de standard ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional, precisamente a hipótese da salvaguarda da saúde pública.**

9. Na apuração do nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade civil solidária, não se discute percentagem, nem maior ou menor participação da conduta do agente na realização do dano, pois a ser diferente perderia o instituto exatamente a sua maior utilidade prática na facilitação do acesso à Justiça para as vítimas.

(REsp 1236863/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/02/2012)

Neste jugado, observa-se que para o Ministro Herman Benjamin, a regra é a de que a responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, comportando duas exceções, quais sejam, a primeira quando deixa de observar expressa previsão legal, em microsistema especial. E a segunda, quando o Estado deveria observar alguma circunstância que naturalmente exige maior rigorismo de sua parte.

Sendo esta segunda exceção relacionada a falta de implementação dos Direitos Fundamentais, como mais adiante será tratado mais detalhadamente.

## 1.5 Princípios

Em uma última análise específica sobre este assunto, cabe analisar alguns princípios que se relacionam.

Encontra-se entre seus alicerces, o *princípio da igualdade*. No sentido de que o Estado ao se responsabilizar civilmente por suas ações e omissões de forma objetiva,

estabelece uma divisão isonômica do ônus derivado de atos ou das consequências procedentes das atividades da Administração (ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p. 817/818).

Significa dizer, que seria inviável, ao particular, prejudicado pelos atos da Administração Pública ou pelos efeitos de suas atividades arcar com a prova de seu direito. É visivelmente desproporcional, o aparato que dispõe o Estado para se defender, *versus* o que dispõe o particular para acusa-lo.

Outro princípio que integra este contexto é o *princípio da solidariedade social*, visto que quando o Estado atua para o bem estar da coletividade, alguns indivíduos ficam prejudicados enquanto aos outros se obtém a eficácia pretendida. Entende-se por este princípio que deve ser feito neste caso uma repartição justa por todo o corpo social, pelas incumbências sofridas isoladamente por alguém. (BRAGA NETTO, 2015, p. 61/63).

Ou seja, é justo que toda a sociedade receba de forma equitativa o amparo que o Estado lhe deve proporcionar, dessa forma, é justo também que aquele que arcou com os encargos de forma isolada, seja amparado de forma solidária pela sociedade beneficiada.

Este princípio encontra respaldo constitucional, pois trata-se de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme prega o artigo 3º, inciso I, da Carta Magna.

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Assim, se observa que quando em uma das partes se encontra o ente Estatal, há naturalmente uma desigualdade que deve ser corrigida proporcionalmente. Além do mais o Estado em si, somente existe como uma representação de todo o seu povo, portanto, o ônus deve ser dividido entre todos de algum modo.

Diante da análise da teoria aplicada nos casos em que o Estado deverá ser responsabilizado diante das suas condutas comissivas assim como pelas omissivas, cabe apreciar as propriedades sobre os Direitos Fundamentais, para melhor identificar a omissão estatal aos direitos fundamentais, e a lesão gerada.

## CAPÍTULO 2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 – Contexto Histórico

Os direitos fundamentais em sua compreensão histórica são ao mesmo tempo tão distintos em cada época e tão vinculados entre si. O ponto de ligação do estudo desses direitos, parte do momento em que o ser humano passa a ser a diretriz. Por esta razão é que confundem-se o desenvolvimento dos direitos fundamentais com o surgimento dos direitos humanos, visto que, de certa forma estes são predecessores daqueles.

Os Direitos Humanos surgiram na Idade Antiga, por meio da religião, a qual estabelecia a fé monoteísta. O fundamental reforço religioso foi a consideração de um Deus único como o “Criador”. Todavia, desde o século V a.C. esta máxima sofreu uma alteração, pela eclosão do estudo filosófico no continente asiático, assim como na Grécia. E através disso, permutou-se a erudição mitológica religiosa pelo saber lógico da razão. Neste ponto, o ser humano ousa reavaliar-se sobre sua própria realidade de modo racional (COMPARATO, 2001, p. 1 - 2 e 9).

Nesse aspecto, a Grécia Antiga deu raízes a este pensamento a partir da filosofia antropocêntrica, ou seja, de que o homem é quem está no centro das ações, das expressões culturais, da história e da filosofia. (SANTIAGO, 2013)

Além do mais, nota-se pela própria evolução humana, que tais direito já despontavam mesmo sem normatização a respeito. É o caso, por exemplo, na época medieval da Idade Média, sobre os contratos de domínio de terras, o que demonstra indícios quanto ao direito de liberdade. (DUQUE, 2014, p. 35/36)

É evidente, no entanto, que os principais marcos da evolução dos direitos fundamentais estão correlacionados à: revoluções, movimentos reivindicatórios, pressões, guerras, rebeliões, que partiam principalmente dos particulares contra o Estado totalitário.

Nesse contexto, no início do século XIII, o então Rei João da Inglaterra, conhecido como João Sem-Terra, após sofrer pressões da igreja e de seus barões, insatisfeitos com a política fiscal, assinou a Magna Carta de 1215. Embora seu conteúdo ainda fosse tímido a respeito dos direitos fundamentais, a Magna Carta foi o primeiro rompimento dos poderes ilimitados dos governantes. Pois admitia-se que os poderes dos monarcas não eram soberanos, sendo limitados pelas próprias normas que edita. (PFAFFENSELLER, 2007)

Observa-se por alguns artigos da Magna Carta de 1215, vestígios dos direitos fundamentais, como nos que seguem:

Art. 39 - Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país. (MAGNA CARTA, 1215)

E também pelo artigo 40:

Art. 40 - Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça. (MAGNA CARTA, 1215)

Na sequência, em meados do século XVII, a Inglaterra sofreu diversas rebeliões ligadas a contendas religiosas, visto que os nobres britânicos reprovavam a conduta de Jaime II em governar o país sob o prisma católico. Diante disso foi que ocorreu a chamada Revolução Gloriosa, conhecida também como Revolução Sem Sangue, devido a sua pacificidade. Em suma, tal revolução nada mais foi um golpe de Estado, no qual destituíram o Rei Jaime II do trono, assumindo-o o Rei Guilherme de Orange, seu genro. (SANTIAGO, 2013)

Um marco importante com a ascensão do Rei Guilherme, foi a aprovação do *Bill of Rights*, que estabelecia um governo representativo, no qual o Parlamento não se subordinava as vontades do Rei, abandonando a monarquia absolutista. De certo modo, foi o início de uma separação de poderes dentro do Estado, o que não deixa de ser uma forma de se ter garantidos os direitos fundamentais, pois concede a sociedade um governo mais liberal. (PFAFFENSELLER, 2007)

Pelo artigo 5º da *Bill of Rights*, observa-se a normatização de direitos fundamentais, ao permitir que os súditos presos ilegalmente ou que passem por vexações de qualquer espécie tenham o direito de peticionar diretamente com o Rei.

5.º – Que os súditos têm o direito de apresentar petições ao Rei, sendo ilegais as prisões e vexações de qualquer espécie que sofram por esta causa. (ANTUNES)

Quase um século após o *Bill of Rights*, os Estados Unidos da América do Norte também se inseriram em uma situação de luta por seus direitos, pois estavam incomodados com as condutas fiscais de seus colonizadores. Assim, em 1776 no segundo Congresso da Filadélfia declaram independência da Inglaterra. (PFAFFENSELLER, 2007)

Nesta oportunidade foi elaborada a Declaração de Virgínia, que previa em destaque os direitos fundamentais. A crítica feita sobre essa Declaração foi que ela se preocupou muito com a própria independência, tendo assim características fechadas.

A Declaração dos Direitos do Homem ficou elucidada diante do momento em que o ser humano tornou-se sujeito de sua própria liberdade: individual, moral e intelectual. Foi a partir daí que se originaram os direitos fundamentais, propiciando um domínio particular e autônomo dos cidadãos, tornando-os libertos dos abusos de poder. Existe naqueles direitos um papel de democracia, já que, esta se efetiva pela soberania popular do poder através participação de seus cidadãos de modo livre e estável, abrindo o processo político, no sentido de formar os direitos sociais, econômicos e culturais, preceptores de uma democracia social e cultural (CANOTILHO, 1999).

Esta Declaração para Bobbio é vista dentro dos Direitos Humanos, de forma proveitosa no aspecto da concretividade, por outro lado sua universalidade foi prejudicada, pois aqueles direitos só valeriam para aqueles que os reconheçam juridicamente. Sendo assim, esta Declaração, não cumpriria o papel que tem os Direitos Humanos, como direito do Homem, no sentido de que isto seja inerente a todo e qualquer ser humano, independente da jurisdição, cultura ou sociedade que se encontre. (1992, p. 97).

Em um período bem próximo, ocorreu a Revolução Francesa em 1789, motivada pela ideologia iluminista que refletia a respeito das grandes injustiças sociais que o país passava na época. Neste movimento a Assembleia Nacional instituiu a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, documento importante para a evolução do estudo dos direitos fundamentais. (FERNANDES, 2014)

Bobbio continua que (1992, p. 98), esta Declaração faz jus a universalidade dos direitos inerentes ao homem. Aduz ainda, ser mais importante os direitos humanos serem declarados a todos, do que concentrados e eficazes apenas a alguns.

Pode-se visualizar o entendimento de Bobbio, pelo que se transcreve do preâmbulo dessa Declaração:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e

incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Em razão disto, a Assembléia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão: (MIRANDA, 1980, p.57).

Deste Preâmbulo podemos observar a preocupação em declarar quais são os direitos naturais do homem, assim como do homem tal qual cidadão de uma sociedade.

No tocante aos artigos previstos, observa-se a preocupação com os direitos fundamentais, por exemplo, logo no artigo 1º:

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. (MIRANDA, 1980, p.57).

Neste artigo destacam-se princípios consagrados como o princípio da liberdade e da igualdade, sendo que esta igualdade refere-se a todos os homens serem iguais em sua liberdade, isto é, todos tem o mesma liberdade entre si (BOBBIO, 1992, p.86).

O artigo 4º, esclarece a respeito do princípio da liberdade:

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei. (MIRANDA, 1980, p.58).

Consiste em dizer que o homem é livre até onde ele atinge a liberdade do próximo, só podendo ser restringido deste direito por lei que o proíba.

Pelos artigos 9º e 10º encontra-se também semelhança aos direitos fundamentais garantidos em nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º.

O artigo 9º e 10º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão assim preveem:

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. (MIRANDA, 1980, p.58/59).

Nota-se que no primeiro artigo temos o princípio da presunção de inocência, também tratado pela nossa Constituição:

Art. 5º. LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Assim como no décimo artigo versa sobre o princípio da liberdade de expressão e liberdade religiosa, os quais são igualmente assegurados pelo nosso artigo 5º da Constituição Federal, nos incisos que seguem:

Art. 5º. IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Art. 5º. VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Ante as explanações, podemos observar como a Declaração de direitos do Homem e do Cidadão ainda que de forma sucinta conseguiu abranger uma vasta escala dos direitos fundamentais do ser humanos que são copiados até os dias de hoje, como se vê pela nossa Constituição.

Por fim, entre as maiores conquistas para os Direitos Humanos, surgiu após a 2ª Guerra Mundial, com a finalidade de que as atrocidades acontecidas na Guerra nunca mais se repetissem, foi realizada a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948. (PFAFFENSELLER, 2007)

Para Bobbio (1992, p. 129), esta Declaração atinge não apenas a universalidade dos Direitos Humanos como também mobiliza um meio para que tais direitos possam ser garantidos e efetivados.

Assim, como ensina Moraes (1997, p.19):

“a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular”

Podemos observar por esta evolução histórica, desde os indícios de tutela dos direitos fundamentais, até as declarações mais incisivas e específicas sobre o assunto, que esses direitos se inflamam principalmente quando passam por graves violações. Como se viu em pós-revoluções, pós-conflitos e pós-guerras.

A respeito da nomenclatura, direitos fundamentais, há divergência na doutrina e legislação quanto a sua utilização e de outras expressões tais como: direitos humanos, direitos do homem, como se tratasse de sinônimos.

Segundo Bonavides (2011, p. 561):

“os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, [...], os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado”

É compreensível o motivo o qual se leva este pleonasma ilusório que ocorre nestas expressões, contudo, trata-se da própria condição humana, sem conexão com singularidades

específicas de indivíduos ou grupos. Não obstante, há realmente uma diferença entre os direitos humanos e direitos fundamentais, visto que estes tratam-se do reconhecimento daqueles pelas autoridades, que são atribuídas o poder político pela edição de normas, internas e internacionais. Isto é, os direitos fundamentais são direitos humanos positivados em Constituições, leis, tratados, entre outros. (COMPARATO, 2001, p. 58-59).

Para Canotilho (1999, p. 369):

“as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poríamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”

Seja qual for o nome dado, direitos do homem, direitos humanos, direitos fundamentais, não importa a nomenclatura empregada e sim a essencialidade que eles possuem perante a sociedade. Deve ser valorizada toda a luta para conquista-los, mas, além disso, deve-se continuar lutando para concretiza-los.

## 2.2 – Teorias

Tendo em vista todo o contexto histórico acima narrado, foram criadas teorias que compreendem a evolução dos direitos fundamentais.

Norberto Bobbio (1992, p.26-27) desencadeou a divisão dos direitos do homem em teorias. Para tanto, partiu do pressuposto que houve a proliferação de tais direitos em razão de terem expandidos os bens merecedores de tutela. Assim como se alongaram a outros sujeitos, direitos anteriormente específicos do homem. Por fim, o homem não é mais visto de forma genérica e isto é observa-se a cada ser humano as suas individualidades.

Sobre o assunto, Canotilho leciona (2003, p. 387):

É discutida a natureza destes direitos. Critica-se a pré-compreensão que lhes está subjacente, pois ela sugere a perda de relevância e até a substituição dos direitos de primeiras gerações. A idéia de generalidade geracional também não é totalmente correta: os direitos são de todas as gerações. Em terceiro lugar, não se trata apenas de direitos com um suporte coletivo – o direito dos povos, o direito da humanidade. Neste sentido se fala de solidarity rights, de direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão ‘indimensionável’ dos direitos econômicos, sociais e culturais. Precisamente por isso, preferem hoje os autores falar de três dimensões de direitos do homem e não de três gerações.

Em razão das constantes transformações dos direitos fundamentais na evolução histórica, foi realizada uma divisão em gerações, embora esta terminologia possa causar uma interpretação equívoca de que gradualmente mudou-se de geração. Assim, a nomenclatura dimensão é mais adequada já que os direitos coexistem entre suas dimensões.

Entende, da mesma forma, Bonavides (2011 p. 571-572): “[...] o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”.

Para Bonavides (2011), podem-se organizar os direitos fundamentais em dimensões. Sendo os de primeira dimensão os direitos de liberdade, os quais constaram inicialmente no instrumento normativo constitucional, conhecidos por direitos civis e políticos. Nos direitos de primeira dimensão seu titular o homem em sua individualidade, importa dizer que coexistente a isto é a oposição do indivíduo perante o Estado, para que este não se imponha em sua liberdade individual.

Esta circunstância é também conhecida como *status negativus*, pois a vontade do homem é de que quanto menos o Estado interferir mais a sua liberdade será alcançada.

A tendência dos direitos de liberdade sempre foi evoluir, visto que, aceitos inquestionavelmente. Em cada época ganhavam maior dimensão.

Seguindo ainda as lições de Bonavides (2011), serão analisados os direitos de segunda geração. Estes versam sobre os direitos sociais, culturais e econômicos, assim como os direitos coletivos. Tais direitos são embasados pelo princípio da igualdade. E ao contrário dos primeiros, neste se exige uma conduta participativa do Estado para sua efetivação.

Por outro lado, o direito de igualdade não teve a mesma linha de ascensão do direito de liberdade, pois como aqui se exigia uma prestação do Estado, muitas vezes de forma material, questionava-se esta real possibilidade. Resguardando-se pela carência ou limitação de fundos. Posto isso, não caberia somente ao Estado declarar a existência desse direito, mas também de alguma forma deveria assegurá-lo.

Dentro desse contexto, os direitos de igualdade foram remetidos à conhecida como esfera programática. Isto é, diferentemente dos primeiros, estes não teriam aplicação imediata. Seriam direitos que se buscariam alcançar um dia. Não é remota a mudança que vem ocorrendo em relação a esta interpretação. Constituições recentes, inclusive a brasileira, é que vem alterando esta interpretação.

Encontram-se nos direitos de segunda geração, os direitos sociais. Vê-se a dificuldade de implementação dos direitos sociais, principalmente nos países emergentes, em

razão da escassez e má gestão financeira. Segundo Bobbio (1992, p. 45), “A efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana”.

Em meados do século XX, diante de um mundo fracionado em países desenvolvidos e subdesenvolvidos, além da tecnologia de alta qualidade desenvolvida pelas nações mais desenvolvidas, que colocavam em ameaça, instigando o pessimismo, ou mesmo o realismo e até a própria existência humana. Diante disso, surgiram novos desafios além de vida e liberdade, pensava-se agora em qualidade de vida e solidariedade entre as pessoas em suas diferenças étnico-raciais, quando surgiu a terceira dimensão de direitos fundamentais (FERREIRA FILHO, 2004, p. 58-60).

Na sequência de Bonavides (2011), o autor refere-se aos direitos de terceira geração relacionados à fraternidade. Encontrando-se em destaque as grandes diferenças sociais entre as nações, esta terceira dimensão dos direitos fundamentais, busca o bem do próximo para o bem de todos.

Por estes direitos, não é visado o homem em sua individualidade, nem mesmo alguma classe social específica. Como ensina Bonavides (2011, p. 569): “[...] direitos da terceira geração não se destinam especificamente à proteção de um indivíduo, [...], têm por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.

Dentre os direitos encontrados nesta terceira dimensão, busca o interesse da sociedade como um todo, em aspirações como: “o direito ao desenvolvimento, direito a paz, direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”. (BONAVIDES, 2011, p. 569)

Bonavides (2008, p. 571), refere-se ao surgimento da quarta dimensão de direitos, entendendo ser ela: “A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.”.

Assim, compreende-se neste grupo a globalização dos direitos fundamentais, isto é universaliza-los na seara institucional. Esta quarta geração juntamente com os direitos de segunda e terceira dimensões concretizam-se entre si.

O autor prossegue, asseverando sobre os direitos de quinta dimensão. Bonavides afirma que compreende nesta geração o direito a paz. Aqui se diferencia do direito a paz anteriormente tratado na terceira dimensão, considera-se como um novo direito fundamental. Sendo, a paz, a consequência de toda ação humana que busca fazer justiça através da lei. O

autor complementa “[...] Sem a memória e a percepção dessa verdade gravadas na consciência dos povos e na razão dos governantes nunca se concretizará a mais solene, a mais importante, a mais inderrogável cláusula do contrato social: *o direito à paz como supremo direito da Humanidade.*”. (BONAVIDES, 2011, p.584, 590-593).

Destaca-se que, além das teorias estudadas, existe outras categorias e classificações sobre os direitos fundamentais, que inclusive chegam até a sétima geração de direito. A divisão aqui realizada é feita no intuito de estabelecer os momentos distintos ao passo que esses direitos fundamentais surgem como exigências abrigadas pelo ordenamento jurídico.

### **2.3 – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

Os princípios imprimem a concepção da própria essência do ordenamento jurídico. São eles que norteiam a própria norma, fazendo com que ela esteja sempre orientada em determinado rumo, com o risco de ser invalidada caso se desvie da orientação. Deste modo, incide em disposições fundamentais que se refletem sobre as normas jurídicas, estruturando lhes a natureza e auxiliando como parâmetro (GUERRA e MERÇON, p. 96, 2002).

#### **I- Dignidade da Pessoa Humana**

Neste contexto, encontramos o princípio da dignidade da pessoa humana que situa-se no ponto central do ordenamento jurídico brasileiro, considerando que se contempla a valorização da pessoa humana como propósito fundamental do alicerce organizacional do Estado e de Direito. O legislador constituinte sublimou este princípio à hierarquia de princípio fundamental da República, conforme se observa pelo art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 (AFONSO, p. 146, 2000).

Este princípio ganhou forças a partir da Declaração Universal de Direitos do Homem que o reverenciou em seu preâmbulo. E em seguida, no primeiro artigo proclamou as pessoas nascem livres e iguais em direitos, como também em dignidade.

Apoiado nessa proclamação, Jorge Miranda estruturou as características da dignidade da pessoa humana, como se observa:

“a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos; e) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.” (MIRANDA, p. 169-170, 1988).

No Estado brasileiro, embora ainda se trate de conceito bastante vago e impreciso, o princípio da dignidade da pessoa humana, é fundamento para composição da ordem constitucional, servindo para a reconção de direitos fundamentais atípicos e, assim sendo, as aspirações essenciais à vida humana certificam-se como direitos fundamentais.

Entre os direitos que possuem uma relação estrita e direta com este princípio está o direito ao mínimo existencial, que será mais aclarado a seguir.

a) Mínimo existencial

Importante destacar sobre o direito ao mínimo existencial, que como direito material se apoia em alguns princípios. No caso do mínimo existencial, este encontra respaldo nos princípios: da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Isto porque o direito mínimo existencial corresponde a ínfima condição para a existência humana digna que tanto não pode ser atingida por intervenção estatal, ao mesmo tempo em que se reivindica ações positivas do Estado (TORRES, p. 149-150, 1999).

Como será visto adiante, a normas programáticas, principalmente aquelas que se referem a direitos sociais são encargos de aprimoramento, e assim sendo, devem se consubstanciar paulatinamente ao passo que houver disponibilidade orçamentária e conforme a implementação por políticas públicas. Relembrando que o descumprimento dessas normas pelo Estado somente é aceitável transitoriamente, diante de uma real impossibilidade material visível e atestável, como será visto no tópico sobre o princípio da reserva do possível.

É essencial a prestação de serviços públicos para que os direitos sociais sejam exercidos, isto porque através deles se encontram os exemplos de educação pelo oferecimento de escolas, saúde através dos hospitais, cultura, transportes coletivos, fornecimento de água e energia, saneamento básico, entre outros. Assim, a omissão ou ineficiência na prestação desses serviços pelo Estado gera sérios comprometimentos, inclusive em obstar o desempenho de outros direitos. Pois a falta desses serviços básicos atinge diretamente os direitos individuais, como a segurança, lazer e até mesmo a vida.

Como afirma, CAVALCANTE, 2009:

“Esse status mínimo de satisfação das necessidades pessoais (mínimo existencial) é um conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma existência humana digna. Possui, ainda, a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação de serviços básicos para uma existência digna. Trata-se de matéria pouco discutida na doutrina constitucional brasileira. Alguns doutrinadores defendem a existência de determinados direitos como padrão mínimo social para uma existência digna, mas não é matéria pacífica.”

Tem-se que o mínimo existencial, como um braço do princípio da dignidade da pessoa humana, exige uma parte do todo abrangido por este, desde que seja possível ter uma vida digna com essa parcela. E sem nem este fragmento puder ser fornecido pelo Estado, deve haver uma justificativa fundamentada sobre isso.

#### **2.4 – Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**

Um obstáculo enfrentado na concretização dos Direitos Fundamentais, diz respeito a eficácia das normas, visto que, algumas delas não possuem a aptidão de serem aplicadas de pronto.

Assim, a eficácia de uma norma diz respeito a possibilidade que ela dispões de produzir efeitos jurídicos. Para melhores esclarecimentos, é relevante a análise dos conceitos de eficácia jurídica, social e aplicabilidade da norma.

Pelas lições de Michel Temer, p. 23, 1998, extrai-se que:

“...eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.”

Segundo, Luis Roberto Barroso, 2009, p. 82-83, eficácia jurídica é a aptidão de a norma gerar, no todo ou em parte, os seus efeitos típicos prontamente. Do momento da regulamentação das situações, relações e comportamentos nela indicados. Destarte, a eficácia jurídica refere-se à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma. Enquanto a eficácia social é a realização da imposição da norma, a sua potência eficaz no mundo real.

De acordo com José Afonso da Silva, 1998, p.60, todo dispositivo normativo desfruta de eficácia jurídica e é aplicável nos limites determinados de seu conteúdo regulamentar.

Por outro lado, a eficácia social ou efetividade, coincidem com as lições de Kelsen, ao afirmar que: “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos” (KELSEN, 1999, p. 11).

Via de regra, a efetividade, ou eficácia social, advém do acatamento voluntário da norma, que pode ocasionar cumprimento coercivo quando não observada de forma espontânea.

Conforme, Maria Helena Diniz, 1998, p. 62, a eficácia social é o significado da norma, tanto pela realidade social a que se alude, como também pelos valores positivos. Assim, será considerado eficaz o dispositivo constitucional que possuir condições de aplicação, de fato executado pelos órgãos competentes.

Sob outra perspectiva, a aplicabilidade é a autonomia da norma para produzir efeitos jurídicos em relação à outra norma.

Deveras, no que diz respeito às classificações das normas em relação à sua aplicabilidade, há posições doutrinárias distintas. Conquanto, no presente trabalho serão abordadas algumas delas.

Para, Ruy Barbosa, a classificação das normas se faz entre as autoaplicáveis e as mandamentais ou não autoexecutáveis. Àquelas seriam as que fruem de exequibilidade imediata. Enquanto as últimas, estariam sujeitas à legislação ordinária para alcançarem sua eficácia plena.

Maria Helena Diniz, 1998, p. 109, separa os dispositivos constitucionais em:

- “a) normas com eficácia absoluta;
- b) normas com eficácia plena;
- c) normas com eficácia relativa restringível; e
- d) normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação.”

A autora segue, afirmando que as normas relativas complementável, têm aplicação reflexa, visto que, submetem-se a normas que ainda estão por vir, isto é, a lei que será posteriormente criada para otimizar sua eficácia, possibilitando o efetivo exercício do direito que aprecia (DINIZ, 1998, p.114).

Enfim, José Afonso da Silva, 1998, p.82, desenvolve uma classificação precursora, qual seja, de que as normas constitucionais se dividem em: normas de eficácia plena ou imediata, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida. Estando nesta última classificação, as normas programáticas.

As normas de eficácia plena são aquelas em que o direito previsto pela Constituição Federal, poderá ser exercido ou aplicado instantaneamente, ou seja, é uma norma com autossuficiência para sua aplicação, independente de outras disposições legais. Seu cumprimento é direto e imediato.

De outro lado, as normas de eficácia contida, trazem a previsão de direitos que podem ser imediatamente exercido, assim como ocorre com as normas de eficácia plena. Todavia, a diferença entre elas é que na norma de eficácia contida já vem a conjectura de uma

possível subtração do direito por lei posterior, o que já vem de forma expressa no texto constitucional.

A norma de eficácia limitada, ao contrário das anteriores, dispõe de uma aplicabilidade indireta e mediata. Aqui, foi prevista uma norma Constitucional, porém o seu direito não tem como ser exercido enquanto não houver lei regulamentando-o. O autor, José Afonso da Silva, 1998, p.118, subdivide a norma de eficácia limitada em outras duas, quais sejam, as normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo e normas definidoras de princípio programático. Estas últimas estão ligadas ao desempenho de políticas públicas sociais realizadas pelo Estado.

A questão de ser uma norma de caráter programático, não significa dizer que é ela não possui força normativa, pois seu direito está dito. Em verdade ela não possui força prática.

De acordo com José Afonso da Silva, 1998, p. 155:

“[...] São *normas de princípio teleológico* porque apontam, em mero esquema, para um fim a ser atingido. Qualquer que seja, porém, a expressão utilizada, o certo é que sua vinculatividade vem sendo mais e mais reconhecida. Significa que o fato de dependerem de providências institucionais para sua realização não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida, como imposição constitucional aos órgãos públicos. [...]”.

Assim sendo, usualmente essas normas estão insertas em princípios, condensando programas e posições políticas com o intuito de que o legislador reverta tal situação.

Nesta linha de pensamento, Regina Maria Macedo Nery Ferrari aduz:

“As normas programáticas impõem ao Estado o cumprimento de certos fins, a consecução de certas tarefas de forma a realizar certos princípios ou objetivos, fazendo surgir, por consequência, a necessária proteção dos interesses subjetivos que daí dimanam, proteção esta que pode ocorrer ora de modo direto, quando o interesse geral coletivo fica em segundo plano; ora indiretamente, quando o interesse coletivo encontra-se em primeiro plano, e o individual só será protegido reflexamente, em decorrência da promoção do interesse geral.”.

Logo, a norma constitucional constitui somente um desígnio, um princípio, porém quer dizer que chegue a impor ao legislador o papel de atuá-la, não obstante exige uma política adequada a satisfação dos objetivos positivos nela propositados.

Sem embargo, embora a norma constitucional seja programática e possuam as características acima estudadas, alguns doutrinadores entendem que pelo menos o mínimo existencial deve ser garantido. Isto posto, o mínimo existencial deve ser assegurado de plano por essas normas independentemente de sua implementação pelas políticas públicas. Pois se

assim não fosse, as normas programáticas tratariam-se apenas de simples programas políticos na expectativa da atuação legislativa, sem qualquer ligação jurídica.

Nesse contexto, Canotilho, 1999, p. 1102, evidencia que “[...] Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que esse tipo de norma careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; é a *positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes.*” a eventual o fato de dependerem de providências institucionais para a sua realização não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida, como imposição constitucional aos órgãos públicos”. E completa:

“[...] Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes toma-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.” (CANOTILHO, 1999, p. 1102-1103)

Deste modo, é verdadeira a afirmação de que o resguardo do mínimo existencial é sempre qualificado como direito subjetivo.

Trata-se aqui do âmago central, sendo que esse mínimo existencial, se descumprido, justifica a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, visando endireitar rumos ou até mesmo implementá-las.

Afirma, Maria Paula Dallari Bucci, que “um dos efeitos da aplicabilidade das normas programáticas é a proibição de omissão dos Poderes Públicos na realização dos direitos sociais”. E, de outro lado, seria absolutamente frustrante, “do ponto de vista político, aceitar a inexecutabilidade dos direitos sociais”.

De acordo com o Min. Celso de Mello: “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional”.

Nessa mesma linha decidiu o STJ:

“Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.”

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, decidiu em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF – 45 – 9, que assim expressa:

“Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislativo, nem a de atuação do Poder Executivo.”

Dessa forma, não há como se negar a impossibilidade da atuação do Judiciário nesses casos.

Por outro lado, esta intervenção judicial na gerência ou exercício das políticas públicas, fica adstrita aos entendimentos jurisprudenciais, contudo, é incontestável o seu poder fiscalizatório sobre as prioridades concretas fixadas pelo Constituinte.

Esta é a acepção da jurisprudência do STF:

“CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDE RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191- -197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E RE 482.611 / SC 2 TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA” (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219- -1220). RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO.” (RE 482.611 – SC)

Outrossim, o Min. Celso de Mello, na ADPF 45/DF, expressamente dispôs sobre o tema:

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

Ainda assim, destaca-se que devem ser considerados os limites para a atuação do Poder Judiciário, o qual deve buscar a garantia de uma mínima eficácia das normas programáticas, para que estas não passem de mero plano de governo.

## CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL NA FALTA DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante de tudo que foi tratado no presente trabalho até então, visualiza-se a relação existente entre a responsabilidade civil do Estado em suas condutas omissivas e o prejuízo causado no endossamento dos Direitos Fundamentais. Em presença dessa conexão existente serão estudados alguns tópicos finais.

### 3.1 – Funções da Responsabilidade Civil do Estado

A indagação quanto a função que a responsabilidade civil do Estado desempenha é de interesse atual, visto que, continuamente desenvolvia-se a pesquisa sobre o tema, a respeito de seus elementos teóricos e processuais.

Como bem esclarece Nelson Rosenvald sobre o assunto:

“discutir as funções da responsabilidade civil já é um avanço por essas bandas, tão acostumados que estamos a apenas investir os esforços doutrinários pela lente dos seus pressupostos: o alcance da ilicitude; a reinterpretção do nexo de causalidade e o reexame do conceito de lesão indenizável, conferindo à questão das condições da responsabilidade prevalência sobre os deveres que aquela justifica” (ROSEVALD, 2013 p. 100).

Isto demonstra a própria transformação da sociedade, mais preocupada com os resultados concretos que o instituto pode gerar, do que com a profundidade do próprio estudo técnico.

Pelos ensinamentos de Aguiar Dias, tem-se que:

“o aparelho da responsabilidade é movimentado pela necessidade de restabelecer o *status quo* anterior ao dano, necessidade a que o Estado acorre como responsável e maior interessado na manutenção da paz social. Só assim é possível encontrar fundamento único para a responsabilidade civil” (AGUIAR DIAS, 1954, p.559).

A compreensão da função deste instituto é algo mais complexo que a percepção de seu fundamento. O fundamento que dá origem a própria responsabilidade civil é o *neminem laedere*, ou seja, aquele que invade indevidamente a esfera jurídica alheia de forma a causar-lhe danos deverá ressarcir-lo (BRAGA NETO, p. 69, 2015).

Por este princípio, de origem romana, adverte-se que as nossas ações não podem lesar o direito alheio. Deste modo, pelo contexto do trabalho pode igualmente ser feita a

interpretação no sentido de que as omissões, em particular do Estado, não podem prejudicar os direitos de outrem.

Retomando ao estudo das funções desempenhadas pela responsabilidade civil do Estado, estas se subdividem em três principais espécies: a função reparatória ou compensatória, função preventiva e a função social, as quais serão a seguir melhor detalhadas.

A função reparatória ou compensatória trata-se de função repressiva, visto que aqui o dano que já se sucedeu e busca ser reparado ou compensado. Ou ainda pode ser tratado do dano futuro, que tenha alta e certa probabilidade de ocorrer.

No tocante a indenização reparatória do dano, entende-se pelo prejuízo material que possa ser precisamente ressarcido. Isto é, seja pelo mesmo bem, ou ainda através de pagamento equivalente ao bem deteriorado. Nesta modalidade, pode haver a indenização em forma de danos emergentes ou lucros cessantes, ou ainda em forma de pensões mensais, quando decorrente da morte da vítima (BRAGA NETO, p. 73, 2015).

Já na indenização compensatória, esta geralmente acontece com relação aos danos morais, visto que aludida função não repara integralmente o bem lesado, mas tenta de algum modo, nunca perfeito, compensar os danos feitos. Usualmente, o pagamento desta indenização é feito em uma única parcela (BRAGA NETO, p. 73, 2015).

Assim, o Estado, quando tem o dever de garantir direitos fundamentais aos seus cidadãos como o direito a vida, saúde, educação, entre outros e se omite perante sua responsabilidade poderá ser demandado judicialmente por aqueles lesados por sua inércia, com chance de vir a ser responsabilizado tanto a reparar o dano quando isto ainda for possível ou em último caso e mais comum, compensá-lo.

Nesse sentido, Aguiar Dias já lecionou:

“Tem-se inocentado demais o Estado, entre nós. Parece que é tempo de dizer que, se os governantes cumprissem melhor os seus deveres, não precisaria o Estado de se ver defendido nos tribunais por argumentos que o colocam, illogicamente, contra os interesses da comunidade. Aí estaria o melhor corretivo ao risco de empobrecer o erário, por via de indenizações” (AGUIAR DIAS, 1954, p. 585/586).

Destarte, é necessária a conscientização social para que se cobre daqueles que os representam no governo a fim de que ajam em favor da coletividade sobre os seus direitos que devem ser garantidos. E não que aguardem, inertes, a ocorrência do dano e deixarem a discutir tais questões judicialmente.

A função preventiva da responsabilidade civil vem ganhando destaque no meio jurídico. Não obstante, usualmente, quando se busca uma indenização é porque o dano já

ocorreu e dessa forma, a atribuição exercida será de repressão. Entretanto, adjunto a isto, vem angariando espaço o papel de advertência. Isto é, ao mesmo tempo em que se reprime a conduta praticada, adverte-a que ela não deve ser repetida, pois será novamente rechaçada.

Neste sentido Braga Neto lecionou:

“O ilícito civil, em termos de hoje, deve ser perspectivado não só como representante do dever de indenizar, mas também, fundamentalmente, como a categoria que possibilita uma atuação reativa do sistema para evitar a continuação ou a repetição das agressões aos valores e princípios protegidos pelo direito” (BRAGA NETTO, 2003, p. 129).

A sociedade contemporânea assume uma posição na qual não se vê plenamente satisfeita tão somente com a reparação do dano. Acima disso, a responsabilidade civil deve assumir um papel ético social, no sentido de dar um paradigma para que tais danos não voltem a se repetir.

É essencial a aspiração à função preventiva. Nos séculos passados, o direito visava pontualmente à reparação do direito violado, o que não deixa de ser importante e inclusive justo. Contudo, a mentalidade de que é mais importante prevenir o dano, e em último caso repará-lo é muito mais proveitoso à coletividade.

Dentre as características da função preventiva, encontra-se o seu enfoque pedagógico. É este também, o entendimento da jurisprudência dos nossos Tribunais, conforme parte da ementa que se segue:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PERSEGUIÇÃO POLICIAL COM DISPARO DE PROJÉTEIS DE ARMA DE FOGO QUE RESULTOU NA PARAPLEGIA FLÁCIDA DO RECORRIDO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS FIXADA PELA CORTE DE ORIGEM COM EXORBITÂNCIA. POSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO STJ.

3. Os valores das indenizações por danos morais e por danos estéticos, juntas, atingem montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), os quais ainda deverão ser acrescidos de correção monetária e juros moratórios e atingirão a soma de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), consoante asseverado pelo Recorrente no bojo do seu arrazoadado. Logo, a meu sentir, esse quantia afigura-se exorbitante e desproporcional aos danos sofridos pelo recorrido, conspira contra a razoabilidade e a proporcionalidade e enseja o enriquecimento sem causa.

4. Diante das particularidades do caso em exame (a gravidade do dano suportado pelo recorrido, as condições econômicas das partes e a **função pedagógica da imposição de indenização por ato ilícito**), o montante indenizatório deve ser reduzido para R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), sendo R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a título de danos estéticos e mais R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) relativos aos danos morais.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido, acompanhando a eminente Relatora Ministra Denise Arruda.

(REsp 945.369/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 18/10/2010)

No mesmo sentido, o STJ no julgamento de um Recurso Especial, a respeito da fixação dos danos morais embasou-se nos critérios de “exemplaridade e da solidariedade”.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE MENOR POR POLICIAIS. "CHACINA DA BAIXADA". INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR IRRISÓRIO OU ABUSIVO. NÃO CONFIGURADO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA. JUROS DE MORA. TEMPUS REGIT ACTUM. MÉDIA DE SOBREVIVÊNCIA. TABELA DO IBGE. APLICABILIDADE À PENSÃO DA VÍTIMA DEVIDA AOS AUTORES DA AÇÃO.

1. Versam os autos ação de reparação por danos morais e materiais ajuizada em desfavor de ente Estadual em razão da morte do filho, irmão e tio, dos autores, em decorrência de disparos de arma de fogo efetuados por agentes da polícia militar do Estado, no episódio conhecido como "Chacina da Baixada".

2. Os danos morais indenizáveis devem assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de sopesar a capacidade econômica do réu, **devendo ser arbitrável à luz da proporcionalidade da ofensa, calcada nos critérios da exemplaridade e da solidariedade.**

(REsp 1124471/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 01/07/2010)

Quanto ao critério da “exemplaridade” que literalmente significa servir de exemplo, demonstra o caráter pedagógico da responsabilização, para que o caso concreto que infelizmente veio a ocorrer, não mais se reitere.

Nessa acepção, o ministro do STF, Celso de Mello negou provimento do agravo de instrumento interposto pela União, trazendo as seguintes questões pertinentes ao tema:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. **DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO (“EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES”) E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA.** DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. (AI 455.846-4, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21/10/2004).

Como se vê, a indenização pelos danos morais possuiu carácter compensatório como ora estudado. E o aspecto inibitório, condizente a função preventiva.

Isto posto, pode se concluir que as funções preventivas e reparatórias estão intimamente ligadas, porquanto através das indenizações concedidas, visa-se reparar o dano, demonstrando a repressão quanto aquele fato e reprime-se para que ele não ocorra novamente, prevenindo futuros prejuízos da mesma natureza.

Por fim, a função social, refere-se à justiça material, ou seja, é a efetivação concreta do direito violado. A justiça material não é somente almejada pelo instituto da responsabilidade civil, como também o pela ciência do direito como um todo (BRAGA NETO, 2015, p. 73).

Consiste dizer que esta função é o propósito que se busca alcançar ao responsabilizar o Estado pelo ilícito praticado.

Nas lições de Pinto, a autora ensina que:

“responsabilidade civil passa, assim, por uma filtragem ética, em que não mais predomina a sua função primordial de instrumento de proteção da propriedade privada, a qual cede lugar para a sua função social, de instrumento de obtenção do equilíbrio possível das relações jurídicas” (PINTO, 2008, p. 230).

Destarte, a função da responsabilização extracontratual do Estado não é apenas individual de reparação do dano daquele terceiro prejudicado, mas há por de trás disso uma função social do Estado com a sociedade composta por seus cidadãos.

Sendo Canotilho ensina:

“Como conquista lenta mas decisiva do Estado de Direito, a responsabilidade estadual é, ela mesma, instrumento de legalidade. E instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a conformidade ao direito dos actos estaduais: a indenização por sacrifícios autoritativamente impostos cumpre uma outra função ineliminável no Estado de Direito Material – a realização da justiça material” (CANOTILHO, 1974, p. 13).

O professor trata o instituto da responsabilidade civil como instrumento de legalidade, ou seja, meio de assegurar que os direitos sejam protegidos, pois a indenização pela ofensa do direito é a efetivação da justiça material.

Conclui-se que por estas razões, que responsabilizar o Estado civilmente por suas ações e omissões aos direitos que são devidos é ao homem é buscar a efetivação e realização de justiça.

### 3.2 – O Estado como garantidor dos Direitos Fundamentais

Como já estudado no presente trabalho, os cidadãos lutaram para que sua liberdade individual fosse respeitada e para tanto exigiam que o Estado não interferisse, ou seja, tivesse uma ação negativa perante eles.

Para os dias de hoje, tal posição não é mais satisfatória, isto porque para que os direitos fundamentais tenham realmente eficácia, não basta mais que o Estado respeite-os e se abstenha, ele deve também protegê-los e para isso carece agir positivamente.

Nesse sentido Grimm assinalou:

“Enquanto os direitos fundamentais como direitos negativos protegem a liberdade individual contra o Estado, o dever de proteção derivado desses direitos destina-se a proteger indivíduos contra ameaças e riscos provenientes não do Estado, mas sim de atores privados, forças sociais ou mesmo desenvolvimentos sociais controláveis pela ação estatal” (GRIMM, 2007).

Da mesma forma Reckziegel complementa sobre o assunto no tocante ao nosso sistema jurídico brasileiro:

“No nosso ordenamento jurídico, a partir da CF/88, se fortaleceu a visão do Estado como ente garantidor de direitos e garantias fundamentais e promotor de políticas públicas de desenvolvimento e inclusão social. O Estado passou a ser visto não apenas como garantidor de direitos mínimos, mas como promotor de direitos sociais, individuais e coletivos.” (RECKZIEGEL, 2013).

Pelo ordenamento da nossa Constituição Federal, os direitos fundamentais não são vistos apenas como direitos de defesa contra o Estado, estes direitos de certo forma exigem uma conduta ativa do poder público, no sentido de protegê-los e promovê-los (SARMENTO, 2007, p. 123).

Isto corrobora a ideia de que o Estado está impelido a garantir tais direitos, e caso seja omissivo sobre eles deve ser responsabilizado de forma objetiva sobre os ilícitos decorrentes de sua inércia.

Assim, é nítido que quando o Estado deixa de garantir direitos fundamentais ele em verdade não está sendo apenas omissivo, mas deixando de agir em algo que tinha o dever para tanto.

Ponto de vista, igualmente pontuado pelo autor Sarmento:

“o reconhecimento dos deveres de proteção constitui premissa implícita em toda a discussão concernente à responsabilidade do Estado por atos omissivos. Com efeito, do ponto de vista lógico, só é possível responsabilizar por omissão a quem estava previamente adstrito a um dever de ação. Esse dever de ação nem sempre vai se fundamentar em lei específica, decorrendo, no mais das vezes, da Constituição e da própria

*natureza das coisas*, como acontece, por exemplo, em relação aos direitos à vida, à segurança e à propriedade, que o Poder Público tem de salvaguardar” (SARMENTO, 2003, p. 302/303).

Pelas palavras do autor, percebe-se que o Estado brasileiro encontra-se adstrito a proteger os direitos fundamentais e para que isto seja cobrado não é necessária uma norma peculiar sobre o assunto, isto se encontra implícito, pois assim já se encontra previsto na Constituição Federal de 1988. Ou mesmo, como bem diz o autor pela “natureza das coisas”, ou seja, algo naturalmente perceptível.

Segundo entendimento da autora Helena Elias Pinto, a discussão e os entornos do tema são atuais: “diante dos novos paradigmas da ciência jurídica na atualidade, a responsabilidade civil passa a ter um sentido instrumental, de tutela e garantia dos direitos fundamentais, e um propósito ético, de solidariedade e justiça social” (PINTO, 2008, p. 24). E ainda conclui “A nova dimensão dos direitos fundamentais, enquanto direito de proteção pelo Estado, caso não seja efetiva no caso concreto, pode ensejar a ocorrência de dano indenizável, desaguando na responsabilidade civil do Estado por omissão”.

Afinal, é análogo o entendimento dos nossos tribunais superiores, que ainda vai além ao elucidar que para tais hipóteses acima narradas o Estado não pode escusar-se de sua inércia com a simples alegação da reserva do possível. Assim se observa-se pela análise do trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

“**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, **dolosamente**, 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.” (STF, STA 175 AgRg, Rel. Min. Gilmar Mendes, trecho do voto do Min. Celso de Mello, DJ 30/04/10).

Destarte, cabe uma análise mais detalhada sobre a cláusula da “reserva do possível” e quando pode ser realmente utilizada e empregada.

### 3.2.1 – Reserva do Possível

A Teoria ou também Princípio da Reserva do Possível originou-se no direito Alemão, em torno da década de 70. Por esta perspectiva inédita, a Corte Constitucional Alemã proferiu uma decisão inusitada conhecida por “*numerus clausus*”, na qual, ganhou destaque esta teoria. Este julgamento girava em torno da limitação de vagas nas universidades públicas alemãs (Krell apud Sarlet, p. 29, 2008).

Neste caso, estudantes alemães demandaram judicialmente pelo direito ao ingresso na universidade pública, com base no artigo 12 da Lei Fundamental Alemão, no qual se prevê “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”, pois eles não haviam sido aceitos nas universidades de Hamburgo e Munique no curso de medicina, em razão da política imposta pelo país sobre limitação de vagas em cursos superiores (Fernando Mânica, p. 169, 2007).

No julgamento desta lide, a Corte decidiu de modo inovador, fazendo a aplicação da teoria da “Reserva do Possível”. Com isto, justificava-se que o número de vagas, ou seja, a prestação pública positiva dependia da reserva do possível, isto é, só se poderia exigir do Estado até os limites em que ele pudesse oferecer sem que prejudicasse as demais necessidades sociais.

Segundo Ingo Sarlet (p.265, 2003), o entendimento do Tribunal alemão foi que “[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

Nota-se que o nascimento dessa teoria não surge exclusivamente relacionado a falta de recursos financeiros ou materiais para a efetivação dos direitos sociais. Em verdade neste caso, foi observado a ponderação do requerimento ante à sua concretização.

De outro modo, a aplicação dessa teoria no Brasil teve uma diferente interpretação. Levando em consideração a possibilidade financeira para limitar a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

Para, Andreas Krell apud Sarlet (2008, p. 30), esclarece que para o direito brasileiro haveria uma relação de dependência entre a possibilidade dos recursos financeiros do Estado e a efetivação de direitos sociais em forma material ou prestacional. Dessa forma, competiria aos governantes e parlamentares a deliberação quanto a disponibilidade financeira do Estado.

Assim, aqui a teoria Alemã foi distorcida, condicionando a teoria da reserva do possível a possibilidade financeira e a previsão orçamentária. Do mesmo modo afirma Ingo Sarlet (2003, p.286), conforme o seguinte:

“Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na

questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente ompetencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito”.

O autor ainda segue, e divide a teoria da “Reserva do Possível” em duas vertentes: uma fática e outra jurídica. Sendo que a primeira alude à disponibilidade de recursos financeiros satisfatórios ao direito prestacional. Enquanto a última refere-se à aprovação de autorização orçamentária, logo legislativa, para que possa ser feito os gatos dos respectivos recursos.

Observa-se que a teoria “Reserva do Possível” despontou seu exercício como meio do Estado justificar sua ausência, um pretexto para que o Estado não cumprisse com o papel conferido a ele pela própria Constituição Federal, sendo o de provedor das necessidades sociais, exposto, pelos direitos fundamentais e sociais descritos na Magna Carta.

Sobre esse contexto, Ana Paula Barcellos (2002, p. 237), assim entende:

“na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais”.

A real acepção da teoria da “Reserva do Possível”, como aquela adotada no julgamento do Numerus Clausus, orienta-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade dentro daquilo que se pleiteia, isto é, a implementação dos direitos prestacionais de cunho Constitucional, e as possibilidades financeiras do Estado.

Nas lições de Andreas Krell apud Daniel Sarmiento (2008, p.570), manifestou que esta teoria seria como o “fruto de um Direito Constitucional equivocado”, já que em países emergentes, como o Brasil, usualmente as necessidade básicas da sociedade não são satisfatórias, o que se tornaria arriscado na utilização da “Reserva do Possível”, visto que a sua utilização em países desenvolvidos não ocorre o conceito do mínimo essencial.

Em relação a este item, o autor Daniel Sarmiento diverge de Andreas Krell, ao opinar que o índice elevado de pobreza em países de terceiro mundo ressaltaria a relevância da utilização da teoria, pois a precariedade financeira e econômica deixa óbvia a impossibilidade de efetivação simultânea dos direitos sociais.

Afirma o autor que a “Reserva do Possível” no plano fático deve ser analisada como a ligação entre a efetivação dos direitos sociais à presença da razoabilidade das prestações exigidas, sem olvidar ainda sobre fundos financeiros disponíveis.

E assim, continua asseverando: “entendo que a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos existentes.” (SARMENTO, 2008).

Sarmiento, 2008, assim exemplifica: “Por este critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontram em situação similar à do autor.”.

O mesmo autor assim conclui que a “Reserva do Possível” é meio de defesa do Estado, e sendo assim compete a ele o ônus de provar suas alegações, senão vejamos:

“Não basta, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para opor à concessão judicial de prestações sociais – como, infelizmente, tem ocorrido na maior parte das ações nesta matéria. É preciso que ele produza prova suficiente desta alegação.”. (SARMENTO, 2008).

Neste sentido, a jurisprudência dos Tribunais Superiores corrobora com esse entendimento. Como se vê pela seguinte ementa de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, **ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível** em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF - RE: 642536 AP , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/02/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013)

Assim como, pela seguinte jurisprudência que prevê requisitos para aplicação do referido princípio.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. **A tese da reserva do possível** assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a **obrigação impossível não pode ser exigida** (Impossibilium nulla obligatio est - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. 2. Todavia, observa-se que a **dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez**. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. 4. É por esse motivo que, **em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas**. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia. (Ementa parcial – íntegra da ementa e acórdão vide ANEXO).

(STJ, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 20/04/2010, T2 - SEGUNDA TURMA).

### 3.3 – Responsabilidade Civil por Omissão Legislativa

Nos casos em que a própria Constituição determina que seja elaborada a lei para garantia de um direito, como já foi estudado sobre as normas constitucionais de eficácia limitada, a doutrina e a jurisprudência divergem opiniões sobre o assunto, senão veja-se:

Canotilho, assim explana:

“Com efeito, a generalidade da doutrina não reconhece um *direito subjectivo dos cidadãos* à actividade legislativa. Embora haja um *dever jurídico-constitucional* do legislador no sentido de este adoptar as medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas da Constituição, a esse dever não corresponde automaticamente um *direito fundamental à legislação*” (CANOTILHO, 2003, p. 1037).

Para o professor, o entendimento é que não é vinculado como um direito ao cidadão, a atividade legislativa, contudo há um dever constitucional de legislador exerça sua atividade a fim de implementar as normas previstas pela Constituição Federal.

Ainda sobre o assunto, mas adotando uma vertente diferente, temos que:

“é também de se reconhecer a possibilidade de responsabilização do Estado. O racíonio, a propósito, há de ser idêntico ao que se desenvolveu no trato das condutas administrativas omissivas: a responsabilidade do Estado é objetiva, distinguindo-se hipóteses em que a Constituição fixa prazo para o desempenho da atividade legislativa e que o estabelecer do nexos causal independe de interpretação – *dies interpellat pro homine* -, das hipóteses em que inexistindo o prazo fixado torna-se necessário constituir o Estado em mora, mediante instrumentos próprios (ADI por omissão, mandado de injunção), para que o nexos causal, afinal, se configure” (FERRAZ, 2006, p. 220).

Nas lições do autor, entende-se que a falta de legislação própria para implementar direitos constitucionais, trata-se de uma conduta omissiva do Estado, o qual deve ser responsabilizado objetivamente por este ato.

Neste sentido, outros doutrinadores também se posicionam:

“o legislador, num sistema constitucional que reconhece o dever de proteção do Estado, não está mais livre para decidir se edita determinadas leis ou não” (GRIMM, 2007, p. 160).

E GRIMM, 2007, p. 162, segue adiante:

“Isso significa que o indivíduo cujo interesse constitucionalmente protegido pode vir a ser violado por terceiros tem uma pretensão contra o Estado caso as leis existentes não o protejam de forma suficiente. O legislador que permanece inativo, ou se recusa a agir, viola não apenas o direito constitucional objetivo, mas também o direito individual do cidadão”

Deste modo, avança o posicionamento de que a produção de leis buscando a implementação de normas constitucionais é dever do Estado. E como tal, caso se quede inerte sobre isso, deverá ser responsabilizado objetivamente.

## CONCLUSÃO

Deste modo, pode-se concluir pelo presente trabalho, que o Estado pode ser responsabilizado, objetivamente, pelas suas omissões na implementação dos direitos fundamentais. Porquanto os Tribunais Superiores vêm consolidando o entendimento que as condutas omissivas igualmente se aplicam ao §6º, do art. 37 da Constituição Federal. Assim como, fortalece-se a concepção do dever do Estado como garantidor dos Direitos Fundamentais, e, portanto a sua inércia decorreria de um dever legal de agir.

Além do mais, o óbice encontrado nas normas constitucionais de eficácia limitada, reafirmam este dever do Estado em implementar os direitos fundamentais, tanto derivado do poder executivo, através de políticas públicas, bem como pelo Poder Legislativo na elaboração de leis que visem tais concretizações limitadas na legislação anterior.

Outrossim, a dedicação ao estudo a Responsabilidade Civil do Estado é de suma importância a sociedade, visto que esse instituto possui diversas funções essenciais. Desde a mais conhecida, que é a função compensatória, isto é, quando o particular já lesionado busca o ressarcimento ou a reparação do dano suportado. Há também a função preventiva, que poderia ser considerada a mais importante entre elas, já que aqui impede-se que o dano ocorra, o que é muito mais vantajoso ao particular que não será lesionado, assim como ao Estado que assumirá perante os seus cidadãos um papel ético social e como consequências materiais, não suportará a demasiada demanda judicial indenizatória. Por fim, a função social, que se refere a todo o propósito do instituto que é alcançar a justiça material.

Foi visto ainda que o Estado como garantidor dos direitos fundamentais, não pode se valer levemente em sua defesa da teoria da reserva do possível, isto porque, não é este o objetivo da criação desta teoria, que em verdade visa limitar a obrigação estatal ao passo que isto gere um prejuízo a sociedade. Assim esta teoria deve ser aplicada com cautela e apreciada a cada caso concreto.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1954. t. 1 e 2.

ANTUNES, Adhemar Bernardes. **O direito público na Inglaterra**, na idade moderna o *Bill of Rights* – A declaração de direitos da Inglaterra – 1689. Disponível em: <[http://www.geocities.ws/cp\\_adhemar/ehd11.2\\_Bill\\_of\\_Rights\\_x.html](http://www.geocities.ws/cp_adhemar/ehd11.2_Bill_of_Rights_x.html)>. Acesso em: 08 jun. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental**. Tradução de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. 28ª ed. Rio de Janeiro: Globo, 1986. v.1.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por atos ilícitos**. Coimbra: Almedina, 1974.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALCANTE, Martha Lisiane Aguiar. **Dignidade Humana e Reserva do Possível: análise do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**, 2009. Disponível em:

<<http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2014/12/Martha-Lisiane-Aguiar-Cavalcante.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica do direitos humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERNANDES, Cláudio. **Revolução Francesa**. Disponível em: <<http://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/revolucao-francesa.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

FERRAZ, Luciano. **Responsabilidade do Estado por omissão legislativa – o caso do art. 37, X, da Constituição da República**. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 208-225.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Declarações de Direito do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 09 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRIMM, Dieter. **A função protetiva do Estado**. Trad. Eduardo Mendonça In: SOUZA, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUERRA, Sidney; MERÇON, Gustavo. **Direito constitucional aplicado à função legislativa**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

INGLATERRA, Magna Carta, 1215. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**

**Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t. 4.

\_\_\_\_\_. **Textos Históricos do Direito Constitucional**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1980.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1997. v. 3.

PFÄFFENSELLER, Michelli. **Revista Jurídica: teoria dos direitos fundamentais**, 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_85/artigos/MichelliPfaffenseller\\_rev85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/artigos/MichelliPfaffenseller_rev85.htm)> Acesso em: 03 ago. 2015.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por omissão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RECKZIEGEL, Tânia. **O Estado como Promotor dos Direitos e Garantias Fundamentais**, 2013. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=721306&action=2&destaque=false>>. Acesso em 15 ago. 2015.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTIAGO, Emerson. **Antropocentrismo**, 2013. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/filosofia/antropocentrismo/>>. Acesso em 06 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Revolução Gloriosa**, 2013. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/revolucao-gloriosa/>>, Acesso em 06 ago. 2015.

SANTOS, Maria Januária Vilela. **História Moderna e Contemporânea**. São Paulo: Ática, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. Disponível em: <<file:///C:/Users/user/Downloads/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais:** fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314.

\_\_\_\_\_. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda.** In: SOUZA, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Gil Braga de Castro e Silva, Daniela Oliveira da. **Fundações públicas:** breves comentários. UFBA, Bahia. 2004. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5001](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5001)>. Acesso em: 12 jun. 2015.

TEMER, Michel. **Elementos do direito constitucional**. 14ª ed. rev. e amp., São Paulo: Malheiros, 1998.

**ANEXO – Voto Ministro Relator Humberto Martis no Recurso Especial nº  
1.185.74/SC.**

*Superior Tribunal de Justiça*

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.474 - SC (2010/0048628-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**  
**RECORRENTE** : MUNICÍPIO DE CRICIÚMA  
**PROCURADOR** : PATRICIA TATIANA SCHIMIDT E OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):**

Cuida-se de recurso especial interposto pelo MUNICÍPIO DE CRICIÚMA, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

*"DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.*

*'1. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal. 'É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para o que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade.'*

*'2. Releva notar que uma Constitucional Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a*

## *Superior Tribunal de Justiça*

segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre-adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

'3. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

'4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

'5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

'6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dívida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

'7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insidiável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

'8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

'9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda

## *Superior Tribunal de Justiça*

*Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrija a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional' (REsp 575280/SP, rel. Min. Luiz Fux)." (fls. 199/201-e)*

Aduz o recorrente que o acórdão estadual contrariou as disposições contidas nos arts. 32 e 87 da Lei n. 9.394/96, bem como o princípio da separação dos poderes e a regra que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

Sustenta, outrossim, que *"a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil está condicionada às políticas sociais e econômicas, o que faz cer que qualquer atuação deve ser realizada na medida das suas possibilidades estruturais e financeiras"*. (fl. 218-e)

Apresentadas as contrarrazões às fls. 271/277-e, sobreveio o juízo de admissibilidade negativo da instância de origem (fls. 289/291-e).

Este Relator houve por bem dar provimento ao agravo de instrumento, para determinar a subida do presente recurso especial. (fl. 299-e)

É, no essencial, o relatório.

# Superior Tribunal de Justiça

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.474 - SC (2010/0048628-4)

### EMENTA

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias

## *Superior Tribunal de Justiça*

minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. 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.

7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, *in abstracto*, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.

9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76.

## *Superior Tribunal de Justiça*

10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.

Recurso especial improvido.

### **VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):**

**DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE**

O recurso especial comporta conhecimento, porquanto atende aos pressupostos recursais.

**DA ALEGADA VIOLAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL**

Aduz o recorrente que o acórdão estadual contrariou as disposições contidas nos arts. 32 e 87 da Lei n. 9.394/96, bem como o princípio da separação dos poderes e a regra que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

Sustenta, outrossim, que "*a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil está condicionada às políticas sociais e econômicas, o que faz cer que qualquer atuação deve ser realizada na medida das suas possibilidades estruturais e financeiras*". (fl. 218-e)

Alega que o atendimento educacional das crianças e dos adolescentes será efetivado na medida das possibilidades e de acordo com as políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo, no exercício do seu poder discricionário.

## *Superior Tribunal de Justiça*

Em suma, as razões recursais apóiam-se na tese da reserva do possível, na alegação de violação ao princípio da separação dos poderes e dos limites impostos pela legislação orçamentária.

Com efeito, observa-se que o cerne da questão diz respeito à possibilidade de efetivação, por meio de determinação judicial, de direitos fundamentais que implicam dispêndio de altos custos orçamentários.

### DA RESERVA DO POSSÍVEL

De início, é de se deixar claro que a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. Tanto é assim que a doutrina e jurisprudência germânica, conscientes da existência de limitações financeiras, elaboraram a teoria da "reserva do possível" (*Der Vorbehalt des Möglichen*), segundo a qual os direitos sociais e prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado.

Na verdade, a tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185).

Não se pode exigir da ação humana a feitura de algo impossível. O problema central é que as limitações orçamentárias vão de encontro à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, principalmente aqueles que, em regra, realizam-se com a implementação de prestações positivas pelo Estado.

É justamente nesse ponto, da efetividade, que surge o principal desafio em matéria de direitos sociais, pois, sendo eminentemente prestacionais, demandam um conjunto de medidas positivas por parte do Poder Público, e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral.

Assim, é necessário buscar uma conciliação entre a existência de limitações fáticas e a imperiosidade de efetivação dos direitos fundamentais.

Por esse motivo, é necessário analisar o que seja a reserva do possível, qual o seu alcance e em que condições a tese pode ser alegada.

Nesta tarefa, recorro-me ao direito germânico para constatar que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao buscar desenvolver a noção da "reserva do possível", firmou o entendimento de que esta apresenta, pelo menos, uma dimensão tríplice:

## *Superior Tribunal de Justiça*

a) uma dimensão fática, que diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;

b) uma dimensão jurídica, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias; e

c) por fim, na perspectiva de um eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade e razoabilidade da prestação, ou seja, aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

Feitas essas considerações, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez, que deve ser analisada com mais proficuidade.

A escassez é "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

### DA PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A pergunta que se deve fazer neste momento é: o administrador público possui, em todos os casos, carta branca para escolher as prioridades, ou seja, para decidir quais valores serão contemplados e, conseqüentemente, quais serão postergados em face da escassez dos recursos públicos? Tal pergunta deve ser respondida com cautela.

A regra é que, por atribuição constitucional, cabe ao Poder Executivo definir os programas de governo que serão tratados com prioridade; boa parte deles, referendados pela vontade manifestada nas urnas. Todavia, há um núcleo de direitos que não pode, em hipótese alguma, ser preterido, pois constitui o objetivo e fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito.

O termo "em hipótese alguma" frisa que nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo

## *Superior Tribunal de Justiça*

democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais.

Explica-se. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política.

A não priorização de direitos essenciais implica o destrato da vida humana como um fim em si mesmo, ofende, às claras, o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal reforça esse entendimento ao declarar, em seu art. 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, a Carta Cidadã de 1988 escolhe, ela própria, algumas prioridades que devem ser respeitadas pelo Poder Constituído.

Assim, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana, dentre os quais os relacionados às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais como a educação e a saúde, não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.

### DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A argumentação até aqui apresentada expõe a existência de duas questões que precisam ser conciliadas. De um lado, tem-se o real problema da ausência de recursos orçamentário; do outro, a necessidade de realização dos Direitos Fundamentais.

Entrincheirado nesse imbróglio, o Tribunal Constitucional Federal Alemão desenvolveu a tese do "mínimo existencial", segundo a qual, a impossibilidade de concretização de todos os direitos sociais não impede que as pessoas possam pleitear, no mínimo, o acesso a condições mínimas para uma vida digna.

A tese não deixa de ser uma decorrência do reconhecimento da reserva do possível. Por não haver recursos para tudo, é que se deve garantir, ao menos, o suficiente para que se possa viver com dignidade. Esse mínimo existencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade do Poder Público.

## *Superior Tribunal de Justiça*

Somente depois de atendido é que se abre a possibilidade para a efetivação de outros gastos, não entendidos, num juízo de razoabilidade, como essenciais. Por esse motivo, pelo menos *a priori*, a teoria da reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial.

Esse foi o entendimento adotado por esta Turma no julgamento do REsp 1.041.197/MS, de minha relatoria, cuja ementa se transcreve:

*"ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.*

*1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.*

*2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.*

*3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.*

*4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a*

## *Superior Tribunal de Justiça*

*ordem jurídica violada.*

**5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.**

*6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.*

*Recurso especial parcialmente conhecido e improvido."*

(REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.8.2009, DJe 16.9.2009, grifei.)

Feitas essas considerações, analisa-se, no caso concreto, o direito objeto do litígio está incluído no rol daqueles cuja observância é imprescindível para a existência digna.

Antes, mais uma consideração. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. Não deixar alguém morrer de fome é, certamente, o primeiro passo, mas não é, nem de longe, o suficiente para fazê-lo viver com dignidade.

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.

### DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Definido o conteúdo do mínimo existencial, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação.

O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social. Animal social a abelha é, a formiga é, inúmeros outros são. O traço

## *Superior Tribunal de Justiça*

diferencial do homem é a sua condição de ser um animal político; a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

A distinção é importante, pois denota a existência de uma dupla dimensão da vida humana. Há a vida natural, biológica, que faz do homem um animal como qualquer outro. Há, também, uma espécie de segunda vida, a que é exercida na esfera pública, nas relações intersubjetivas e políticas que o indivíduo realiza com os demais integrantes da sociedade.

Em Hannah Ardent, a distinção é explicada com maior maestria:

*"Segundo o pensamento grego, a capacidade humana de organização política não apenas difere mas é diretamente oposta a essa associação natural cujo centro é constituído pela casa (oikia) e pela família. O surgimento da cidade-estado significava que o homem recebera, além da vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu bios politikos. Agora cada cidadão pertence a duas ordens de existência; e há uma grande diferença em sua vida entre aquilo que lhe é próprio (idion) e o que é comum (koinon)." (ARENDR, Hannah. A Condição Humana. 10ª Edição. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2008, p. 33.)*

A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, *in abstracto*, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar.

Em outras palavras, no espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.

Eis a razão pela qual o art. 205 da Constituição Federal estabelece que:

*"Art. 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."*

No caso concreto, a matéria é ainda mais importante, pois trata do direito à educação de crianças, que, nos termos da própria Constituição Federal, possuem

## *Superior Tribunal de Justiça*

prioridade absoluta.

*"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."* (Grifei.)

Observa-se, nesse ponto, que a priorização dos investimentos na educação infantil, devido a sua essencialidade, não é resultado de opções políticas dos ocupantes momentâneos do cargo chefe do Poder Executivo, mas sim uma imposição da própria Carta Federal.

No mesmo sentido, encontra-se a legislação infraconstitucional:

*"Art. 4º da Lei 8069/90 - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."*

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de apreciar a questão em caso semelhante. No julgamento do RE 436.996/SP, o Rel. Min. Celso de Mello asseverou que a educação infantil não se expõe a avaliações meramente discricionárias da administração pública. Pela importância da decisão, transcrevo a ementa:

*"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.*

*- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).*

## *Superior Tribunal de Justiça*

- Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina."

(RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76, grifei.)

Com efeito, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto - quando a escassez é resultado de um processo de escolha das atividades que serão atendidas - ao mínimo existencial, aos direitos que a própria Constituição Federal elege como prioritários, como é o caso do direito à educação infantil.

## *Superior Tribunal de Justiça*

No caso concreto, há ainda, disposição legal específica, contida no art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, obrigando o Poder Público a prestar atendimento em creche à crianças de zero a seis anos de idade. Vejamos:

*"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:*

...

*IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade."*

Por fim, há ainda uma última questão a ser enfrentada. A atuação do Poder Judiciário deve ser excepcional, só sendo permitida nos casos em que as prioridades estabelecidas pela própria constituição, essenciais à efetivação da dignidade humana, estejam sendo preteridas em razão de programas governamentais cuja ausência de relevância seja incontestável.

Pensar diferente seria transformar o Poder Judiciário em órgão planejador de políticas públicas, em substituição à função constitucionalmente atribuída ao Poder Executivo, o que configuraria uma clara violação do princípio da Separação dos Poderes.

Portanto, é possível que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas.

Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência de recursos. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

Todavia, não se pode olvidar que a real insuficiência de recursos, mesmo quando estes estão alocados em atividades essenciais, deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.

Neste sentido:

*"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – PRETENSÃO RESISTIDA – INTERESSE DE AGIR – CONTRATO DE TELEVISÃO POR ASSINATURA (TV A CABO) – LESÃO A DIREITOS DOS USUÁRIOS – AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO – INEXISTÊNCIA*

## *Superior Tribunal de Justiça*

*DE DISCRICIONARIEDADE – VINCULAÇÃO À FINALIDADE LEGAL – RESERVA DO POSSÍVEL – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO.*

*1. Os fatos consignados pelo acórdão recorrido, noticiam que a ré resistiu à pretensão do autor da ação civil pública, motivo pelo qual, não há que se falar em ausência do interesse de agir do Ministério Público.*

*2. Nos termos do art. 19 da Lei. n. 9.472/97, compete à Anatel a obrigação de fiscalizar os serviços públicos concedidos, bem como, de reprimir as infrações aos direitos dos usuários. Com efeito, não há discricionariedade para o administrador público em realizar, ou não, a fiscalização.*

*3. A discricionariedade, porventura existente, circunscrever-se-ia na escolha do meio pelo qual a fiscalização será exercida. Todavia, ainda assim, o administrador está vinculado à finalidade legal, de modo que, o meio escolhido deve ser necessariamente o mais eficiente no desempenho da atribuição fiscalizadora.*

*4. Isto ocorre porque a discricionariedade administrativa é, antes de mais nada, um dever posto à Administração para que, diante do caso concreto, encontre dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.*

*5. A reserva do possível não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da inexistência de recursos financeiros. Requer, ademais, considerações sobre a situação orçamentária do ente público envolvido, o que esbarra na súmula 7 desta Corte Superior.*

*Recurso especial improvido."*

*(REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009, grifei.)*

No caso concreto, não houve essa demonstração por parte do recorrente. O acórdão recorrido não traz um único dado a respeito da execução orçamentária da municipalidade.

Cabe ressaltar ainda que há precedentes deste Tribunal Superior entendendo como procedente o pleito para assegurar o acesso ao atendimento público educacional em creche e pré-escola.

Nesse sentido:

*"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE*

## *Superior Tribunal de Justiça*

### *DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL. DEVER DO ESTADO.*

1. *Hipótese em que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública com o fito de assegurar a matrícula de duas crianças em creche municipal. O pedido foi julgado procedente pelo Juízo de 1º grau, porém a sentença foi reformada pelo Tribunal de origem.*

2. *Os arts. 54, IV, 208, III, e 213 da Lei 8.069/1990 impõem que o Estado propicie às crianças de até 6 (seis) anos de idade o acesso ao atendimento público educacional em creche e pré-escola.*

3. *É legítima a determinação da obrigação de fazer pelo Judiciário para tutelar o direito subjetivo do menor a tal assistência educacional, não havendo falar em discricionariedade da Administração Pública, que tem o dever legal de assegurá-lo. Precedentes do STJ e do STF.*

4. *Recurso Especial provido."*

(REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009.)

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator