



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DURVAL CARNEIRO NETO**

**DEVER E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO  
NO ATENDIMENTO DE PRETENSÕES FUNDAMENTAIS NA ÁREA  
SOCIAL:** quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o  
risco integral

**Salvador**  
**2017**

**DURVAL CARNEIRO NETO**

**DEVER E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO  
NO ATENDIMENTO DE PRETENSÕES FUNDAMENTAIS NA ÁREA**

**SOCIAL:** quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o  
risco integral

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Faculdade de Direito da Universidade  
Federal da Bahia, como requisito parcial para a  
obtenção do título de Doutor em Direito Público.

Orientador: Prof. Doutor Celso Luiz de Braga Castro

**Salvador**  
**2017**

---

C289 Carneiro Neto, Durval.

Dever e responsabilidade civil do estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social [manuscrito] : quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral / Durval Carneiro Neto. – 2017.

390 f..

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, 2017.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz de Braga Castro.

1. Responsabilidade (Direito). 2. Responsabilidade do estado. 3. Direitos fundamentais. I. Título. II. Título: quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral.

CDD 342.088

---

## **DURVAL CARNEIRO NETO**

**DEVER E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO ATENDIMENTO DE PRETENSÕES FUNDAMENTAIS NA ÁREA SOCIAL:**  
quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Público.

Orientador: Prof. Doutor Celso Luiz Braga de Castro.

Aprovado em: 11/03/2017.

### **BANCA EXAMINADORA:**

Prof. Doutor **Edvaldo Pereira de Brito** - UFBA

Prof. Doutor **Celso Luiz Braga de Castro** - UFBA

Prof. Doutor **Saulo José Casali Bahia** - UFBA

Prof. Doutor **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti** - UFPE

Prof. Doutor **Fábio Lins de Lessa Carvalho** - UFAL

## **AGRADECIMENTOS**

À Inteligência Superior, pela saúde e força de vontade.

A minha esposa Naíla e minha filha Maria Eduarda, pela paciência em aturar momentos de ausência do marido e do pai, em prol da concentração e silenciosa preparação desta tese.

Aos meus pais, Durval Filho e Olga, e minha madrinha, Nina, pelo constante incentivo, desde sempre.

Ao meu orientador, professor Celso Castro, pelas preciosas intervenções para o melhoramento desta tese.

Ao professor Edvaldo Brito, por haver me franqueado, do Mestrado ao Doutorado, o acesso a sua biblioteca particular, na qual pude ter contato com obras clássicas imprescindíveis ao desenvolvimento desta tese.

Aos professores Dirley da Cunha e Saulo Casali, pelas críticas sempre justas e construtivas.

Aos professores Francisco Cavalcanti (UFPE) e Fábio Lins (UFAL), que gentilmente se dispuseram a compor a minha banca de defesa.

A todos os que integram o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, pelo saudável convívio num ambiente de debates e reflexões sobre questões fundamentais da Ciência Jurídica.

***"Os seres humanos devem fazer escolhas difíceis. Nós não estamos mais no Jardim do Éden. O mundo não flui em leite e mel. Temos que escolher entre ar puro e carros velozes, casas maiores e parques maiores, mais trabalho e mais diversão. Os economistas não nos dizem que qualquer uma dessas coisas seja ruim. Eles apenas nos dizem que nós não podemos necessariamente ter todas elas - todas de uma vez".***

BUCHHOLZ, Todd G. **Novas ideias de economistas mortos.** Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 13.

## RESUMO

A presente tese envolve uma análise crítica acerca do conteúdo dos deveres do Estado na efetivação de direitos sociais, correlacionando o âmbito de proteção das normas constitucionais de direitos fundamentais com os parâmetros jurídicos da sua responsabilidade civil por omissão. Partindo da premissa de que a efetivação de direitos fundamentais demanda o fornecimento de uma série de prestações positivas a cargo do Estado na área social, sob a forma de bens e serviços públicos postos à disposição da coletividade, a pesquisa visa demonstrar que somente se poderá afirmar um direito subjetivo de determinado indivíduo a uma prestação concreta por parte do Poder Público quando, sob as mesmas contingências circunstanciais, for admissível reconhecer que o não fornecimento dessa prestação implicará sacrifício do direito fundamental, com o condão de gerar um direito de reparação por danos materiais e/ou morais sofridos pelo indivíduo e fazendo configurar hipótese de responsabilidade civil do Estado por omissão. Do contrário, uma vez identificada alguma excludente do nexos causal afastando a responsabilidade civil do Estado pelo não fornecimento da prestação concretamente pretendida, significa dizer que a pretensão individual terá esbarrado em limites ou restrições ao direito fundamental. Tanto as pretensões voltadas ao cumprimento dos deveres estatais quanto as direcionadas à reparação por danos decorrentes do seu descumprimento integram a ampla esfera de proteção dos direitos fundamentais, havendo entre elas uma relação de grau, daí porque refutar incondicionalmente a reserva do possível em matéria de deveres estatais significaria acolher o risco integral quanto à responsabilidade civil por omissão. Isto posto, a tese busca alinhar a dogmática da efetividade dos direitos fundamentais com a dogmática da responsabilidade civil do Estado, proclamando que se leve a sério o princípio da reserva do possível na apuração do conteúdo dos direitos subjetivos públicos, sob pena de se admitir que o Estado figure como um segurador universal.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais sociais. Deveres do Estado. Reserva do possível. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Risco integral.

## ABSTRACT

This essay involves a critical analysis of the content of government's duties in the effectiveness of social rights, correlating the scope of protection of the constitutional law with the legal parameters of its civil responsibility. By virtue of the premise that the implementation on the protection of fundamental rights demands the provision of policies under responsibility of the Government in the social area, in the form of public goods and services made available to the community, the study aims to demonstrate that a fundamental right will be established if, denied the realization of the intended benefit, its absence is to be considered the death of the fundamental right itself, thus imposing a right to seek compensation for damages due to civil liability of the Government for its inaction. In reverse, once presented a cause that excludes the civil liability of the Government for not supplying a specific service, that will mean that the individual claim has reached the boundaries or the restrictions to the fundamental right. The claims aiming the fulfillment of government duties as well as those destined to achieve damages reparation in case of absence of the former are part of the broad sphere of protection of fundamental rights, and there is a degree of relationship among them. Therefore, the rejection of the clause that the Government only can provide what is within its possibilities raises the acceptance of civil liability for omission. That said, this essay seeks to adjust the study of the guiding principles of the effectiveness of fundamental rights to those of the civil liability of the Government, proclaiming that the principle of reserve of possibilities should be taken seriously, otherwise it is accepted that government is a universal insurer.

**Keywords:** Social fundamental rights. Duties of the Government. Reserve of possibilities clause. Civil liability of the Government for omission. Theory of full risk.



## RÉSUMÉ

La présente thèse implique une analyse critique du contenu des devoirs de l'Etat dans la réalisation des droits sociaux, en corrélant la portée de la protection des normes constitutionnelles des droits fondamentaux avec les paramètres juridiques de sa responsabilité civile pour omission. En partant de la prémisse que la réalisation des droits fondamentaux exige que l'État fournisse un certain nombre de prestations positives dans le domaine social, sous la forme de biens et de services publics mis à la disposition de la communauté, la recherche vise à démontrer qu'on ne pourra affirmer un droit subjectif d'un individu particulier à une prestation concrète du pouvoir public que quand, dans les mêmes contingences circonstancielles, il sera loisible d'admettre que ne pas fournir cette prestation entraînera le sacrifice du droit fondamental, avec la faculté de générer un droit de réparation pour les dommages matériels et/ou moraux subis par l'individu et de configurer l'hypothèse de la responsabilité civile de l'État pour omission. Sinon, si l'on identifiait un élément excluant la relation de cause à effet, exonérant l'État de sa responsabilité civile pour ne pas avoir fourni la prestation concrètement souhaitée, cela signifie que la demande individuelle se sera heurtée à des limites ou à des restrictions au droit fondamental. Autant les demandes s'adressant à l'accomplissement des obligations de l'état que celles s'adressant à la réparation suite aux dommages découlant de l'inobservation de ceux-ci font partie du vaste domaine de la protection des droits fondamentaux, une relation de hiérarchie existant entre elles, d'où le fait que réfuter inconditionnellement la réserve du possible en matière d'obligations de l'État signifierait accueillir le risque intégral quant à la responsabilité civile pour omission. Cela dit, la thèse vise à aligner la dogmatique de l'effectivité des droits fondamentaux avec la dogmatique de la responsabilité civile de l'État, en proclamant que l'on prenne au sérieux le principe de réserve du possible dans la détermination du contenu des droits subjectifs publics, sous peine d'admettre que l'Etat figure comme un assureur universel.

**Mots-clés** : Droits sociaux fondamentaux. Obligations de l'État. Réserve du possible. Responsabilité civile de l'État pour omission. Risque élevé.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2</b>	<b>AS PRETENSÕES FUNDAMENTAIS E O PAPEL DO ESTADO</b> .....	18
2.1	A CORRELAÇÃO ENTRE DEVERES E DIREITOS <i>LATO SENSU</i> .....	18
2.2	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	29
2.2.1	<b>Historicidade dos direitos fundamentais</b> .....	29
2.2.2	<b>O conteúdo dos direitos fundamentais</b> .....	34
2.2.3	<b>Limites e restrições aos direitos fundamentais</b> .....	44
2.2.4	<b>Perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais</b> .....	55
2.2.5	<b>Situações jurídicas fundamentais e direitos subjetivos</b> .....	63
2.2.6	<b>Direitos de defesa e direitos a prestações</b> .....	78
2.3	OS DEVERES DO ESTADO PRESTADOR.....	82
2.3.1	<b>Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito</b> .....	82
2.3.2	<b>Estado Intervencionista: prestador, regulador e fomentador</b> .....	96
2.3.3	<b>Prestações estatais em sentido amplo e restrito</b> .....	112
2.3.4	<b>Pretensões fundamentais e ativismo judicial</b> .....	117
2.3.5	<b>Das normas programáticas ao sopesamento de princípios</b> .....	129
<b>3</b>	<b>A RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE A PRETENSÕES FUNDAMENTAIS</b> .....	142
3.1	O CUSTO DOS DIREITOS PARA O ESTADO.....	142
3.1.1	<b>Todos os direitos demandam alguma prestação estatal</b> .....	142
3.1.2	<b>Todos os direitos tem um custo</b> .....	148
3.1.3	<b>O custo dos serviços públicos gerais e singulares</b> .....	152
3.2	REGIME JURÍDICO DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	162
3.2.1	<b>Origem e importação para o direito brasileiro</b> .....	162
3.2.2	<b>A reserva do possível como princípio constitucional</b> .....	172
3.2.3	<b>A reserva do possível e o conteúdo dos direitos fundamentais</b> .....	177
3.3	PARÂMETROS APLICATIVOS DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	183
3.3.1	<b>Os graus de escassez</b> .....	183
3.3.2	<b>A reserva do possível como limite negativo do direito fundamental</b> .....	197
3.3.2.1	<i>Limites positivos e negativos dos direitos</i> .....	197
3.3.2.2	<i>O mínimo existencial</i> .....	202
3.3.2.3	<i>A ponderação entre limites positivos e negativos</i> .....	211

3.3.3	A reserva do possível como restrição ao direito fundamental.....	218
3.3.4	A "restrição às restrições" e a reserva do possível.....	226
4	<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO NÃO ATENDIMENTO DE PRETENSÕES FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>236</b>
4.1	NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	236
4.1.1	Responsabilidade civil em sentido restrito.....	236
4.1.2	Responsabilidade civil e a erosão dos filtros de reparação.....	241
4.1.3	Responsabilidade civil e dano indenizável.....	249
4.2	TEORIAS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	255
4.2.1	Irresponsabilidade, culpa, risco administrativo, integral e social.....	255
4.2.2	A responsabilidade civil do Estado no Direito brasileiro.....	263
4.2.3	O problema da responsabilidade civil do Estado por omissão.....	268
4.2.4	A gradativa aplicação da teoria do risco às omissões estatais.....	278
4.2.5	O repúdio à teoria do risco integral como regra geral.....	287
4.3	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E RESERVA DO POSSÍVEL... ..	306
4.3.1	Inocorrência de danos nos limites a direitos fundamentais.....	308
4.3.2	Danos não indenizáveis nas restrições a direitos fundamentais.....	321
4.3.3	Danos indenizáveis nos sacrifícios a direitos fundamentais.....	331
5	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>354</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>377</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Passados quase trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a plena efetividade dos direitos fundamentais no Brasil parece um ideal inalcançável, persistindo o grande hiato entre o discurso dogmático e a realidade. Por mais que já tenhamos avançado em termos de indicadores sociais, possibilitando à população carente maior acesso a prestações estatais em áreas como a saúde, educação, segurança, saneamento básico, moradia e assistência social, o esforço ainda não se revelou suficiente para o que se espera de um Estado Democrático de Direito.

Além da profunda desigualdade que subsiste em nossa sociedade desde os tempos de colônia, tornando difícil, para uma grande massa de indivíduos, o acesso aos meios materiais necessários a sua emancipação e crescimento, ainda são muitos os fatores que influenciam na baixa efetividade dos mecanismos que deveriam concretizar os direitos fundamentais garantidos a todos pela Constituição, mormente os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos fundamentais sociais). A grande demanda de serviços na área social, somada à falta de planejamento adequado e o consequente desperdício ou mau emprego de recursos públicos, costumam ser apontados como as principais causas de uma máquina estatal custosa e ineficiente. Isso sem falar dos desvios bilionários de recursos por conta do alto índice de corrupção governamental, tal como revelado nas recentes operações de combate ao crime organizado e à lavagem de dinheiro, de notório conhecimento e com repercussão internacional<sup>1</sup>.

Por outro lado, não obstante os obstáculos históricos e operacionais, cabe refletir se o Estado brasileiro já contava, ao tempo da promulgação da Carta cidadã, com os meios financeiros disponíveis a tornar real tudo aquilo que nela se estabeleceu em termos de prestações materiais a serem fornecidas pelo Poder Público para toda a população. Ainda que sob a forma de programas, a nossa Constituição impôs ao Estado uma série de deveres correlatos a direitos

---

<sup>1</sup> Levantamento divulgado pela ONG Transparência Internacional aponta que o Brasil fechou 2016 ocupando o 79º lugar num *ranking* sobre a percepção da corrupção no mundo composto por 176 nações. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/brasil-piora-posicao-em-ranking-internacional-de-corrupcao>. Acesso em: 27/01/2017.

fundamentais, cobrando-lhe a efetiva concretização na medida em que, como pontuado pela moderna doutrina constitucionalista, mesmo as normas programáticas detêm força prospectiva, não se podendo mais interpretá-las como meras recomendações políticas. Há de se perguntar, então, mesmo considerando o crescimento econômico já alcançado pelo país, de que modo as prestações materiais a cargo do Estado brasileiro podem ser suficientemente supridas de forma igualitária a todos que precisam.

A solução para os problemas sociais não pode estar apenas no plano do discurso retórico. Para que sigamos atribuindo ao estudo do Direito uma aura racional e científica, com um mínimo de lógica na abordagem epistêmica que inspira as suas construções teóricas, não se pode pensar num modelo de *direitos* desvincilhado de um modelo de *deveres*, nem num modelo de deveres que não encontre suporte num coerente modelo de *responsabilidades*.

Ao se proclamar que certas pessoas gozam de direitos, parte-se do pressuposto de que outras pessoas sujeitam-se a uma série de deveres a cumprir, ajustando o seu comportamento em prol daqueles direitos. Logo, não há como sequer se definir concretamente o objeto e o alcance dos direitos se não houver, em contrapartida, a precisa identificação dos deveres a eles relacionados, significando dizer que a própria realização dos direitos pressupõe um adequado regime jurídico de responsabilidade para o caso de descumprimento de deveres.

*Direito, dever e responsabilidade*: eis o tripé sobre o qual se constrói e se conforma, em termos de efetividade, o ordenamento jurídico.

Fincada essa premissa, o presente estudo tem por finalidade analisar a correlação entre os deveres e a responsabilidade civil do Estado na área social, sem o que não se poderá examinar adequadamente o âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais e as prestações a cargo do Poder Público nesta seara.

À medida em que se sustenta que todos os indivíduos usufruem de amplos direitos fundamentais sociais cuja implementação depende necessariamente de prestações materiais a cargo do Estado, cumpre igualmente defender que estes indivíduos, uma vez frustrados na concretização dos seus direitos por omissão do Poder Público em propiciar tais prestações, poderão responsabilizá-lo civilmente, sendo o Estado obrigado a reparar os danos daí decorrentes. *A contrario sensu*, se

com base em algum motivo justificado se entender inexistir responsabilidade civil pela ausência de prestações estatais no nível de satisfação desejado pelos indivíduos, deve-se igualmente compreender que os direitos fundamentais relacionados a ditas prestações encontram, em certos contextos, limites ou restrições a sua efetividade e, portanto, não se poderá afirmar tenham sido sacrificados por fato imputado ao Poder Público.

A dogmática da efetividade dos direitos fundamentais precisa estar afinada com a dogmática da responsabilidade civil do Estado, evitando que o sistema jurídico se apresente incoerente e ineficaz, fomentando a desigualdade de tratamento.

Esse cuidado, ao que parece, não vem tendo a doutrina e a jurisprudência brasileiras, bem fartas ao impor deveres ao Poder Público visando o fornecimento de bens e serviços reputados imprescindíveis à proteção de direitos fundamentais, ao passo que, quando se trata de responsabilizar civilmente o Estado por danos decorrentes de omissões relacionadas àqueles deveres, tem-se argumentado de modo bem mais restritivo, refutando-se a teoria do risco integral, salvo em hipóteses excepcionais. Nesse passo, é um contrassenso que se aponte, de um lado, amplos deveres do Estado como garantidor de prestações materiais fundamentais, enquanto, de outro lado, construções teóricas procurem afastar a sua responsabilidade civil por omissão nos casos em que estas mesmas prestações não se revelem suficientes, seja por se considerar inexistente a culpa administrativa, seja, ainda, por se afastar o nexo causal do risco administrativo.

O tema tem relação com a *reserva do possível*, figura por alguns criticada como sendo fruto de discurso ideológico e falacioso que apenas serviria de alibi para a não implementação de direitos fundamentais no Brasil. Tal crítica, todavia, merece uma melhor reflexão, eis que a máxima ampliação do campo fático de deveres da Administração Pública implicaria que se ampliasse, igualmente ao máximo, as hipóteses de responsabilidade civil do Estado quando estes deveres não viessem a ser cumpridos, em prejuízo dos administrados.

Ocorre que o âmbito de proteção de um direito fundamental encontra inevitáveis barreiras jurídicas na capacidade econômica do Estado, não apenas no tocante aos custos da prestação positiva pretendida pelo indivíduo, mas, também, levando em conta os custos que teria eventual reparação por danos decorrentes da

inação estatal, incidindo a reserva do possível na própria delimitação do suporte fático da norma embasadora do direito questionado, bem como no exame das restrições a sua efetividade. Assim, somente se pode falar em direito subjetivo a uma prestação e dever estatal correlato quando racionalmente se puder afirmar que o Estado dispõe de meios para atendê-la ou ser civilmente responsabilizado pelo não atendimento.

Refutar inadvertidamente a reserva do possível no que diz respeito aos deveres estatais voltados à efetivação de direitos fundamentais significaria acolher, nesta seara, a teoria do risco integral quanto à responsabilidade civil por omissão, o que não se tem admitido, pois não se pode proteger interesses que não sejam ao menos factíveis em termos de recursos materiais e financeiros razoavelmente disponíveis para a sua proteção.

Imaginar direitos fundamentais sociais que independam da reserva do possível seria transformar o Estado num *segurador universal*, tal como ocorreria ao se aplicar a teoria do risco integral em matéria de responsabilidade civil por omissão, imputando ao Poder Público a obrigação de reparar todos os danos relacionados à não efetivação de tais direitos. Todavia, se hipoteticamente não se mostra viável responsabilizar o Estado por danos decorrentes do não fornecimento de um bem ou serviço específico a determinado indivíduo e no nível de satisfação por este desejado, não se pode defender que tenha o respectivo dever de assim fornecê-lo.

Ainda que não seja fácil apontar o que é ou não *possível* em termos de efetividade de direitos - sobretudo numa grande economia como a brasileira e considerando o nosso histórico quadro de desigualdade social, desperdício e má aplicação de recursos públicos - há de se presumir que deva existir, em alguma medida, *limites* e *restrições* aos direitos fundamentais, por conta da escassez de bens econômicos, não se podendo pensar nos fins dissociados dos meios para assegurá-los. Sem olvidar que o Estado deve assumir o seu importante papel de garantir ao máximo a efetividade dos direitos sociais, não se pode ignorar, dentre outros aspectos, as dificuldades financeiras enfrentadas pela Administração Pública no cumprimento desse desiderato, sendo necessário alocar recursos para fazer frente a todos os gastos aí envolvidos. Empregar o Direito contra a realidade dos fatos torna-o promessa vã, assumindo caráter formal e meramente simbólico.

Parafraseando Dworkin, da mesma forma que se deve *levar os direitos a sério*<sup>2</sup>, deve-se também levar a sério os obstáculos relacionados à efetiva implementação dos direitos. Cumpre, então, seguir um modelo de garantias que seja coerente em termos de deveres e responsabilidades do Estado, duas faces de uma mesma moeda. Só se pode reconhecer um *dever estatal* (correlato a um direito subjetivo) em situações nas quais o descumprimento desse dever faça surgir inexoravelmente a *responsabilidade* do Estado.

Nesse diapasão, o presente estudo buscará demonstrar que a inter-relação entre essas duas faces há de ser extraída do confronto entre as teorias que buscam moldar o papel do Estado no tocante à prestação de serviços públicos essenciais e as teorias que delimitam a sua responsabilidade civil por omissão em tal prestação.

Na primeira parte deste trabalho (item 2), abordaremos as pretensões fundamentais e o papel do Estado na sua satisfação. Iniciaremos explicando porque todo direito se prende a algum tipo de dever, tomadas as expressões "direito" e o "dever" num sentido amplo, razão pela qual a locução "ter direito" pode conduzir a muitos tipos de obrigações a cargo daqueles a quem cumpre respeitar os direitos, variando as situações jurídicas subjetivas de modo a nem sempre se estar diante de um direito subjetivo em sentido estrito. E mesmo nas situações jurídicas em que configurados direitos subjetivos, há de se examinar o conteúdo e o alcance dos deveres a eles correspondentes.

Em seguida, avançaremos sobre o tema dos direitos fundamentais, percorrendo sobre a sua historicidade e examinando as principais teorias que se ocuparam de estudar o seu conteúdo. Para isso, adentraremos em aspectos relacionados aos limites dos direitos fundamentais e as restrições a sua efetividade, mesclando posições tomadas tanto pelos adeptos da teoria interna e do suporte fático restrito das normas de direitos fundamentais, quanto pelos defensores da teoria externa e do suporte fático amplo.

Trataremos das perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, investigando, no tocante a estas últimas, em que consistem as mais variadas situações jurídicas fundamentais, notadamente aquelas que a doutrina vem apontando como direitos subjetivos. Partindo das construções teóricas que se valem

---

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



da dicotomia entre os direitos de defesa e os direitos a prestações, analisaremos como são identificados os deveres do Estado prestador e sua evolução desde o paradigma do Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito.

Reconhecendo o importante papel do intervencionismo estatal no atual contexto econômico-social brasileiro, examinaremos, ainda na primeira parte, a diferença de enfoque que a doutrina do Direito Público vem dando aos modelos de atuação do Estado, ora agindo como prestador de serviços públicos, ora como regulador de atividades privadas ou como fomentador do desenvolvimento. Com base nisso, distinguiremos as situações em que se está diante de prestações estatais em sentido amplo ou em sentido restrito. Por fim, incursionaremos na problemática do ativismo judicial e a evolução dogmática que se deu após o advento da Constituição Federal de 1988, desde as primeiras concepções voltadas para o exame da eficácia das normas programáticas até a adoção de teorias fundadas na ideia de ponderação (sopesamento) dos princípios constitucionais nos casos concretos.

Na segunda parte (item 3), será enfrentado o tema da reserva do possível diante das pretensões fundamentais e o custo dos direitos, tomando como ponto de partida a premissa de que todo e qualquer direito sempre demanda alguma prestação por parte do Poder Público e, por conseguinte, envolve o emprego de recursos públicos.

Diante dessa constatação, para que se possa avaliar o nível de qualidade no atendimento das demandas coletivas e individuais envolvendo direitos fundamentais, será preciso levar em conta também os mecanismos de captação de recursos empregados para suprir as despesas da máquina estatal, o que varia conforme se trate de serviços públicos prestados à coletividade como um todo e usufruídos indiretamente pelos indivíduos (serviços *uti universi*) ou serviços que possam ser usufruídos diretamente por cada indivíduo (serviços *uti singuli*).

Com atenção a categorias estudadas pela Economia, analisaremos como se deve operar racionalmente a função alocativa de recursos públicos, seja nos casos em que o Estado busque atender a necessidades de caráter geral, fornecendo bens cujo consumo por um indivíduo não afete o consumo por outro (bens coletivos ou de consumo não rival), seja quando a prestação estatal se dê em caráter individual, por

meio de bens cujo consumo por determinado indivíduo exclua automaticamente o consumo por outros indivíduos (bens exclusivos ou de consumo rival).

Em seguida, ainda na segunda parte, passaremos a abordar o regime jurídico da reserva do possível, investigando como se deu a sua origem e importação para o Direito brasileiro. Defenderemos tratar-se de um princípio constitucional a ser também aplicado quando do exame do conteúdo dos direitos fundamentais, razão pela qual torna-se necessário apontar parâmetros aplicativos da reserva do possível que considerem os graus de escassez dos bens disponíveis para suprir a demanda social. Por conseguinte, lançaremos argumentos que permitam identificar a reserva possível tanto como limite do direito fundamental, quanto como restrição ao direito fundamental.

Por fim, na terceira parte (item 4), miraremos no tema da responsabilidade civil do Estado diante do não atendimento de pretensões fundamentais, atentando para as principais teorias acolhidas pela doutrina e pela jurisprudência quando se trata de apurar o dever de reparação dos danos decorrentes de omissões estatais.

Será mostrado como tem sido da tradição do Direito brasileiro o repúdio à teoria do risco integral, somente admitido em situações excepcionais. Nessa linha, apontaremos critérios de identificação das situações envolvendo limites ou restrições a direitos fundamentais, as quais não podem dar azo à reparação, somente se cogitando de danos indenizáveis nos casos em que for constatado efetivamente um sacrifício ao direito fundamental por omissão do Estado. Enfocando na necessária correlação existente entre os deveres do Estado e a sua responsabilidade civil, inclusive nas situações de danos relacionados a direitos fundamentais, apontaremos a reserva do possível como uma excludente de responsabilidade, ressalvadas apenas as hipóteses em que se admita excepcionalmente a aplicação da teoria do risco integral.

Esperamos que ao final desta pesquisa tenhamos apresentado argumentos sólidos e convincentes a demonstrar que a dogmática da responsabilidade civil do Estado por omissão há de servir também como parâmetro para se chegar ao próprio conteúdo do direito fundamental, operando no exame da juridicidade dos limites e restrições que circunstancialmente impeçam a sua configuração e efetividade.

## 2 AS PRETENSÕES FUNDAMENTAIS E O PAPEL DO ESTADO

### 2.1 A CORRELAÇÃO ENTRE DEVERES E DIREITOS *LATO SENSU*

Tomado o Direito sob duplo aspecto, objetivo e subjetivo, segue-se que tudo que se revela como *fenômeno jurídico* ora se traduz no conjunto de normas e instituições integrantes de um ordenamento (aspecto *objetivo*), ora no conjunto de *direitos* ou *deveres* daqueles cujas condutas são reguladas por este ordenamento (aspecto *subjetivo*).

Tércio Ferraz aponta o fenômeno objetivo como "um dado cultural, composto de normas, instituições", ao lado do fenômeno *subjetivo* que faz "dos sujeitos, titulares de poderes, obrigações, faculdades, estabelecendo entre eles relações", lembrando, inclusive, que a língua inglesa se vale de terminologias distintas para definir esses dois aspectos, utilizando a palavra "law" para o fenômeno objetivo e "right" para o fenômeno subjetivo<sup>3</sup>. Flávio Galdino também salienta que se a regra entre os idiomas tem sido empregar as mesmas palavras para designar significados diferentes (*diritto, recht, derecho, droit*), a língua inglesa constitui exceção, ao empregar termos distintos para referir ao direito objetivo (*law*), à ciência dedicada ao direito (*jurisprudence*) e ao direito subjetivamente considerado (*right*)<sup>4</sup>.

Hans Kelsen já havia apontado essa dicotomia da língua inglesa: *right*, designando o direito subjetivo de um determinado sujeito, e *law*, a ordem jurídica como direito objetivo<sup>5</sup>. Esses dois aspectos complementam-se com a função precípua de garantir a convivência social, não sendo exagerado afirmar que todos os grandes debates da ciência jurídica giraram em torno de questões relacionadas ao que está disposto no ordenamento jurídico ou a quais são as posições jurídicas subjetivas dele extraídas. É indissociável, portanto, a compreensão do Direito

---

<sup>3</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 145.

<sup>4</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3-4.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 141.

enquanto *norma* e enquanto *direitos* ou *deveres*. Vale dizer: qualquer teoria que intente apontar o conteúdo e o alcance dos direitos e deveres terá de necessariamente estar em conexão lógica com alguma teoria explicativa da estrutura e interpretação das normas do ordenamento jurídico.

Sem o adequado entendimento desta conexão lógica será inevitável o risco de confusão ou reducionismo em torno do problema; tal ocorre, por exemplo, quando se critica uma teoria dos direitos fundamentais sem atentar para a teoria da norma que lhe serve de subsídio, como veremos adiante. Por ora, dado o aspecto subjetivo do direito, mas sem descuidar da sua conexão com o aspecto objetivo que lhe dá substância<sup>6</sup>, pretendemos aqui tratar de direitos e deveres no sentido mais amplo possível, sentido este que nos permitirá afirmar não se poder falar em *direito* desprovido de algum *dever* correlato.

Eis a primeira premissa que servirá de lastro às conclusões da presente tese: *só se pode falar em direito (em benefício de alguém) onde houver algum tipo de dever correlato (por parte de outrem)*, podendo variar, é bem verdade, o conteúdo e o alcance dos direitos, conforme a extensão dos deveres que lhes garantem a efetividade.

Dado o caráter *imperativo-atributivo* do Direito<sup>7</sup>, a adequada identificação do conteúdo e do alcance dos direitos e deveres impõe que se lhe compreenda enquanto fenômeno subjetivo, o qual, se por um lado não pode ser examinado de modo dissociado do fenômeno objetivo, por outro lado não deve ser com este confundido, nem ficar a este reduzido. No atual estágio de respeito aos direitos fundamentais e ante o destaque que se tem dado ao valor da dignidade da pessoa humana, não convém mais encarar o Direito apenas como um fenômeno objetivo irradiador de consequências jurídicas recaídas sobre as pessoas, tomadas estas como simples objetos de condutas impostas pelas normas jurídicas.

---

<sup>6</sup> Como salienta Flávio Galdino, a norma jurídica e a situação jurídica subjetiva construída a partir dela "são partes indissociáveis do mesmo fenômeno de aplicação/criação do Direito" Daí porque "pode-se estudar os direitos fundamentais enquanto normas (direito objetivo) e enquanto direitos subjetivos". GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 5-6.

<sup>7</sup> "Imperatividade-atributividade são características do Direito, cujas normas, ao mesmo tempo em que impõem deveres, conferem faculdades, numa bilateralidade de vinculações e de efeitos". BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Teoria geral do direito. Rio de Janeiro: Forense**, 1982, p. 644.

O Direito não se resume a uma ordem coativa de conduta humana, como parece haver sido a proposta predominante do normativismo kelseniano, ao direcionar o foco da ciência jurídica ao fenômeno objetivo. De certa forma, Kelsen até reconheceu o fenômeno subjetivo, contudo, ao descrevê-lo, atribuiu maior ênfase aos deveres jurídicos dos quais os direitos seriam meros reflexos<sup>8</sup>, ao passo que tanto os deveres quanto os direitos recairiam sobre os homens enquanto *objetos* da norma jurídica<sup>9</sup>. Nesse último ponto merece crítica a sua teoria dos direitos subjetivos, sem descartar, contudo, o acerto das suas conclusões quando indica haver uma necessária correlação entre direitos e deveres, tal como aqui pressupomos.

Concordamos com a afirmação de que "o direito reflexo de um consiste apenas no dever de outro"<sup>10</sup>, todavia, é preciso dar aos direitos subjetivos a sua devida importância como um dado em si mesmo, digno de destaque e atenção pela ciência jurídica, em respeito à dignidade da pessoa humana. Como ressalta Tércio Ferraz, a ideia de *liberdade* como uma qualidade interna da vontade individual, tal como veio a ser concebida na Era Moderna, "é um elemento precioso para dizer que o direito subjetivo constitui uma realidade por si: o direito objetivo apenas a reconhece e lhe dá as condições de exercício"<sup>11</sup>. Dito isso, o fenômeno subjetivo não deve ser relegado a um plano secundário, sendo um importante aspecto a considerar no estudo do Direito, sem o que não se pode compreendê-lo adequadamente.

Direcionado o foco ao fenômeno subjetivo, na amplitude semântica que conferimos aos *direitos* e *deveres*, podemos então dizer que o mundo do Direito é o das normas e deveres impostos aos membros da comunidade, sendo tais deveres, contudo, estabelecidos para se garantir o respeito aos direitos consagrados pelo

---

<sup>8</sup> Nas palavras do jurista austríaco, "esta situação, designada como 'direito' ou 'pretensão' de um indivíduo, não é, porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. Se, neste caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma pretensão de um indivíduo, como se este direito ou esta pretensão fosse algo de diverso do dever do outro (ou dos outros), cria-se a aparência de duas situações juridicamente relevantes onde só uma existe. A situação em questão é esgotantemente descrita com o dever jurídico do indivíduo (ou dos indivíduos) de se conduzir por determinada maneira em face do outro indivíduo". KELSEN, Hans. **Op. cit.**, p. 142.

<sup>9</sup> "Visto que o direito reflexo se identifica com o dever jurídico, o indivíduo em face do qual existe este dever não é tomado juridicamente em consideração como 'sujeito', pois ele não é sujeito deste dever. O homem em face do qual deve ter lugar a conduta conforme ao dever é apenas objeto desta conduta, tal qual o animal, a planta ou o objeto inanimado em face do qual os indivíduos estão obrigados a conduzirem-se por determinada maneira". **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>10</sup> **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>11</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio. **Op. cit.**, p. 146-147.

ordenamento. No universo desses direitos, em sentido amplo, poderão ser identificados direitos em sentido mais estrito e com características específicas.

Conforme a aguçada percepção de Pontes de Miranda, ao reputar inócua a discussão sobre o que vem primeiro - se o direito ou o dever<sup>12</sup> -, a partir do momento em que numa comunidade se reconhece que um indivíduo tem "direitos", significa dizer que cumpre a outros indivíduos adotar comportamentos de respeito a tais direitos, ainda que sejam, e geralmente são, diversas as maneiras pelas quais esse respeito se colocará em prática sob a forma de "deveres" a cumprir. O exercício de um direito pode abranger uma série de faculdades e poderes conferidos ao seu titular; assim como, para que não ocorra violação do direito, cabem diversas ações ou omissões por parte daqueles a quem cumpre respeitá-lo. Em todo caso, frise-se, sempre haverá, ao lado do *direito*, a figura do *dever*.

É precisamente estabelecendo deveres que o ordenamento jurídico busca consagrar direitos; ou se preferir, para consagrar direitos o ordenamento necessita estabelecer deveres a eles correspondentes.

Essa premissa pode ser ancorada mesmo em Kelsen, no ponto específico em que o jurista explica a correlação entre direito e dever, considerando que, apesar de haver deveres jurídicos sem direitos reflexos que lhes correspondam imediatamente<sup>13</sup>, um direito somente pode existir se e enquanto houver algum dever jurídico dando-lhe lastro<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> "Não há falsidade na afirmação de que o direito nasce do dever, como rigorosamente, não existe na de que o dever provém do direito: são pontos de mira a reta AB vista de A para B, ou de B para A, o que representa a mesmíssima coisa. Se é certo que a criação do dever produz imediatamente, para o destinatário, o direito, não o menos que a de um direito importa o surgir do dever. Objetivamente, nem uma coisa nem outra tem sentido. A anterioridade da constituição do dever ou a do direito é puramente ilusória, ou, quando muito, aparente, como se a lei cria o direito ou cria o dever. A linha não é AB nem BA; a nós é que se deve a designação, que, embora atenda à ordem dos pontos, designa a mesma linha, porquanto não há nenhuma sucessividade nos pontos que a geram. A regra estatui: direito e dever são aspectos ou lados, ativo e passivo, beneficiado ou beneficiante, da relação jurídica, que é a única realidade perfeitamente analisável, porque é a linha que AB ou BA pretendem designar e, decerto, subjetivamente designam". PONTES DE MIRANDA. **Sistema de ciência positiva do direito: introdução à ciência do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t II, p. 170.

<sup>13</sup> Kelsen reconhece haver casos em se admite "um dever jurídico sem um direito reflexo que lhe corresponda. Tal acontece, por exemplo, no caso das normas jurídicas que prescrevem uma determinada conduta dos indivíduos em face de certos animais, plantas ou objetos inanimados, sob cominação de uma pena, como sucede quando é juridicamente proibido matar certos animais - em determinadas épocas ou em qualquer época - ou colher certas flores, abater certas árvores ou destruir certos edifícios ou monumentos historicamente significativos. São deveres que - imediatamente - subsistem perante a comunidade jurídica, interessada nestes objetos. Mas nem por isso são admitidos direitos reflexos dos animais, das plantas e dos objetos inanimados em face dos quais estes deveres imediatamente subsistem". KELSEN, Hans. **Op. cit.**, p. 143. Este

Urge enfatizar que, por ora, estamos empregando a locução "direito" no sentido amplo, o que obviamente varia conforme aquilo que estivermos tratando como "dever". É um sentido bem mais lato do que o que a doutrina clássica conferiu ao conceito de *direito subjetivo*, assim como "dever" haverá aqui de albergar um campo de significação que vai além daqueles comportamentos que visam assegurar cumprimento de obrigações em prol de direitos subjetivos.

Pode soar inconveniente tomar-se os referidos conceitos de modo tão amplo, quando se sabe que tanto mais útil será um conceito quanto mais preciso se revelar em termos de identificação dos fenômenos que se busca, por meio dele, categorizar, ao passo que conceitos demasiadamente amplos acabam se tornando inúteis. Daí ser recomendável que os conceitos amplos sejam depois desenvolvidos em conceitos menores, adotando-se, para isso, novas classificações que detalhem melhor as distintas situações abarcadas no seu âmbito de significação.

Não obstante, qualquer classificação sempre haverá de indicar um ponto de partida, traçando as categorias originárias que servirão de premissa para todo o raciocínio seguinte e com vistas às quais serão elaboradas as categorias derivadas, consoante as variáveis que forem sendo realçadas como elementos de distinção em cada grupo conceitual. Logo, sendo inevitável eleger-se uma base conceitual sobre a qual se erguerá todas as demais descrições, optamos aqui por utilizar os termos "direito" e "dever" na função de categorias originárias, justamente por serem as expressões mais empregadas em sentido genérico na representação de comportamentos ativos e passivos que cabem às pessoas numa sociedade. Dita opção, outrossim, leva em conta a própria amplitude com que tais termos tem sido utilizados nas legislações, notadamente nos textos das modernas Constituições.

A leitura do texto da Constituição brasileira de 1988 revela que a palavra "direito" é ali empregada em inúmeras passagens e com distintos alcances significativos, quando, *v.g.*, o legislador constituinte tratou do *direito* à vida (art. 5º, *caput*), do *direito* à moradia (art. 6º, *caput*), do *direito* ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, no mínimo de trinta dias (art. 7º, XXI), da vedação à cassação de

---

posicionamento clássico, contudo, não mais se coaduna com a concepção contemporânea de direitos transindividuais, consoante discorreremos mais à frente.

<sup>14</sup> "Em todo caso, um direito reflexo não pode existir sem o correspondente dever jurídico. Apenas quando um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta em face de um outro tem este, perante aquele, um 'direito' a esta conduta. Sim, o direito reflexo de um consiste apenas no dever do outro". **Ibid.**, p. 144.

*direitos* políticos (art. 15), do *direito* à livre associação sindical e à greve no serviço público civil (art. 37, VI e VII), do *direito* à saúde (art. 196), do *direito* à educação (art. 205), dos *direitos* culturais (art. 216-A), do *direito* ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), dos *direitos* referentes à sociedade conjugal (art. 226, §5º), do *direito* da criança, adolescente e jovem à convivência familiar (art. 227), dos *direitos* originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 231) etc.

Além desse largo catálogo de "direitos", com os mais variados conteúdos e alcances, a nossa Carta Magna faz alusão indiscriminada a amplos "deveres" que tem o Estado, o Poder Público, a coletividade, a sociedade e até mesmo a família, tais como o *dever* de garantir a saúde (art.196) e a educação (art. 208), o *dever* de fomentar práticas desportivas (art. 217), o *dever* de defender e preservar o meio ambiente (art. 225), o *dever* de assegurar direitos à criança, ao adolescente e ao jovem (art. 227) etc.

Esta extensa noção de direitos e deveres tem sido a predominante no senso comum, quando se percebe que mesmo as pessoas leigas e desabitadas no trato com a ciência jurídica compreendem basicamente o fenômeno do Direito como um delimitador de possibilidades de comportamento, daquilo que se deve ou não se deve fazer, o que se pode pretender ou se tem de suportar, tudo isso sendo traduzido, no sentido popular, em termos de "direitos" e "deveres". Obviamente os elementos conceituais nas classificações científicas não precisam estar necessariamente ancorados na percepção do senso comum, contudo, sendo a finalidade precípua do Direito a ordenação da convivência social, tanto melhor se a terminologia científica puder valer-se satisfatoriamente da linguagem coloquial para traçar os seus conceitos, quando não haja risco de comprometer a exatidão das definições jurídicas.

Sabe-se que o Direito é um produto cultural, a serviço da convivência humana. Posto se trate de um fenômeno ao mesmo tempo objetivo e subjetivo, seu ponto de maior destaque, revelando a sua constante presença na vida dos homens, está na convicção que tem a comunidade acerca dos *direitos* consagrados e dos *deveres* impostos pelo ordenamento. Uma ordem normativa sem esta convicção é palavra ao vento. Destarte, por mais polissêmica que se revele a palavra "direito"<sup>15</sup> -,

---

<sup>15</sup> Seja ela tomada no sentido de conjunto de normas e institutos jurídicos que integram o Direito enquanto fenômeno objetivo, seja para designar situações jurídicas subjetivas nas quais se



não se olvida que as noções de *direitos* e *deveres* somente encontram aplicação no contexto da convivência humana e na cultura de cada povo.

Constitui lição antiga a de que onde houver espaço social, haverá Direito, sendo este um dado cultural anterior ao próprio surgimento do Estado nas ordens mais primitivas. No dizer de Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, "o direito penetra, de tal maneira, em todos os recantos da vida social, como o ar está por toda parte na vida animal"<sup>16</sup>. O fenômeno jurídico se fez presente tão logo surgiram os primeiros círculos sociais, com grande influência do costume e da religião, mas com eles não se confundindo<sup>17</sup>, sendo culturalmente revelado pelo *modus* de coexistência e a função de equilíbrio entre os indivíduos e a coletividade<sup>18</sup>. Por conseguinte, como ensina Miguel Reale, somente se pode falar em vinculações jurídicas onde existirem homens dividindo o seu espaço de convivência<sup>19</sup>.

Antes das primeiras sociedades não havia direitos ou deveres, sequer os mais rudimentares, nem se poderia imaginar haver algo parecido entre os animais irracionais. Para um homem que sozinho vivesse no mundo, se possível fosse, ou, ainda que consciente da existência de outros seres humanos, porém isolado em alguma ilha deserta e sem contato com qualquer dos seus semelhantes, não haveria

---

identificam poderes ou faculdades concedidas a determinados indivíduos (direitos subjetivos) ou, ainda, a uma universalidade de indivíduos determináveis ou indeterminados (direitos coletivos, direitos difusos).

<sup>16</sup> ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de direito civil brasileiro: dos direitos subjetivos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. IX, 1941, p. 502.

<sup>17</sup> "Segundo Santi Romano, constitui gravíssima inexatidão afirmar que, nas sociedades primitivas, o Direito está confundido com o costume e com a religião. Não se trata de confusão ou indiferenciação de elementos que, por natureza, devessem permanecer separados: apenas, naquelas sociedades, o Direito, que se deve considerar não menos 'puro' do que os das sociedades mais progressistas, tem como conteúdo uma rica série de princípios extraídos do costume e das crenças religiosas". BATALHA, Wilson. **Op. cit.**, p. 645.

<sup>18</sup> Este o pensamento de Pontes de Miranda, ao lecionar que "há em toda a comunidade, em todos os corpos sociais, certa virtude de organização intrínseca para a qual somente existe uma explicação e um processo: o Direito. Não poderia ser, cremo-lo bem, pura criação do Estado. Se alguns deles criou o outro, foi o Direito. (...) A vida humana não é essencial o Estado; o que é imprescindível às organizações humanas, às sociedades, é o ritmo, a ordem. Trabalho e harmonia são os princípios mais gerais da evolução. (...) Por mais primitivo que seja o grupo social, a sociedade, ou por mais desorganizado e perclitante, nele há de encontrar-se o Direito. Não há vida em comum sem ele, como não há vida em comum sem fenômenos econômicos e outros mais. Se dois homens se deparassem, a sós, em plena mata virgem, cada um traria consigo o sentimento do Direito, que o seu grupo lhe ensinou". PONTES DE MIRANDA. **Op. cit.**, p.76.

<sup>19</sup> "De 'experiência jurídica', em verdade, só podemos falar onde e quando se formam relações entre os homens, por isso denominadas *relações intersubjetivas*, por envolverem sempre dois ou mais sujeitos. Daí a sempre nova lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito). A recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantias jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade". REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

como se configurar algum tipo de direito ou dever, a menos que idealizasse, como titular de direitos, alguma divindade com inteligência superior e em respeito à qual o homem considerasse necessário ajustar o seu comportamento. Poder-se-ia até cogitar que este homem solitário conferisse dignidade a outros seres da natureza, plantas ou animais, tratando-os como sujeitos de direitos e comportando-se de acordo com esta convicção. Em todos estes casos, contudo, é de Moral que se estaria tratando e não propriamente de Direito<sup>20</sup>. O homem solipsista, labutando consigo mesmo e com suas ideias, não estaria sujeito a sanções externas ou qualquer tipo de cobrança em caso de violação das normas de conduta que entendesse imperativas.

Em síntese, a *sociabilidade* é da essência do Direito<sup>21</sup> e somente é possível falar em *direitos* quando identificados vínculos jurídicos ligando aqueles que deles usufruem e aqueles que devem, de alguma forma, respeitá-los. Fica nítida, então, a correlação forçosamente existente entre *direitos* e *deveres* em sentido amplo, como aqui sustentado.

Não vem ao caso, neste momento, indagar qual o fundamento de validade ou a origem dos direitos e deveres, se extraídos de fonte positiva ou natural, se produtos da inteligência, da natureza humana ou quiçá fruto de dádiva divina, se vinculados à moral, à religião ou aos costumes sociais<sup>22</sup>. Seja qual for a legitimidade e o conteúdo do ordenamento jurídico, para que se reconheça que alguém tem *direito* é preciso que se reconheça que outras pessoas estarão de alguma forma condicionadas a comportar-se de acordo tal direito, nisso constituindo o *dever*.

---

<sup>20</sup> Por escapar ao foco do presente estudo, não entraremos aqui na polêmica distinção conceitual entre Moral e Direito, por mais aproximação que hoje se venha reconhecendo às duas esferas de ordenação das condutas humanas e sua inegável interpenetração empírica. A relação entre Direito e Moral é um tema recorrente, de que se ocuparam todos os jusfilósofos, sob variadas posições teóricas, alguns vinculando e outros separando os dois campos. Não se negando a indiscutível relação empírica entre as duas esferas, o cerne dos debates sempre esteve centrado na possibilidade ou não de se estabelecer entre elas uma relação *conceitual*. Sobre o tema: VALDÉS, Ernesto Garzón. **Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral**. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001.

<sup>21</sup> "O Direito é, por conseguinte, um *fato* ou *fenômeno social*; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua *socialidade*, a sua qualidade de ser social". REALE, Miguel. **Op. cit.**, p. 2.

<sup>22</sup> "O dizer em relação a cada coletividade quando o social se transforma em jurídico não constitui um problema jurídico, nem de História do Direito, mas antes da *Antropologia*, especificamente de *Antropologia Cultural*, visto como o estudioso do Direito se cinge, como é óbvio, à observância dos conotativos empíricos que informam o jurídico, desde que este se torne discernível do social. Assim, o que antecede ao jurídico não se insere no âmbito epistemológico do jurista, motivo por que ele também não dispõe de elementos analíticos que expliquem a gênese do jurídico". SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 7.

Já se disse, com acertada precisão, que direito é *conduta em interferência intersubjetiva*<sup>23</sup>. Consequência desta intersubjetividade está em que a todo direito corresponde necessariamente alguma obrigação ou um conjunto de obrigações cujo cumprimento se impõe por *dever*. Como afirma Bobbio, "não há direito sem obrigação; e não há nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta"<sup>24</sup>.

Toda norma jurídica instituidora de direito impõe algum tipo de dever ao seu destinatário. Seja de modo direto, quando a sanção por descumprimento volta-se a garantir a eficácia do próprio direito; seja de modo indireto, quando, apesar de desprovida desse caráter coativo, a norma sirva para viabilizar os meios necessários ao cumprimento do direito, sendo aplicada em conexão com outras normas<sup>25</sup>. Assim, por exemplo, a norma que institui o direito à aposentadoria em prol de segurados da previdência social impõe diretamente, à Administração, o dever de conceder o respectivo benefício, sob pena de vir a ser compelida a fazê-lo por algum órgão de controle (v.g. o Poder Judiciário). Ao lado disso, existem diversas outras normas que impõem, à mesma Administração, deveres de planejamento e organização do serviço público de previdência social (disponibilidade de recursos, estrutura de atendimento, divisão de tarefas etc.), cujo descumprimento pode indiretamente acabar afetando o direito ao gozo do benefício previdenciário. Daí porque, ao cumprir tais deveres, a Administração estará também zelando pela efetividade daquele direito.

---

<sup>23</sup> Na concepção formulada por Carlos Cossio, em sua *teoria egológica*, "a ciência do direito deve ter por objetivo o conhecimento do direito, que seria o conhecimento da conduta humana em sua interferência intersubjetiva e dos valores que a informam. Deve, portanto, o sujeito pensante estabelecer, intelectivamente, uma relação entre conduta e valor, a fim de obter o conhecimento do direito. A pesquisa jurídico-científica deve partir da observação da conduta, valendo-se da compreensão para que, mediante a consideração de valores possa captar o 'sentido normativo' de seu objeto." DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 35.

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Nova Ed., 2004, p. 8. Para o jusfilósofo italiano, esta necessária correlação entre direito e obrigação está presente em qualquer sistema de normas de conduta, até mesmo ao se falar, na tradição anglo-saxônica, em "direitos morais" (*moral rights*), pois "quando se introduz a noção 'direito moral', introduz-se também, necessariamente, a correspondente 'obrigação moral'. Ter direito moral em face de alguém significa que há um outro indivíduo que tem obrigação moral para comigo. Não se quer dizer, com isso, que a linguagem moral deva se servir das duas figuras deontológicas do direito e da obrigação, que são mais adequadas à linguagem jurídica; mas, no momento mesmo em que nos servimos delas, a afirmação de um direito implica a afirmação de um dever e vice-versa". **Ibid., loc. cit.**

<sup>25</sup> É o que Kelsen chama de normas jurídicas não autônomas, considerando que "uma ordem jurídica, se bem que nem todas as suas normas estatuem atos de coação, pode, no entanto, ser caracterizada como ordem de coação, na medida em que todas as suas normas que não estatuem elas próprias um ato coercitivo e, por isso, não contenham uma prescrição, mas antes confirmam competência para a produção de normas ou contenham uma permissão positiva, são normas não-autônomas, pois apenas tem validade em ligação com uma norma estatuidora de um ato de coerção". KELSEN, Hans. **Op. cit.**, p. 64.

Que os direitos e deveres (*lato sensu*) constituem a matéria-prima indissociável do Direito é algo que pode ser facilmente compreendido quando se percebe que a experiência jurídica, ainda que não puramente normativa, é fundamentalmente normativa. Sendo a norma jurídica o elemento central do fenômeno jurídico, o escopo último do Direito é amoldar a realidade a valores, atribuindo significação positiva ou negativa aos comportamentos das pessoas<sup>26</sup>. Portanto, na medida em que essa orientação a valores se dá em proteção a determinados indivíduos ou da coletividade, toda norma jurídica acaba por instituir deveres que devem ser observados em prol de interesses privados ou do interesse público, assegurando, direta ou indiretamente, a efetividade dos direitos que lhes justificam.

Se onde houver convivência social haverá Direito, enfatizamos aqui mais uma vez: *onde houver Direito, haverá direitos e deveres*. Não se concebe uma sociedade, qualquer sociedade, sem direitos e deveres. E variando muito o modo como tais direitos e deveres são distribuídos entre os componentes de cada grupo social, a resposta à pergunta sobre qual seria o modelo mais adequado dessa distribuição é tema que interessa aos debates sobre a ideia de *justiça*. Decerto os conteúdos de alguns direitos ou deveres podem ser considerados injustos, ou talvez se tenha como injusto que alguns homens tenham mais direitos ou deveres do que outros. Entrementes, para o que nos interessa aqui, é fundamental ratificar a premissa com a qual iniciamos esse ponto: *todo direito se prende a algum dever que lhe é correlato*.

Como já dito reiteradamente, estamos empregando aqui as expressões "direito" e "dever" no sentido mais amplo possível, de modo a abarcar uma gama de situações subjetivas. Na verdade, há muito tempo os juristas já perceberam tal amplitude semântica, sendo antiga a discussão sobre o sentido a ser atribuído à locução "ter um direito". Paul Roubier, por exemplo, identificou três hipóteses distintas: 1<sup>a</sup>) situações de direito subjetivo; 2<sup>a</sup>) situações de direito a uma ação judicial; 3<sup>a</sup>) situações em que não existe nem direito subjetivo, nem direito de ação judicial<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> GALDINO, Flávio. *Op. cit.*, p. 11-15.

<sup>27</sup> "Designa-se sob esta expressão 'ter um direito' tanto aquele que tem, por exemplo, um direito de propriedade, quando aquele que é admitido a intentar uma ação de responsabilidade, ou ainda aquele que, fora mesmo de todos meios judiciários, está em situação de prevalecer de uma regra de

Miguel Reale destaca que, tendo o ordenamento jurídico como destinatários sempre as pessoas que compõem a sociedade, é ele que garante a possibilidade que tem estas pessoas de *ser*, de *pretender* ou de agir nos limites atributivos das suas normas, e nisso consistem basicamente todas as *situações jurídicas subjetivas* que costumam ser genericamente tratadas como "direitos"<sup>28</sup>. Desta feita, para que se garantam tais direitos (*lato sensu*) - se para uma pessoa "ser", "pretender" ou "agir" é preciso que outras pessoas a respeitem concretamente em sua essência, pretensão ou ação -, torna-se imperioso que, ao lado dos direitos, haja um sistema de deveres (*lato sensu*) impostos pelo ordenamento.

Na mesma linha, Galdino fala em *situações jurídicas subjetivas*, as quais podem se revelar como direitos, deveres, ônus, faculdades, interesses, obrigações etc.<sup>29</sup>, ao passo que Alexy alude a *modalidades deônticas básicas*, formulando um critério de identificação dos enunciados normativos que variam entre *deveres*, *proibições e permissões*<sup>30</sup>.

Nessa amplitude semântica, portanto, podem variar muito os destinatários e os objetos dos direitos e deveres. O destinatário nem sempre será um único sujeito, assim como o objeto nem sempre se resumirá à obtenção de uma prestação específica ou à adoção de um comportamento pré-determinado. Há direitos que extrapolam o âmbito individual e deveres cujo objeto abarca uma série de ações ou abstenções. Mas nem por isso deixam de ser *direitos* e *deveres* correlatos, no sentido amplo ora colocado.

Essa advertência faz-se necessária, como antes já dito, para que não se confunda a concepção de *direito (lato sensu)* à de *direito subjetivo* tomada no seu sentido clássico, que é mais restrito. Uma mesma relação jurídica pode envolver diversas pessoas, todas favorecidas sem que se configure propriamente direito subjetivo de cada uma delas, bem como pode abarcar diversos direitos subjetivos

---

direito. Faz-se necessário portanto colocar-se um pouco de ordem e de clareza em torno da questão; assim, distinguimos sucessivamente: 1º aquele que pode se prevalecer de um direito subjetivo (direito de propriedade, direito de sucessão, direito autoral etc.); 2º aquele que é admitido a exercer uma ação na justiça (ação de responsabilidade, ação de investigação de paternidade, recurso por excesso de poder etc.); 3º aquele que nem tem direito subjetivo nem ação na justiça, mas que reclama somente a aplicação de uma regra de direito objetivo em seu proveito". ROUBIER, Paul. **Droits subjectifs et situations juridiques**. Paris: Dalloz, 1963, p. 128. Tradução livre.

<sup>28</sup> REALE, Miguel. **Op. cit.**, p. 259.

<sup>29</sup> GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 16.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 54.

em prol de uma única pessoa<sup>31</sup>. Compreendido o sentido amplo de direito que aqui adotaremos, cumpre agora enfrentar a temática dos *direitos fundamentais*, uma classe específica de direitos reconhecidos pelas modernas Constituições, os quais, sob dimensão subjetiva, vem sendo tratados como direitos subjetivos.

## 2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.2.1 Historicidade dos direitos fundamentais

Falar em "direitos fundamentais" requer primeiro uma especial atenção no tocante à diversidade de terminologias empregadas para se referir substancialmente a essa classe de direitos, sem embargo do esforço da doutrina em apontar um critério unificador. Sendo variadas as nomenclaturas de que já se tem notícia<sup>32</sup>, o principal enfoque dado pelos estudiosos do assunto envolve a essência dos direitos fundamentais como "direitos humanos" ou "direitos do homem".

---

<sup>31</sup> Se, de um lado, não se concebe direito subjetivo sem relação jurídica, esta última é um conceito mais amplo, porque a relação jurídica "pode ser encarada sob o prisma exclusivamente normativo como relação entre um direito e um dever (relação normativa), ou sob o prisma dos fatos juridicamente relevantes como relação entre dois ou mais sujeitos (relação ontológica). (...) O conteúdo da relação jurídica não consiste apenas num comportamento do obrigado, mas no binômio poder-dever que constitui a integral substância da relação. (...) A relação jurídica não se confunde com o direito subjetivo. Trata-se de vínculo entre duas ou mais pessoas, podendo englobar vários direitos subjetivos". BATALHA, Wilson. **Op. cit.**, p. 158-161.

<sup>32</sup> "Tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas (e até com maior intensidade), outras expressões, tais como 'direitos humanos', 'direitos do homem', 'direitos subjetivos públicos', 'liberdades públicas', 'direitos individuais', 'liberdades fundamentais' e 'direitos humanos fundamentais', apenas para referir algumas das mais importantes. Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado, o que apenas reforça a necessidade de obtermos, ao menos para os fins específicos deste estudo, um critério unificador". SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 27. Também advertindo sobre a ausência de consenso doutrinário no terreno terminológico e conceitual dos direitos fundamentais: CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 512.

Buscando um consenso em torno da delimitação conceitual e da definição, mas deixando de lado qualquer aproximação com o direito natural, Ingo Sarlet destaca que a clarificação da distinção entre as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos* é a que assume especial relevância, não havendo dúvidas de que "os direitos fundamentais, de certa forma, são também direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado)"<sup>33</sup>.

Superadas as correntes filosóficas que intentaram localizar nos direitos humanos um fundamento absoluto e à imagem de um direito natural do homem<sup>34</sup>, não se olvida mais que tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais possuem uma dimensão histórico-temporal e sempre relativa, tendo sido afirmados após um lento e por vezes conflituoso processo de reconhecimento social. Como bem percebe Francisco Cavalcanti, "os direitos, regra geral, são construídos a partir de pressões sociais, às vezes tidas inicialmente como ilícitas, sequencialmente como toleradas e ao final reconhecidas como direitos"<sup>35</sup>.

Direitos humanos e direitos fundamentais são, ambos, direitos positivos, apenas distintos no que tange ao alcance da positivação, vale dizer, quando ao seu âmbito espacial de validade e eficácia. Os direitos humanos são reconhecidos pela comunidade internacional em determinado contexto histórico (caráter supranacional), ao passo que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos que vierem sendo incorporados pelos textos constitucionais de cada nação. E ainda que se realce o elemento substancial dos direitos fundamentais - segundo Dirley da Cunha considerando-os "posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas"<sup>36</sup> - , fato

---

<sup>33</sup> SARLET, Ingo. **Op. cit.**, 2015, p. 29.

<sup>34</sup> "A consideração de que o termo 'direitos humanos' pode ser equiparado ao de 'direitos naturais' não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam - ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) - da ideia de um direito natural". **Ibid., loc. cit.**

<sup>35</sup> CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Apreciação crítica aos direitos fundamentais de primeira geração à luz do direito de propriedade: da propriedade liberal à propriedade social.** In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 239-261.

<sup>36</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 518.

é que, sob o ponto de vista formal, os direitos fundamentais pressupõe um reconhecimento por cada ordem constitucional<sup>37</sup>.

Em suma, os direitos fundamentais "não passam de direitos humanos positivados nas Constituições estatais"<sup>38</sup>.

Desde o final do século XVIII, as bases do constitucionalismo contemporâneo vieram sendo traçadas com grandes conquistas no terreno dos direitos fundamentais, seguindo um processo histórico que levou ao gradativo reconhecimento dos denominados direitos de *primeira, segunda, terceira e quarta* geração (ou dimensão, como preferem alguns<sup>39</sup>), descritos por Norberto Bobbio em clássica obra<sup>40</sup>.

Os direitos fundamentais de *primeira dimensão* são os direitos civis e políticos marcados pelo signo da resistência popular contra os regimes absolutistas, irrompendo daí o ideal do constitucionalismo, com o advento do Estado Liberal de Direito. Nesse contexto, despontaram como direitos inerentes à *liberdade* dos indivíduos. Posteriormente, problemas enfrentados pelo capitalismo, no modelo liberal clássico, ensejaram avanços no terreno dos direitos sociais, agora qualificados como direitos de segunda dimensão, quando o Estado passou a intervir mais na economia e na área social<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Ingo Sarlet assim explica o critério de distinção: "o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)". SARLET, Ingo. **Op. cit.**, p. 29.

<sup>38</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 516.

<sup>39</sup> A doutrina moderna prefere o termo "dimensão", pois sugere que não existe uma alternância nas prerrogativas, mas uma evolução, contribuindo cada fase anterior na elaboração da fase posterior. A terminologia "geração" poderia produzir um falso entendimento de que uma geração substituiria a outra, sem uma continuidade temporal entre elas. Neste sentido: AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2002, p. 139.

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto. **Op. cit.**, 2004.

<sup>41</sup> "Enquanto a Constituição Defensiva do Estado Liberal é a Constituição antigoverno e anti-Estado, a Constituição do Estado Social traz uma sociedade reconciliada com o Estado, que exige sua intervenção em domínios fundamentais. Por isso, em sua dinâmica, a Constituição Social não se apresenta como um instrumento jurídico de conformação do *status quo*, mas surge como um instrumento de direção e transformação social, bem como instrumento de implementação de políticas públicas". PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: RT, 1995, p. 29. Também sobre o tema: CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 562-563.



Os direitos fundamentais de *segunda dimensão* são os direitos sociais, econômicos e culturais<sup>42</sup>, focados na busca por uma redução das desigualdades sociais, substituindo a concepção de igualdade formal, característica da primeira fase do constitucionalismo, pela de *igualdade material*, consubstanciada no ideal há muito defendido por Aristóteles<sup>43</sup> e lembrado por Rui Barbosa, de que a verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade<sup>44</sup>. Segundo Fábio Lins, não se olvida que o Estado Social de Direito "foi projetado como alternativa para a superação do velho Estado Liberal de Direito, que satisfeito com o discurso da igualdade formal, esteve longe de alcançar a efetiva igualdade nas relações sociais e, pelo contrário, ampliou as desigualdades"<sup>45</sup>.

Vieram, em seguida, os direitos fundamentais de *terceira dimensão*, que a doutrina constitucionalista relaciona aos ideais de solidariedade<sup>46</sup>, com base nos quais se contemplou a defesa de bens que são de todos (direitos e interesses transindividuais<sup>47</sup>), tais como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o patrimônio histórico, a autodeterminação dos povos, a cultura e a paz. São direitos marcados por caracteres de humanismo e universalidade<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 563-571.

<sup>43</sup> "Se as pessoas não são iguais, não terão partes iguais; as rixas e queixas surgem quando iguais possuem ou recebem partes desiguais, ou quando pessoas não iguais possuem ou recebem partes iguais" – ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, Livro V.

<sup>44</sup> "A regra da igualdade não consiste senão em quinohar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria". RUI BARBOSA. **Oração aos Moços**. In: *Rui Barbosa escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Biblioteca Luso-Brasileira, 1966, p. 666.

<sup>45</sup> CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **El acceso igualitario a la función pública: análisis del derecho español y brasileño**. 648 p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2010. Tradução livre. Aduz o autor que "se passa de uma visão restritiva da igualdade, que teria a tarefa de garantir direitos individuais e que já estavam reconhecidos pelo ordenamento jurídico (função estabilizadora), a uma concepção mais ampla do referido princípio, com uma evidente preocupação social. Tudo isto traz um papel mais decisivo do Direito e uma postura mais atuante do Estado (função transformadora)". **Ibid.** Tradução livre.

<sup>46</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 571.

<sup>47</sup> A doutrina também utiliza as expressões *metaindividuais*, *supraindividuais*, dentre outras no mesmo sentido.

<sup>48</sup> "Direitos Humanos de 3ª geração: marcados pela alteração da sociedade, por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), as relações econômico-sociais se alteram profundamente. Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de *preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores*, só para lembrar aqui dois candentes temas. O ser

No momento atual já se reconhecem direitos fundamentais de *quarta dimensão*, como o direito à democracia direta e os direitos relacionados à biotecnologia<sup>49</sup>. São direitos identificados com uma sociedade pluralista na qual se faz necessária cada vez mais a efetiva participação popular nas escolhas que regem o seu destino político (democracia participativa), tendo-se desenvolvido mecanismos que asseguram maior transparência e eficiência na gestão dos interesses públicos. Dentro do contexto dessa quarta geração de direitos, Norberto Bobbio aponta ainda os riscos da manipulação genética do ser humano<sup>50</sup>.

Registre-se haver fundadas críticas a tal classificação dos direitos fundamentais, não havendo sequer uniformidade quanto ao número de gerações ou dimensões, as quais variam substancialmente a depender do doutrinador, o que torna, na opinião de Galdino, "a utilização da nomenclatura geracional, acaso desacompanhada dos devidos esclarecimentos, muito pouco informativa e, portanto, desaconselhável em sede científica"<sup>51</sup>.

A atenção ao caráter histórico, contudo, enaltece a gradativa evolução com que os direitos fundamentais vieram sendo reconhecidos ao longo do tempo pelos ordenamentos constitucionais das nações, de modo a, inclusive, evitar-se retrocessos nos ganhos civilizatórios. Serve, ademais, para se compreender que não existe, nem pode existir, um conteúdo universal e absoluto dos direitos fundamentais, o que necessariamente varia no tempo e no espaço, em função das condições materiais de cada comunidade e em cada momento histórico.

---

humano é inserido em uma *coletividade* e passa a ter direitos de *solidariedade*". LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: RT, 2003, p. 27. "Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os *direitos de terceira geração* tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o *gênero humano* mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta". BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 523.

<sup>49</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 572-573.

<sup>50</sup> "Segundo a orientação de Norberto Bobbio, referida geração de direitos decorreria dos avanços no campo da *engenharia genética*, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético". LENZA, Pedro. **Op. cit.**, p. 27.

<sup>51</sup> GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 169.

### 2.2.2 O conteúdo dos direitos fundamentais

Por *conteúdo* de um direito pode-se entender, em linhas gerais, aquilo que ele protege (objeto) e até que ponto protege (alcance) frente a outros interesses também juridicamente protegidos, conforme os critérios estabelecidos pelo ordenamento e por meio dos quais se definirá a aplicação concreta de cada norma da vida social.

Quando se enuncia um "direito", é o próprio sistema jurídico que, diante de determinados interesses que o poder político da comunidade reputou dignos de serem protegidos, deve fornecer os parâmetros racionais identificadores do âmbito dessa proteção nas diversas situações fáticas envolvendo tais interesses, parâmetros estes com base nos quais são extraídos, também, os respectivos deveres que garantem a eficácia do direito<sup>52</sup>. Assim, *v.g.*, quando o ordenamento enuncia o direito *de propriedade*, ou *à liberdade*, ou *à moradia*, a ação concreta demanda prévios critérios balizadores do seu âmbito de proteção no sistema social, desenhando-se juridicamente o perfil dos interesses protegidos e o conjunto de faculdades e poderes a eles relacionados, sem o que não será possível compreender o que efetivamente é permitido ou proibido em termos de condutas reais.

A correta delimitação do conteúdo dos direitos sempre foi uma questão problemática, encontrando ainda maior complexidade no terreno dos direitos humanos e diante da sua recepção, positivados no ordenamento de cada país, como direitos fundamentais. A doutrina tem se debruçado sobre a difícil tarefa de apontar-lhes um *conteúdo essencial* com base em pautas valorativas consagradas na Constituição, o que significa impor barreiras a sua conformação inclusive ao

---

<sup>52</sup> Não olvidamos haver doutrinadores defendendo que os direitos fundamentais - porquanto calcados na dignidade da pessoa humana, como princípio intrínseco à natureza do homem - teriam sua origem em momento anterior ao seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico e ao próprio Estado. Discordamos desta teoria. Sem negarmos a importância que, sob um ponto de vista moral e filosófico, deve ser dada aos direitos fundamentais no atual contexto civilizatório, tratam-se de direitos positivados. Vale dizer: sua existência, enquanto "direitos", depende sempre da significação que lhes é dada por cada sistema jurídico e conforme o contexto histórico e fatores reais de poder em cada nação. São esses fatores que definirão o modelo e os fins do Estado.

legislador ordinário, quando se trate de regulamentar o perfil jurídico desses direitos<sup>53</sup>.

Já se falou anteriormente da necessária conexão lógica que existe entre as teorias que procuram explicar a estrutura e aplicação das normas jurídicas (fenômeno objetivo) e as teorias que se ocupam em investigar o conteúdo e alcance dos direitos e deveres (fenômeno subjetivo). Assim, entender como se dá a incidência de uma norma de direito fundamental envolve o enfrentamento da questão de qual seria a amplitude do seu *suporte fático* para, com base nele, traçar-se os parâmetros de identificação do conteúdo do direito em cada caso concreto<sup>54</sup>.

Calcada em estudos do Direito Público alemão, a doutrina segue basicamente duas linhas teóricas acerca do conteúdo dos direitos fundamentais: a teoria interna (*Innentheorie*) e a teoria externa (*Aussentheorie*).

A questão das *restrições* aos direitos fundamentais tem sido a tarefa dos defensores da teoria externa, ao passo que os adeptos da teoria interna preferem dizer que o conteúdo de qualquer direito já conteria todos os *limites* necessários a sua adequada conformação nos casos concretos<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Como salienta Virgílio Afonso da Silva, "a declaração de um conteúdo essencial destina-se, sim, ao legislador ordinário, pois é esse que, em sua tarefa de concretização dos direitos fundamentais, deve atentar àquilo que a constituição chama de 'conteúdo essencial'". SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 24.

<sup>54</sup> Na seara dos direitos fundamentais, fala-se em *suporte fático* para designar a esfera de incidência da norma de direito fundamental, considerando não apenas o *âmbito de proteção* do direito fundamental, mas, também, eventuais *intervenções* que pode haver nesse âmbito. Nesse sentido, assinala-se que "aquilo que é protegido é apenas uma parte - com certeza a mais importante - do suporte fático. Essa parte costuma ser chamada de *âmbito de proteção* do direito fundamental. Mas para a configuração do suporte fático é necessário um segundo elemento - e aqui entra a parte contra-intuitiva: a *intervenção estatal*. Tanto aquilo que é protegido (*âmbito de proteção*) como aquilo que contra o qual é protegido (*intervenção*, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais". **Ibid.**, p. 71.

<sup>55</sup> Alexy assim explica em que consiste os limites e restrições a direitos sob o ângulo das teorias *interna* e *externa*: "O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas - o direito e sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o *direito em si*, não restringido e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o *direito restringido*. Essa é a concepção que, normalmente, de forma crítica, é denominada de *teoria externa*". (...) "Um cenário completamente diferente é a base de sustentação da *teoria interna*. Segundo ela, não há duas coisas - o direito e sua restrição -, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em 'restrições' no lugar de 'limites', então, se fala em 'restrições imanentes'". ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 277-278. O autor opta por adotar as premissas da teoria externa.

Partindo de um *suporte fático restrito*, a teoria interna procura identificar o conteúdo da norma delimitando de antemão o âmbito normativo e, por conseguinte, considerando que o conteúdo de um direito fundamental é contornado por *limites iminentes*.

Nessa linha de compreensão destaca-se, v.g, a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, segundo a qual os limites dos direitos fundamentais podem ser encontrados a partir de um adequado exame do *programa normativo* e levando em conta os dados reais previamente contemplados na própria estrutura da norma (*âmbito normativo*)<sup>56</sup>. Haveria, aí, uma incompatibilidade com qualquer construção dogmática que admita colisão entre direitos ou trabalhe com categorias tais como a ponderação ou sopesamento de normas, na medida em que todos os limites dos direitos lhes seriam *iminentes* e sem espaço para conflitos, sendo que qualquer superação desses limites haveria de ser tomada como algo não protegido pela norma<sup>57</sup>.

Sob a premissa de que os limites dos direitos estão implícitos no seu campo de conformação normativa, os adeptos da teoria interna reduzem consideravelmente o suporte fático da norma jurídica, apenas admitindo duas possibilidades, a saber: ou se está exercendo licitamente um direito obedecendo-se a tais limites, ou se está incorrendo em ilicitude ou abuso de direito quando se os extrapola<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> "A função de escolha e de delimitação do programa normativo ligada a isso faz com que a análise do âmbito normativo, como parte integrante da concretização jurídica, fortaleça a normatividade da disposição legal como uma normatividade marcada pelos dados reais, em vez de deixá-la em lado em prol de um sociologismo avesso à norma. (...) O âmbito normativo fornece ao programa normativo alternativas estruturais, fundadas em dados reais, para seus modelos, os quais se confirmam ou se alteram. O programa normativo seleciona as abordagens da análise do âmbito normativo". MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 238 e 253.

<sup>57</sup> "A teoria estruturante de Müller supõe que a racionalidade e a possibilidade de controle intersubjetivo na interpretação e na aplicação do direito só são possíveis por intermédio de uma concretização da norma jurídica após *árdua* análise e *limitação* do âmbito de cada norma. Depois dessa *árdua* tarefa não há espaço para colisões, porque a norma simplesmente se revela como não-aplicável ao caso concreto e não se vê envolvida, portanto, em qualquer colisão jurídica relevante. Logo, sem colisão, não há razão para sopesamento. A concretização da norma, seguindo os procedimentos da teoria estruturante, restringe o conteúdo de dever-ser de cada direito fundamental, porque delimita de antemão o seu âmbito normativo". GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 68.

<sup>58</sup> Sobre a polêmica distinção entre ilicitude, abuso de direito e figuras afins, ver: GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 131-135; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 465-469.

Concebe-se, então, o espaço de conteúdo do direito como um conjunto de faculdades e poderes no qual já estão inseridos todos os freios ao seu exercício<sup>59</sup>. Em outras palavras, os limites circundam o *perfil jurídico do direito*, traçando todo o perímetro que circunscreve o seu campo fático de aplicação, de modo que o titular do direito não pode pretender ou praticar algo localizado fora dos contornos desse perímetro.

A teoria externa, por sua vez, parte do pressuposto de que as normas de direitos fundamentais são dotadas de um *suporte fático amplo*, ensejando a inevitável colisão entre tais direitos, o que somente pode ser resolvido em termos de ponderação e sopesamento das normas incidentes em cada caso concreto, restringindo-se o conteúdo e alcance de cada direito.

Ao falar em *restrição*, a teoria externa leva em conta variáveis fáticas que podem reduzir o conteúdo e o alcance de um direito fundamental até certo ponto. Assim, um direito que *a priori* se aplicaria em razão da amplitude do suporte fático da sua norma embasadora (como direito *prima facie*) somente virá a se afirmar concretamente (como direito *definitivo*) se não houver fatores externos *restringindo* a sua efetividade num determinado caso. Toma-se a posição *prima facie* do direito como ponto de partida a considerar no exame da situação jurídica subjetiva contemplada na norma de direito fundamental, razão pela qual já se pode falar em "direito" antes mesmo de se examinar o caso concreto em que a norma incide, de modo que só posteriormente serão analisadas eventuais restrições a esse direito, verificando se a posição *prima facie* se converterá ou não numa posição definitiva.

Ficam claros, assim, os pontos de distinção entre as duas teorias. Dada a relação que a teoria externa faz entre, de um lado, o *direito já com seus limites internos*, e, de outro, as *restrições externas ao direito*, sendo estas impostas em decorrência do sopesamento de normas nas situações em que houver colisões entre direitos, tal metodologia de resolução de conflitos se torna incompatível com as premissas da teoria interna, segundo as quais eventual colisão de direitos seria apenas aparente, pois, na exata medida em que um direito começa onde termina o

---

<sup>59</sup> Segundo a base de sustentação da *teoria interna*, "não há duas coisas - o direito e sua restrição -, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em 'restrições' no lugar de 'limites', então se fala em 'restrições imanentes'". ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 277-278.

outro, ao se entender que esse outro direito funciona como limite ao primeiro, todos os limites já estariam previamente incorporados na norma que contempla cada direito<sup>60</sup>.

Um aparente conflito entre normas, no quadrante da teoria interna, deve ser resolvido por cuidadosa averiguação do suporte fático e os limites que traçam os seus respectivos perímetros de incidência<sup>61</sup>. Ou seja, esse conflito não admitiria propriamente o sopesamento entre normas incidentes no mesmo caso concreto, mas, sim, um exame criterioso do campo de incidência de cada norma, confrontando-se aspectos normativos e fáticos que, segundo Friedrich Müller, propiciam a busca de uma *normatividade materialmente determinada* a partir da análise conjunta do *programa normativo* (resultado da interpretação de todos os dados linguísticos do texto normativo) e do *âmbito normativo* (dados reais formados pelo conjunto parcial de todos os fatos relevantes)<sup>62</sup>.

Ciente das premissas que essas construções teóricas encerram, Eros Grau salienta que as teorias de Müller e Alexy são *concepções irreconciliáveis*, já que o primeiro considera que não se pode falar em norma sem levar em conta um caso concreto que corresponda ao suporte fático restrito, enquanto o segundo enxerga normas com suportes fáticos amplos e sujeitas a sopesamento<sup>63</sup>. Tal advertência - que nesse ponto responde a uma crítica também feita por Virgílio Afonso da Silva - demonstra que decidir se o exame do alcance de determinado direito deve ser encarado como algo *imane*nte (no sentido de que, uma vez ultrapassado o limite,

---

<sup>60</sup> "Quando se parte de uma teoria interna, que é aquela que sustenta que o direito e seus limites são algo uno - ou seja, que os limites são imanentes ao próprio direito -, isso exclui que outros fatores externos, baseados, por exemplo, na ideia de sopesamento entre princípios, imponham qualquer restrição extra". (...) "se fosse necessário resumir a ideia central da chamada teoria interna, poder-se-ia recorrer à máxima frequentemente utilizada no direito francês, sobretudo a partir de Planiol e Ripert, segundo a qual 'o direito cessa onde o abuso começa'. Como isso se quer dizer, a partir do enfoque da teoria interna - e daí seu nome -, que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele. É sobretudo nessa perspectiva que se pode falar em *limites imanentes*". SILVA, Virgílio. **Op. cit.**, 2010, p. 128.

<sup>61</sup> "A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, *sobretudo não por colisões com outros direitos*". **Ibid.**, p. 128.

<sup>62</sup> MÜLLER, Friedrich. **Op. cit.**, p. 253-254.

<sup>63</sup> "Müller defende que a definição do âmbito de proteção de cada direito fundamental é feito de antemão - pois não há norma antes do caso concreto - por intermédio dos procedimentos e métodos de sua teoria estruturante e, principalmente sem a necessidade de sopesamento, enquanto Alexy defende que não há decisões corretas no âmbito dos direitos fundamentais que não sejam produto de um sopesamento. Além disso, Alexy parte de um conceito semântico de norma jurídica que, para Müller, não é mais do que o início do procedimento de concretização normativo. Assim, aquilo que para Alexy é a *norma*, para Müller é apenas o que ele chama de *programa da norma*. O elemento central da teoria de Müller - o âmbito da norma - não tem espaço na teoria de Alexy". GRAU, Eros. **Op. cit.**, 2006, p. 68-69.

não há de se falar em direito) ou *exterior* (no sentido de que o limite vem de fora, restringindo o direito) não é mera filigrana, residindo aí o pano de fundo ideológico subjacente à criação das muitas teorias que buscam explicar o fenômeno jurídico e que acaba se reproduzindo nas respectivas categorias e conceitos empregados por estas teorias<sup>64</sup>.

Em que pesem as referidas incompatibilidades entre as premissas teóricas de Müller e Alexy, pontos relevantes podem ser extraídos das suas construções teóricas. Müller teve o mérito de destacar a diferença entre o texto normativo e a norma, trazendo a lume a importância da argumentação jurídica na compreensão do objeto e alcance dos direitos fundamentais, no que é louvado por Alexy, apesar deste discordar daquele quanto ao significado de norma<sup>65</sup>.

Bem se observa, pois, que ambas as teorias podem conduzir ao mesmo resultado prático, sendo distintos pontos de vista sobre um único fenômeno.

Enquanto a teoria externa procurar resolver os problemas dos casos concretos tratando-os como choques de direitos fundamentais e, com isso, recorrendo ao emprego de mecanismos de sopesamento ou ponderação entre princípios, a teoria interna direciona-se por outra metodologia, tentando investigar mais detidamente o conteúdo do direito fundamental, cujos limites, já previamente existentes e extraídos dos dados reais em cada contexto social, vão sendo revelados à medida em que são decididos os casos concretos.

Pode-se afirmar que tanto a teoria interna quanto a teoria externa conduzem a soluções que consideram as peculiaridades dos casos concretos, ponderando os bens e valores envolvidos. A diferença é que na teoria externa essa ponderação pelo aplicador da norma, tratada como método de resolução de um conflito de

---

<sup>64</sup> "Essa diferença, que parece insignificante, uma mera filigrana teórica, tem, no entanto, grandes consequências, práticas e teóricas. Boa parte daquilo que doutrina e jurisprudência muitas vezes tomam como dado é, na verdade, produto dessa simples divisão teórica entre o direito em si e suas restrições". SILVA, Virgílio. **Op. cit.**, 2010, p. 138.

<sup>65</sup> Alexy ressalta que a sua teoria semântica da norma, ponto de partida da definição do conceito de norma de direito fundamental, é incompatível com a teoria da norma de Müller, salientando que "aquilo que aqui é chamado de 'disposição de direito fundamental' corresponde àquilo que Müller chama de 'texto', e aquilo que aqui leva o nome de 'norma' corresponde àquilo que Müller chama de 'programa normativo'. O conceito central da teoria normativa de Müller, o âmbito normativo, não tem lugar aqui". ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 78. Isso não impede Alexy de reconhecer que, "no final das contas, as normas atribuídas fazem com que fique claro o papel decisivo da argumentação referida a direitos fundamentais na resposta à questão acerca daquilo que é válido no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse ponto é necessário concordar com Müller, já que sua teoria da norma salienta essa importância". **Ibid.**, **loc. cit.**



direitos, é posterior ao reconhecimento do direito nela embasado - ou seja, quando já se pressupõe de antemão a existência de um indício de direito (*prima facie*) -, enquanto na teoria interna a ponderação é feita antes que se possa falar ainda em direito, sendo necessária para declarar a sua própria existência.

Consoante ainda reforçaremos adiante, a metodologia empregada pela teoria interna não obsta que se deva seguir examinando as particularidades de novos casos que vierem surgindo e desafiando a aplicação concreta da norma de direito fundamental, os quais servirão justamente para que se possa aprofundar na análise do âmbito normativo e desvelar toda a amplitude do suporte fático da norma, operando-se sempre novas confirmações ou alterações do programa normativo. No pensar de Friedrich Müller, é o âmbito normativo que fornece ao programa normativo "alternativas estruturais, fundadas em dados reais, para seus modelos, os quais se confirmam ou se alteram"<sup>66</sup>. Significa dizer que, quanto mais casos diferentes vierem sendo examinados e decididos, tanto mais se revelará a complexidade do direito em questão, conferindo maior visibilidade ao campo de incidência da norma objeto de aplicação.

O mesmo raciocínio se aplica quando se trata de examinar o conteúdo do direito cuja norma em abstrato depende da ponderação a ser feita pelo legislador.

Para a teoria externa, se a Constituição prescreve um direito a ser tomado na maior amplitude de proteção possível, o posterior tratamento legislativo dado ao conteúdo desse direito sempre operaria como uma forma de *restrição*<sup>67</sup>. Já para a teoria interna, o próprio conteúdo do direito é que estaria condicionado a uma reserva de lei geral, ocorrendo uma relação de imanência ou de unidade entre o conteúdo e os limites do direito, de modo a haver uma inseparabilidade entre a lei conformadora do conteúdo e a lei delimitadora do âmbito de proteção<sup>68</sup>. Não significa que seja total a liberdade do legislador na conformação do direito, devendo-se respeitar o programa normativo fixado no texto da própria Constituição, já que é o programa normativo que sempre servirá de ponto de partida da investigação sobre o conteúdo do direito, selecionando as abordagens da análise do âmbito normativo<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> MÜLLER, Friedrich. **Op. cit.**, p. 253.

<sup>67</sup> SILVA, Virgílio. **Op.cit.**, 2010, p. 227 e 255.

<sup>68</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 313.

<sup>69</sup> MÜLLER, Friedrich. **Op. cit.**, p. 253.

Em síntese, a teoria externa se ocupa de *constituir* restrições a direitos fundamentais, ao passo que a teoria interna busca *declarar* os limites previamente existentes em tais direitos<sup>70</sup>. Ambas as teorias obviamente não são perfeitas e, por conseguinte, não estão imunes a críticas pertinentes.

A teoria externa, de certo modo, amplia demais o suporte fático do direito fundamental, comprometendo a segurança acerca dos parâmetros de racionalidade discursiva quando da ponderação ou sopesamento de princípios, o que acaba por admitir uma gama de soluções discrepantes, aumentando consideravelmente o grau de subjetividade do aplicador do Direito<sup>71</sup>. A teoria interna, por outro lado, peca ao reduzir demasiadamente o suporte fático do direito fundamental, sem indicar critérios seguros de identificação daquilo que estaria protegido pela norma, ou seja, do âmbito de proteção do direito em cada contexto social<sup>72</sup>.

Saliente-se que todas essas abordagens teóricas com as quais se procura atualmente explicar o conteúdo dos direitos fundamentais não constituem novidade na ciência jurídica, já tendo a doutrina clássica há muito se debruçado sobre o tema. Deveras, a dogmática que trata dos limites e restrições pode ser aplicada aos direitos em geral e não apenas aos direitos fundamentais<sup>73</sup>, ainda que se reconheça que a nota de fundamentalidade material destes e o conjunto de valores abraçados por princípios constitucionais tornam ainda mais complexa a análise neste terreno.

---

<sup>70</sup> "Quando se parte de uma teoria interna, que é aquela que sustenta que o direito e seus limites são algo uno - ou seja, que os limites são imanescentes ao próprio direito -, isso exclui que outros fatores externos, baseados, por exemplo, na ideia de sopesamento entre princípios, imponham qualquer restrição extra. (...) Com isso, a diferença entre os *limites imanescentes* e as *restrições a direitos fundamentais* decorrentes de colisões é facilmente perceptível, e pode ser traduzida pelo binômio declarar/constituir. Enquanto nos casos de colisões se *constituem* novas restrições a direitos fundamentais, quando se trata dos limites imanescentes o que a interpretação constitucional faz é apenas *declarar* limites previamente existentes". SILVA, Virgílio. **Op. cit.**, 2010, p. 128 e 132.

<sup>71</sup> Alexy alude às críticas formuladas às teorias que se valem de um suporte fático amplo para as normas de direitos fundamentais: "Um primeiro grupo delas aponta para um dilema. Segundo essa crítica, uma teoria ampla do suporte fático ou garantiria uma proteção constitucional excessiva - o que levaria a uma paralisação da legislação e a uma ameaça a outros bens jurídicos - ou, então, se quisesse manter um grau adequado de proteção a direitos fundamentais, não levaria a sério a vinculação ao texto constitucional. Além disso, a teoria ampla seria desonesta, porque eliminaria, por meio de restrições, aquilo que anteriormente havia protegido por meio do suporte fático". ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 323-324. Saliente-se que o autor, como um dos precursores da teoria externa, refuta tais críticas.

<sup>72</sup> "O grande problema da teoria dos limites imanescentes - que é também, como já foi visto, o grande problema de todas as teorias que pressupõe um suporte fático restrito aos direitos fundamentais - é a definição do que é protegido (= dentro dos limites imanescentes) e do que não é protegido". SILVA, Virgílio. **Op. cit.**, 2010, p. 133.

<sup>73</sup> Sobre as teorias externa e interna, Virgílio Afonso da Silva lembra que "tais teorias não são, contudo, criação da dogmática dos direitos fundamentais, e são conhecidas no âmbito do direito civil há muito tempo, tendo suscitado intensos debates sobretudo na França, entre Planiol e Ripert, de um lado, e Josserand, de outro". **Ibid.**, p. 126-182.

A doutrina brasileira especializada na temática dos direitos fundamentais, seguindo a linha adotada por Alexy, parece haver se inclinado mais em aceitar uma *teoria externa* calcada na ideia de *suporte fático amplo*, para tanto lançando mão de sofisticados mecanismos de ponderação ou sopesamento de princípios constitucionais demarcadores dos limites e restrições aos direitos fundamentais.

Na visão de Sarlet, a teoria externa é a que melhor consegue resolver questões de direitos fundamentais, propiciando uma argumentação apta a levar em conta a "necessidade de imposição de limites a tais direitos, para que possa ser assegurada a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social"<sup>74</sup>. Concordando com esse posicionamento, Ana Carolina Lopes Olsen salienta que a teoria externa é a que mais se coaduna com o amplo sistema de direitos fundamentais consagrados pela Constituição brasileira de 1988, rico em posições jurídicas *prima facie* cujo âmbito normativo mostra-se maleável e sujeito a restrições, tornando necessária a ponderação de bens, princípios e valores, de modo a se poder identificar as posições *definitivas* em cada caso concreto<sup>75</sup>.

Na nossa opinião, entretantes, tanto a teoria externa quanto a teoria interna oferecem utilidade na percepção dos fenômenos jurídicos e, ao que parece, as divergências são mais de ordem ideológica no que tange à atividade interventiva do Estado na interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais e delimitação do seu âmbito de proteção. Enquanto os adeptos da teoria interna se contentam em enxergar os direitos fundamentais conforme as delimitações postas pelo legislador ou pelo aplicador nos casos concretos, o objetivo principal da teoria externa é ressaltar que tal intervenção vem de fora do direito, ou seja, restringindo um direito preexistente, ainda que em estado potencial ou presumido (direito *prima facie*).

---

<sup>74</sup> "Nesta perspectiva, as limitações impostas a estes direitos deverão observar, por sua vez, outros limites, que tem sido designados de *limites dos limites*". SARLET, Ingo. **Op. cit.**, 2015, p. 407. O tema dos "limites dos limites" será abordado em tópico posterior.

<sup>75</sup> "A limitação dos direitos fundamentais, como observou Konrad Hesse, diz respeito à necessidade de coordenação mútua entre as condições de vida garantidas pelos direitos fundamentais, bem como estas condições de vida e outros bens jurídicos essenciais para a coletividade. Os direitos fundamentais, sejam de defesa, sejam a prestações, não são absolutos, e só podem conviver em um sistema constitucional harmônico se admitirem a possibilidade de restrição. (...) Assim, os conceitos trazidos pela teoria externa, se adaptados a uma teoria dos princípios, fornecem o instrumental mais seguro para uma dogmática preocupada com o controle da atividade dos poderes constituídos em relação aos direitos fundamentais". OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 126-127.

O emprego da teoria externa sugere, portanto, uma maior "preocupação com a legitimidade e legalidade da ingerência dos poderes públicos na esfera de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos"<sup>76</sup>.

Com efeito, o grande mérito da teoria externa está em destacar a importância do controle da intervenção dos poderes constituídos, evitando que abusos sejam cometidos na atividade restritiva<sup>77</sup>. Por outro lado, a premissa da teoria interna não pode ser ignorada, eis que, na medida em que o ordenamento jurídico se vale necessariamente de signos linguísticos e esquemas conceituais para exprimir o conteúdo das suas normas, qualquer direito pressupõe uma delimitação mínima do campo de abrangência e de significação da norma, podendo-se falar, neste sentido, em *limites imanentes*. Vale dizer, até mesmo os suportes fáticos amplos apresentam limites a serem observados *a priori*.

É sempre pertinente relembrar a advertência de Larenz de que as construções jurídicas podem assumir de diversos modos a forma de teorias, nunca se podendo falar propriamente de uma "construção correta", sobretudo no terreno das ciências do espírito. Não se deve perder de vista que "fala-se de uma *teoria* decerto apenas onde é controversa a construção correta; se não for este o caso, não é preciso qualquer *teoria*"<sup>78</sup>.

Por esse ângulo, na busca de uma construção teórica que possa racionalmente descrever os fenômenos jurídicos envolvendo direitos fundamentais, entendemos que as incompatibilidades entre as premissas das duas teorias não são obstáculo para que se possa utilizar as categorias essenciais que lhes servem de base, razão pela qual, nos tópicos que se seguirão, empregaremos simultaneamente as noções de *limite imanente* (teoria interna) e de *restrição* (teoria externa) para explicar aspectos distintos que podem ser identificados numa mesma situação desafiadora da aplicação de uma norma de direito fundamental.

---

<sup>76</sup> **Ibid.**, p. 123.

<sup>77</sup> **Ibid.**, p. 127.

<sup>78</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 639.

### 2.2.3 Limites e restrições aos direitos fundamentais

Malgrado as divergências terminológicas, reputamos viável descrever-se um direito fundamental levando em conta tanto *limites* que lhe conformam o conteúdo *prima facie*, quanto *restrições* que possa ainda vir a sofrer nos casos concretos, alterando-lhe essa delimitação inicial. Sob esta ótica, torna-se necessário apontar critérios para diferenciar os limites e as restrições, tomando-os como aspectos que, posto não se confundam e sejam excludentes entre si, podem, todavia, coexistir<sup>79</sup>.

Para se aceitar a concomitância de *limites* e *restrições* aos direitos fundamentais, devemos elaborar uma construção teórica que cuide de descrever, com alguma precisão lógica, as notas distintivas de tais figuras, deixando evidenciada a sua presença simultânea nos fenômenos jurídicos, porém, como parcelas da realidade que sempre se excluem reciprocamente. É preciso partir da premissa de que, no exame do suporte fático de uma norma de direito fundamental, quando se estiver diante de um *limite*, não se poderá falar em *restrição*, e vice-versa. Incompatibilidade haveria apenas se a percepção das figuras continuasse sendo feita na mesma dimensão semântica com que foram construídas pelas teorias interna e externa, já que os adeptos da teoria interna só enxergam limites, enquanto os da teoria externa só reconhecem restrições.

Consoante teremos oportunidade de abordar mais à frente, quando trataremos da inocorrência de danos nos limites a direitos fundamentais (item 4.3.1), a noção de *limite* há muito já vem sendo empregada por doutrinadores brasileiros quando se cuida, por exemplo, dos condicionamentos legalmente impostos ao direito de propriedade por meio de limitações administrativas. Reconhecendo tratar-se de um direito fundamental garantido pela Constituição de 1988 (art. 5º, XXII), o qual, porém, deve atender a uma função social (art. 5º, XXII), Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que, não havendo direitos ilimitados, "falar em direito - e, pois, em

---

<sup>79</sup> Também defendendo a possibilidade de coexistência entre as duas figuras, ver: SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010, v. 1, p. 264.

direito de propriedade - é falar em limitações"<sup>80</sup>. Sustenta o autor, assim, haver um perfil jurídico do *direito de propriedade* no qual está delimitado o conteúdo juridicamente protegido da propriedade em determinado país, salientando que os *limites* que balizam a extensão desse direito em nada o restringem ou sacrificam, revelando-se apenas como atributos e condicionamentos inerentes ao seu conteúdo<sup>81</sup>.

Por outro lado, consideramos simplista demais a ideia de que a identificação dos limites deva se ater ao exame da norma geral e abstrata extraída da Constituição ou da lei, ao passo que as restrições seriam reveladas no enfrentamento dos casos concretos, como resultado da ponderação no choque de princípios jurídicos. Antes mesmo de se falar em conflito de interesses individuais e restrições a direitos, os casos concretos também servem para auxiliar na compreensão do próprio conteúdo e alcance da norma jurídica de caráter geral, mormente quando no texto normativo se empregue termos de significado indeterminado que remetam a conceitos abstratos da linguagem.

Sendo função de qualquer conceito abstrato servir, por meio da linguagem, como um recorte de dados da realidade complexa, separando-os de todo o resto a fim de organizar racionalmente a compreensão dos fenômenos<sup>82</sup>, bem como

---

<sup>80</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 350.

<sup>81</sup> "Assim, é compreensível que dispositivos legais estabeleçam condicionamentos ao exercício da propriedade, traçando, deste modo, o perfil do *direito* correspondente. Em suma, as normas atinentes à propriedade e ao seu uso e gozo definem o âmbito de expressão da propriedade, tal como reconhecida em um dado sistema jurídico. São elas que desenham o que chamamos de 'direito de propriedade', isto é, o conteúdo juridicamente protegido e aceito como válido, em certa ordenação nacional, para a propriedade. (...) São estas considerações que explicam e justificam a chamada *gratuidade* das limitações administrativas à propriedade, isto é, o fato de não serem indenizáveis. Com efeito, por que não se constituem em investidas contra o *direito* de propriedade, mas, pelo contrário, consistindo na própria definição da extensão deste direito, em nada contendem com ele. Por isso, delas não resulta para o Poder Público obrigação de indenizar. Se outro fosse o caso, isto é, se houvera alguma lesão causada ao *direito* de alguém, provocando-lhe detrimento econômico, seria obrigatório ressarcir o agravado". *Ibid.*, p. 351-352.

<sup>82</sup> "O conceito engloba o conjunto de características abstratas definitórias de um certo contexto da realidade. O conceito não se encontra nos fatos. Antes, nós delineamos a separação dos fatos segundo o conceito, ou enquadrados os mesmos fatos em diversos conceitos. (...) As notas conceituais são esquemas definitórios da realidade, que a mente elabora como se fossem moldes preestabelecidos, nos quais certo trecho da realidade pudesse enquadrar-se, ou devesse permanecer pelo lado de fora". BATALHA, Wilson. **Op. cit.**, p. 643. Como adverte Larenz, a própria seleção das notas distintivas dos conceitos abstratos "é essencialmente co-determinada pelo fim que a ciência em causa persegue com a formação do conceito". LARENZ, Karl. **Op. cit.**, p. 625. Portanto, a construção dos conceitos sempre obedece a determinada visão de mundo que de certa forma escolhe aquilo que se deseja compreender, o que varia conforme a cultura de cada povo. Daí porque não raro encontramos signos linguísticos em determinado idioma sem qualquer correspondente semântico em outro.

havendo uma gama de direitos identificados por meio desses conceitos (e.g., vida, propriedade, saúde, moradia, educação etc.), segue-se que tais direitos não de ser primeiramente compreendidos com vistas a *limites* que lhes demarcam o conteúdo e servem de referencial à análise do alcance na norma jurídica que os fundamenta. Em vista disso, estando todo direito condicionado dentro do espaço demarcado por seus limites imanentes, tal condicionamento não é algo que propriamente esteja lhe *restringindo*.

Ainda que se possa utilizar a palavra *restrição* para se referir aos fatores internos delimitadores do conteúdo (qualificando-os como restrições *internas* ou *imanentes*), não se olvida que o que existe aí é um *limite* que já vem previamente reconhecido segundo a tradição jurídica em cada momento histórico, sendo a ideia do respectivo direito "construída" por meio de uma interpretação do ordenamento jurídico que leve em conta a dinâmica da realidade social e as particularidades dos casos concretos que vierem surgindo. A verdadeira *restrição*, ao contrário, mais do que mero delimitador do suporte fático da norma, pode operar comprimindo o conteúdo do direito até determinado ponto, sacrificando com isso as situações *a priori* por ele albergadas, mas sempre em razão de fatores externos específicos e distintos daqueles que são levados em conta na delimitação do seu conteúdo.

Certas premissas da teoria interna devem ser levadas a sério quando se constata que qualquer ordenamento jurídico recorre a esquemas conceituais da linguagem para traçar abstratamente os preceitos das normas de conduta, servindo não apenas à interpretação dos textos legais (hermenêutica tradicional), mas, também, à própria compreensão da realidade subjacente ao Direito, dada a valoração dos fatos postos à incidência das normas jurídicas.

Não se trata sequer de um aspecto exclusivo da ciência jurídica, estando presente em todos os fenômenos objeto da percepção humana, porquanto a tentativa do homem de compreendê-los seria impossível sem o intermédio da linguagem. Aliás, mais do que isso, como ensina Gadamer em sua hermenêutica filosófica, tamanha é a influência da linguagem na nossa percepção dos fatos do

mundo, que o próprio resultado da compreensão dos fenômenos acaba se identificando com a linguagem<sup>83</sup>.

Assim, levando em conta os limites da própria linguagem e não obstante as críticas que já foram direcionadas à teoria interna, reputamos útil a tese de que o conteúdo das normas de direitos fundamentais, ainda que tomados esses direitos sob uma perspectiva objetiva e abstrata (como ordem de valores correspondentes aos anseios da comunidade), possuem prévios *limites imanes* que se manifestam na própria compreensão do seu alcance e que podem ser constatados antes mesmo da ocorrência de eventuais restrições decorrentes de fatores externos ao direito fundamental.

Consideramos equivocada a ideia de que tais limites intrínsecos apenas se verificariam nas normas jurídicas de suporte fático restrito, convencionalmente categorizadas como *regras*, reservando-se aos *princípios*, dado o seu suporte fático amplo<sup>84</sup>, tão somente o exame de eventuais restrições que poderão ou não sobrevir nos casos de conflitos com outros princípios. Apesar dos variados graus de concretização dos princípios, conforme assinala Karl Larenz, ora funcionando como ideias jurídicas gerais, ora como subprincípios que estabelecem algum indício de previsão e consequência jurídica<sup>85</sup>, eles também apresentam limites imanes que precisam ser previamente considerados no momento de sua concretização, antes mesmo de se cogitar de conflitos com outros princípios.

---

<sup>83</sup> "A linguagem é o meio em que realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa em questão. (...) A linguagem é o *medium* universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação. (...) Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no *medium* de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete. (...) Compreender e interpretar estão imbricados de modo indissolúvel". GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 1997, p. 497-503. Sobre a ligação entre fenomenologia e hermenêutica em Gadamer, dentre outros temas interessantes sobre o papel da linguagem na compreensão, ver: STEIN, Ernildo; STRECK, Lênio (Org). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>84</sup> "As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários". ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 225. Na medida em que para se atingir tal "estado de coisas" faz-se necessário adotar uma série de comportamentos, os princípios são marcados por um suporte normativo amplo. As regras, ao contrário, por dizerem respeito à adoção de uma conduta já descrita, tem um suporte normativo mais restrito.

<sup>85</sup> LARENZ, Karl. **Op.cit.**, p. 674-675.



Por "prévios" limites imanentes, cumpre de logo esclarecer, não se deve entender de maneira alguma que se tratem de limites extraídos de um campo de significação do texto da norma puramente *in abstracto*. Jamais se poderá conceber uma normatividade descontextualizada dos fatos reais, razão pela qual a interpretação do programa normativo sempre demandará atenção à realidade social ou aos casos concretos em que opera a sua incidência.

Outrossim, a premissa de que a incidência de uma norma de direito fundamental em determinada situação concreta requer primeiramente o exame dos *limites* do seu suporte fático, por mais amplo que este possa se apresentar ao aplicador do Direito, não prejudica a ideia de que novos casos poderão ser pensados ou enfrentados, apresentando particularidades relevantes que passarão a ser reconhecidas e incorporadas pela tradição jurídica como novas alternativas estruturais do programa normativo, ampliando-se ainda mais o suporte fático até então pensado *a priori*.

Imaginar os limites imanentes como dados *prévios*, porém nunca absolutos, eis que sempre *mutáveis*, significa reconhecê-los como já integrantes do programa normativo, ainda que os dados reais reveladores desses limites tenham de vir sendo compreendidos ao longo do tempo, conforme o desenvolvimento histórico-social, *desvelando-se*, com isso, o conteúdo do direito e tornando mais claro o alcance da respectiva norma<sup>86</sup>. É um processo de *esclarecimento recíproco* que Larenz identifica como a estrutura hermenêutica fundamental do processo compreensivo, razão pela qual "o princípio esclarece-se pelas suas concretizações e estas pela sua união perfeita com o princípio"<sup>87</sup>. Segue-se, então, que novas particularidades podem sempre vir a surgir e serem levadas em conta na delimitação do conteúdo do direito fundamental.

---

<sup>86</sup> Tomamos aqui o termo num sentido próximo ao encontrado na ontologia hermenêutica de Heidegger, ao tratar do método fenomenológico do *desvelamento* da verdade: "(...) o que, num sentido extraordinário, se mantém *velado* ou volta novamente a *encobrir-se* ou ainda só se mostra "*desfigurado*" não é este ou aquele ente, mas o *ser* dos entes. O ser pode-se encobrir tão profundamente que chega a ser esquecido, e a questão do ser e de seu destino se ausentam. (...) A fenomenologia é a via de acesso e o modo de verificação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia. *A ontologia só é possível como fenomenologia*. O conceito fenomenológico de fenômeno propõe, como o que se mostra, o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados. Pois, o mostrar-se não é um mostrar-se qualquer e, muito menos, uma manifestação. O ser dos entes nunca pode ser uma coisa "atrás" da qual esteja outra coisa "que não se manifesta". (...) O conceito oposto de "fenômeno" é o conceito de encobrimento". HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 66.

<sup>87</sup> LARENZ, Karl. **Op. cit.**, p. 676.

Vale destacar haver até quem sustente que tais particularidades, observadas em determinados casos, podem vir a ter relevância suficiente a afastar a incidência da norma mesmo que a situação concreta aparentemente esteja albergada por um suporte fático restrito, ao modelo das regras. Assim fazem, por exemplo, os defensores da teoria da *derrotabilidade*, segundo a qual uma regra prevista num dispositivo legal pode ser "derrotada" quando, apesar de aplicável a um determinado caso concreto, deixar de sê-lo em razão de aspectos fáticos relevantes que não poderiam ter sido levados em conta pelo legislador no momento da descrição da conduta hipotética contida no texto da lei, demandando, por isso, uma outra solução jurídica para a questão<sup>88</sup>. Nessa esteira de intelecção, argumenta-se que o direito é um típico sistema de *lógica não-monotônica*, de modo que os problemas enfrentados *a priori* sob determinadas premissas podem vir a ter as suas soluções substancialmente modificadas com a inclusão de novas premissas, hipóteses nas quais o raciocínio jurídico não funciona bem com emprego da lógica formal silogística<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Na ciência jurídica, o termo *derrotabilidade* veio a ser empregado por autores espanhóis a partir do vocábulo inglês *defeasibility*, e assim foi literalmente traduzido para o português. Para transmitir a mesma ideia, utilizam-se ainda outras expressões tais como *superabilidade* ou *excepcionalidade*. E não obstante se tratar de tema relativamente recente no direito brasileiro, a tese de que uma regra jurídica, a princípio aplicável, pode vir a ser *derrotada*, foi originariamente defendida por Herbert Hart em 1948, num ensaio intitulado *The Ascription of Responsibility and Rights*. Em apertada síntese, como assinala Carsten Bäcker, "a derrotabilidade das regras se origina da limitação da capacidade humana em prever todas as circunstâncias relevantes e, por conseguinte, da correspondente deficiência estrutural das regras". Define, assim, a derrotabilidade como "a capacidade de acomodar exceções que não podem ser previstas e enumeradas exaustivamente para todos os casos futuros" explicando que "se as condições de uma regra são satisfeitas, então a conclusão se segue, a menos que ocorra uma exceção, ou seja, se *a*, então *b*, a menos que *c*. Uma vez que não é possível prever todas as exceções, não é possível criar uma regra sem exceções". BÄCKER, Carsten. **Regras, princípios e derrotabilidade**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jul.2011. Sobre o tema, ainda: BERNARDES, Juliano Taveira. **Aborto de feto anencefálico e derrotabilidade**. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/6466/aborto-de-feto-anencefalico-e-derrotabilidade>. Acesso em 08/07/2016; SILVA, Matheus Teixeira. **A excepcionabilidade normativa no processo decisório**. In: "Conversas e controvérsias". Porto Alegre, v.2, n.2, p. 51-64. 2011/2; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 7-10.

<sup>89</sup> "A lógica clássica e a lógica silogística são monotônicas no sentido que, de um conjunto de premissas, podemos deduzir um conjunto de conclusões; porém, quando adicionamos novas premissas ao conjunto inicial de premissas, as mesmas conclusões já deduzidas continuam valendo. Uma lógica não-monotônica é uma lógica diferente da lógica clássica e da lógica silogística, uma vez que nela, de um conjunto inicial de premissas, deduzimos uma certa conclusão, mas, uma vez adicionada uma outra premissa ao mesmo conjunto inicial, as conclusões já deduzidas não continuam valendo necessariamente. Dependendo da premissa adicionada, ela pode "derrotar" a conclusão original e proporcionar uma nova conclusão. Essa é a forma de pensar que os seres humanos utilizam na maioria das vezes em que é necessário raciocinar. Geralmente nos baseamos em premissas gerais, porém elas podem facilmente ser excepcionadas, o que nos força a revisar nossas crenças e extrair novas conclusões. Umberto Eco costuma ilustrar esse ponto com o exemplo do ornitorrinco: um animal em parte mamífero, que coloca ovos e possui um bico de pato. Ele é uma

Ora, do mesmo modo que se pode sustentar racionalmente a *derrotabilidade* de uma regra jurídica, levando em conta novas particularidades dos casos concretos que vierem desafiando a sua aplicação e entendendo que a hipótese de incidência da norma, mesmo quando relacionada a uma específica conduta descrita no preceito normativo (suporte fático restrito), pode admitir exceções ainda não reconhecidas, operando-se, então, uma reconstrução dos limites imanentes reveladores do conteúdo do direito nela contemplado, não vemos incoerência alguma em se defender que os princípios jurídicos, aí incluídos os princípios de direitos fundamentais, também admitem certos limites imanentes traçados por seu programa normativo, conforme as alternativas que vierem sendo fornecidas pelo âmbito normativo, sempre sujeito a eventual correção diante de novas situações da realidade complexa.

Não se trata, tal reconstrução, de uma ponderação levando em conta novas *restrições* ao direito nos casos concretos, como diriam os defensores da teoria externa. Cuida-se, sim, de redefinir os *limites* do conteúdo do direito em si mesmo, nas situações em que as particularidades dos casos concretos se mostram como meros condicionamentos para o exercício do direito, tal como se previstos já estivessem para todos os casos da mesma natureza.

Serve aqui perfeitamente a construção teórica formulada por Friedrich Müller, quando considera que "âmbito normativo e programa normativo nunca são reproduzidos de modo satisfatório no texto normativo", razão pela qual devem "ser mutuamente corrigidos no que diz respeito ao caso particular que os 'provoca' no sentido da palavra"<sup>90</sup>. Salientamos, contudo, como já procuramos esclarecer anteriormente, que não utilizamos aqui a figura do *limite* com a amplitude que lhe foi dada por Müller, porquanto reconhecemos poderem ocorrer também verdadeiras restrições ao conteúdo do direito, sem aquele caráter de condicionamento com que os limites imanentes se caracterizam.

---

curiosa exceção às diversas categorias definidas pelos zoólogos". CELLA, José Renato Gaziero; SERBENA, Cesar Antonio Serbena (Prefácio). In: VASCONCELLOS, Fernando. **Op. cit.**, p. 7-10.

<sup>90</sup> MÜLLER, Friedrich. **Op. cit.**, p. 254. Explica ainda o autor que "âmbito normativo e programa normativo não são meios para encontrar, à maneira do direito natural, verdadeiros enunciados ônticos de validade geral; tampouco ajudam a averiguar o 'verdadeiro sentido' dos textos normativos em termos do tipo definido e juridicamente 'correto' do uso da língua no respectivo contexto normativo. A função de escolha e de delimitação do programa normativo ligada a isso faz com que a análise do âmbito normativo, como parte integrante da concretização jurídica, fortaleça a normatividade da disposição legal como uma normatividade marcada pelos dados reais, em vez de deixá-la de lado em prol de um sociologismo avesso à norma". **Ibid.**, p. 238.

Ao lado disso, na linha da hermenêutica filosófica de Gadamer, é preciso lembrar que qualquer objeto histórico somente pode ser adequadamente compreendido a partir da sua relação com outros objetos. Como assinala Róbson Reis, "dado que não nos é possível conhecer todas as relações com eventos futuros com os quais um objeto ou evento será relacionado, então não há uma determinação completa do objeto da compreensão"<sup>91</sup>. Aduz o autor haver, por isso, uma inevitável *subdeterminação ontológica relacional* de todos os objetos de compreensão<sup>92</sup>, sendo que "objetos relacionais possuem determinações retardadas que somente são estabelecidas se e quando certas relações acontecem com tais objetos"<sup>93</sup>.

Seguindo entendimento semelhante, desta feita amparado na fenomenologia heideggeriana, Wálber Araujo Carneiro leciona que, até por imposição das nossas limitações compreensivas, os objetos de compreensão nunca se mostram isoladamente e são sempre vistos de forma parcial<sup>94</sup>. Apesar dessa inevitável parcialidade da observação, pode-se dizer que, à medida que novas variáveis vão sendo acrescentadas ao campo de percepção, vai aumentando a compreensão acerca da realidade do objeto dentro do contexto histórico em que se insere.

Tais considerações filosóficas aplicam-se de modo muito especial ao campo da ciência jurídica, cuja matéria-prima essencial, como se sabe, são as condutas humanas em sua interferência intersubjetiva, tendo os objetos do Direito, portanto, propriedades necessariamente *relacionais*<sup>95</sup>. Não se trata aqui apenas da influência

---

<sup>91</sup> REIS, Róbson Ramos dos. **Historicidade e mudanças relacionais: os limites da compreensão**. In: STEIN; STRECK. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>92</sup> "Gadamer não usa a expressão 'subdeterminação do objeto da compreensão', mas este parece ser o significado mais preciso de tais declarações. A subdeterminação ontológica de um ente significa a incompletude de suas determinações, isto é, tais entes não estão determinados apenas em si mesmos, mas também a partir das relações que estabelecem. Trata-se, portanto, de uma identidade relacional". **Ibid.**, p. 63.

<sup>93</sup> **Ibid.**, p. 64.

<sup>94</sup> "É que o *ente* nunca se mostra isoladamente, estando sempre em meio a um conjunto complexo de *entes* que, embora sempre se mostre, nunca se mostra por inteiro. Essas são variáveis que nos levam, necessariamente, a um ver parcial do *ente*, seja por que nunca o veremos como um todo, nem nunca o veremos na completude do seu contexto". CARNEIRO, Wálber de. **O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico**. In: STEIN; STRECK. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>95</sup> "Algo muda não apenas quando perde ou adquire alguma propriedade, mas também quando outro objeto, com o qual está em relação, sofre alguma mudança. (...) A noção de propriedade relacional depende da distinção entre aquelas propriedades intrínsecas que um ente possui apenas em função de como é e aquelas propriedades extrínsecas que algo possui em virtude de como uma outra coisa é (Lewis 1982), Assim, propriedades relacionais são extrínsecas, pois o ente dotado de propriedades relacionais somente as possui em razão das determinações de outro ente. Desta forma, mudanças

externa de um objeto sobre outro, mas, de algo que está intimamente relacionado à própria essência do objeto e que lhe confere identidade. De fato, não se pode pensar num direito que não esteja previamente relacionado com um conjunto de outros direitos, constatação esta que antecede ao exame de restrições adicionais ou de violações a esse direito.

Dada a interdependência dos interesses individuais e coletivos, o reconhecimento de um direito, ou de um dever, bem como a alteração de seu conteúdo ou alcance, repercute necessariamente em outros direitos e deveres, pois a mudança nas condições de realização de alguns interesses acarreta sempre alguma consequência para outros interesses<sup>96</sup>.

É fora de dúvida que mesmo nos conceitos normativos dotados de alto grau de abstração, tais como os empregados nos princípios de direitos fundamentais sociais (v.g. "educação", "saúde", "alimentação", "trabalho", "moradia", "lazer", "segurança", "previdência social", "proteção à maternidade e à infância", "assistência aos desamparados" - CF/88, art.6º), os termos conceituais de que se vale o texto constitucional apresentam limites de compreensão, tanto mínimos quanto máximos. Na verdade, todo princípio jurídico demanda uma delimitação básica e prévia do seu campo de abrangência, conforme a significação que lhe é dada pelo aplicador do Direito. E até mesmo o que se convencionou chamar de *suporte fático amplo* apresenta limites imanentes a serem observados.

Exemplifiquemos com a complexa questão do direito social à *saúde* e o "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", tal como consta no texto constitucional (CF/88, art. 196). Com vistas à norma extraída deste dispositivo da Lei Maior, qual seria então o conteúdo do *direito à saúde* enquanto objeto de compreensão? No que consiste, em termos de prestações concretas, a promoção, proteção e recuperação da saúde? Como um direito fundamental que garante esse bem (saúde) deve ser tomado em sua posição

---

relacionais autênticas são aquelas referentes a entes que somente pode ser identificados a partir de propriedades intrínsecas e propriedades relacionais". REIS, Róbson. **Op.cit.**, p. 64-65.

<sup>96</sup> Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho aludem à arguta observação de Korkounov no sentido de que "os interesses humanos são, em geral, tão estreitamente ligados, que uma mudança qualquer, introduzida nas condições de realização de um dentre eles, acarreta, sempre, alguma consequência para os outros interesses, que lhe estão ligados de uma maneira mais ou menos completa. Também, a criação por uma norma jurídica, de um dever, para garantir a realização de qualquer interesse, importaria, sempre, em alguma consequência na realização de outros interesses, que lhe estão ligados". ESPÍNOLA; ESPÍNOLA FILHO, *op. cit.*, p. 642.

*prima facie*? Pode-se dizer, no atual estágio da Medicina e dado o contexto social brasileiro, que a proteção à saúde envolve, por exemplo, o acesso a remédios caseiros ou experimentais, cirurgias espirituais ou práticas curandeiras? Estariam tais procedimentos albergados pelo que se compreende como "direito à saúde"?

Não atentando para algum parâmetro semântico previamente delimitador do que seja *promoção, proteção e recuperação* da saúde, os adeptos da teoria externa teriam de defender que, a princípio, ditos procedimentos - desde quando havendo uma pretensão por parte de um indivíduo enfermo que deles acredita necessitar para tentar sobreviver - teriam de ser tratados como integrantes do suporte amplo da norma de direito fundamental, revelando-se, então, como uma posição de direito *prima facie*. Assim, somente após um exercício de ponderação ou sopesamento com outras normas do ordenamento, é que se poderia aventar a existência de restrições que impediram que tal posição se tornasse *definitiva*.

Tal concepção não parece razoável. Obviamente há de existir um limite sobre o que se considera promoção, proteção ou recuperação da saúde, ainda que - e isso tem que ser admitido -, não seja fácil delimitar previamente a fronteira dos conceitos abstratos, sobretudo numa área tão delicada e nos casos extremos em que há risco de vida. Desta feita, a doutrina tem se debruçado sobre a adequada interpretação do art. 196 da Constituição e o seu efetivo âmbito de proteção, construindo teses muitas vezes antagônicas que se proliferam na seara acadêmica ou nas instâncias do Poder Judiciário, buscando definir, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, "se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado passível de garantia pela via judicial"<sup>97</sup>.

Após defender a possibilidade de amplo controle jurídico em atividades específicas relacionadas à saúde básica, saneamento, atendimento materno-infantil, ações de medicina preventiva e prevenção epidemiológica, Ana Paula Barcellos reconhece ser necessário analisar cuidadosamente a extensão ou a abrangência daquilo que se vai definir como *resultado final esperado*, salientando que tal controle

---

<sup>97</sup> Voto proferido no STF: **STA AgR 175**, julg. 17/03/2010.

deve respeitar determinados limites e que eventuais excessos, nesse particular, poderiam acarretar graves repercussões<sup>98</sup>.

É certo que os valores contemplados de modo amplo e abstrato na Constituição (plano axiológico) devem ser tomados como ponto de partida referencial para se localizar o conteúdo de um direito fundamental. Contudo, tal dependerá, ainda, da qualificação desse valores como princípios jurídicos (plano deontológico) e a identificação do respectivo *estado ideal de coisas* para o qual eles apontam em cada contexto histórico, de modo a se poder racionalmente enunciar os comportamentos que devem ser adotados para atingi-lo na prática<sup>99</sup>. Esse estado de coisas, mesmo sendo *ideal*, deve ser pensado conforme os meios disponíveis e as variáveis que forem reveladas na sua compreensão. Vale dizer, é um estado ideal no sentido de um fim que se reputa possível de ser atingido, seja de imediato ou no longo prazo, mas nunca tomado como uma ideia utópica.

Voltaremos a tratar dos limites e restrições dos direitos fundamentais em tópico posterior. A par disso, registre-se que, além das teorias que se ocuparam em examinar o suporte fático das normas constitucionais, a doutrina tem lançado mão de outro importante enfoque a ser também investigado em tema de direitos fundamentais, desdobrando-os sob uma perspectiva objetiva e outra subjetiva, conforme veremos a seguir.

---

<sup>98</sup> Segundo a autora, as principais críticas estão relacionadas a: "(i) o equilíbrio entre a Constituição e o espaço democrático; (ii) a legitimidade do magistrado nesse particular; e (iii) a distorção das relações entre micro e macrojustiças". BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 118.

<sup>99</sup> "Os princípios estabelecem uma espécie de *necessidade prática*: prescrevem um estado ideal de coisas que só será realizado se determinado comportamento for adotado". ÁVILA, Humberto. **Op. cit.**, p. 96.

## 2.2.4 Perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

Examinada a historicidade dos direitos fundamentais e compreendido como se apresentam estruturalmente os limites e restrições conformadores do seu conteúdo, segue-se que, por qualquer opção dogmática que se tome dentre as teorias apresentadas (teorias do suporte amplo ou restrito; teorias externa ou interna), será necessário estabelecer parâmetros substanciais que haverão de servir na fundamentação de tais limites e restrições. Para tanto, a doutrina tem apontado duas perspectivas ou dimensões dos direitos fundamentais: a) a *perspectiva subjetiva*, enquanto proteção dada aos indivíduos *de per se*, suas situações jurídicas subjetivas que lhes garantem desfrutar de determinadas posições de vantagem, inclusive frente à própria comunidade; b) a *perspectiva objetiva*, consubstanciada numa ordem objetiva dos valores que correspondem aos anseios da comunidade e impactam na vida social como um todo.

Ocupando-se as teorias interna e externa com a questão do conteúdo dos direitos fundamentais, seus limites intrínsecos e/ou restrições extrínsecas, é pelo exame das perspectivas objetiva e subjetiva que se pode avançar na investigação dos valores a levar em conta na fundamentação de tais elementos estruturais. A adoção da ideia de um suporte fático amplo sujeito a restrições tem servido de alavanca para os argumentos de ponderação, ao passo que são as perspectivas (ou dimensões) objetiva e subjetiva que indicam os fundamentos empíricos destes argumentos, fornecendo as bases materiais justificadoras das restrições impostas aos direitos fundamentais.

Teorias lógico-estruturais dos direitos fundamentais são importantes, pois, como diz Alexy, "se não há clareza acerca da estrutura dos direitos fundamentais e de suas normas, não é possível haver clareza na fundamentação nesse âmbito"<sup>100</sup>. Contudo, isso por si só não se revela suficiente para uma adequada teoria integrativa dos direitos fundamentais, tornando necessário, ainda, que se incorporem valores adicionais lastreados em dados empíricos<sup>101</sup>. Tais dados, por sua vez, não

---

<sup>100</sup> ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 45.

<sup>101</sup> Nas palavras de Alexy, "nos casos minimamente problemáticos, a decisão não tem como ser tomada com base apenas nos meios da Lógica, a partir de normas e conceitos jurídicos



de ser extraídos não apenas dos anseios de uma existência individual e singularizada, mas, também, da própria condição do homem como um animal político indissolúvelmente ligado a uma existência coletiva<sup>102</sup>.

Destarte, como bem assinala Sérgio Sérvulo, "os direitos fundamentais revelam-se não só como direitos fundamentais do indivíduo, mas também como direitos fundamentais da socialidade"<sup>103</sup>. Também destacando essa "dupla dimensionalidade" ou "duplo caráter" dos direitos fundamentais, Willis Santiago ressalta que daí resulta como tarefa básica a ser cumprida por uma comunidade política "a harmonização dos interesses de seus membros, individualmente considerados, com aqueles interesses de toda a comunidade"<sup>104</sup>.

O enfrentamento da problemática do conteúdo dos direitos fundamentais e de sua concretização, sempre levando em conta as condições materiais da comunidade num determinado momento histórico (por exemplo, a atual situação da nação brasileira) e, sobretudo, quando se pretenda afirmá-los como *direitos subjetivos*<sup>105</sup>, requer que se investigue o significado com que os direitos fundamentais apresentam-se não apenas para os indivíduos tomados isoladamente ou em grupos titulares de tais direitos (perspectiva subjetiva) mas, também, enquanto valor disseminado e de consequências repercutidas por toda a comunidade (perspectiva objetiva).

Cumprido observar que o sentido doutrinariamente atribuído à *perspectiva subjetiva* dos direitos fundamentais é mais restrito do que aquele com que, em tópico inicial deste estudo e amparado na lição de Tércio Ferraz, referimo-nos ao

---

pressupostos. Para tanto, são necessários valores adicionais e, como fundamento desses valores, conhecimentos empíricos". **Ibid.**, p. 48.

<sup>102</sup> "Dizer que a condição humana é política significa afastar, de imediato, a possibilidade de que o humano possa existir isoladamente. Não existe ser humano sem lastros numa existência coletiva. Por mais selvagem ou bruto que o imaginemos, ele só existe como humano no seio do espaço constituído por um viver-junto, por regras compartilhadas, por leis coletivamente aplicadas". DROIT, Roger-Pol. **Mestres do pensamento: 20 filósofos que marcaram o século XX**. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 132.

<sup>103</sup> CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Limites ao poder do estado (ensaio de determinação do direito na perspectiva dos direitos fundamentais)**. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 167-193.

<sup>104</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e teoria do direito**. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 268-283.

<sup>105</sup> Em tópico posterior veremos porque a categoria *direito subjetivo* pode ser empregada em sentido amplo para se referir à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, indo além do âmbito de significação tradicionalmente desenvolvido pela doutrina do Direito Privado.

*fenômeno subjetivo* do Direito<sup>106</sup>. Como ali dissemos, o Direito, enquanto *fenômeno jurídico*, estabelece por meio de suas normas não apenas uma série de direitos (faculdades, poderes), mas também deveres (obrigações, sujeições), fenômeno que, logicamente, também se observa quando se está diante de normas de direitos fundamentais. Já a expressão *perspectiva subjetiva*, tal como vem sendo tomada pela moderna doutrina dos direitos fundamentais, busca apenas focalizar os direitos individuais ou coletivos extraídos das normas de direitos fundamentais, sem abarcar o campo dos deveres e seus destinatários<sup>107</sup>, ao passo que a *perspectiva objetiva* dos direitos fundamentais condiz basicamente com a compreensão que se tem do Direito enquanto fenômeno objetivo, como antes visto, realçando-se apenas que as normas de direitos fundamentais são preceitos moldados por uma ordem objetiva de valores.

A perspectiva objetiva, cujo embrião pode ser encontrado nas teorias valorativas dos direitos fundamentais ainda no início do século XX<sup>108</sup> e veio depois a ser desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão desde o caso *Lüth*<sup>109</sup>, difundiu-se extensamente entre ilustres juristas europeus que nas últimas décadas tanto influenciaram a formação dos constitucionalistas brasileiros. Referindo-se ao caso *Lüth*, Alexy salienta que a partir desta decisão "foram mencionados os conceitos centrais da teoria dos valores sustentada em

---

<sup>106</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio. **Op. cit.**, p. 145.

<sup>107</sup> Sob este aspecto, nota-se que quando se trata de apontar os *deveres* decorrentes das normas de direitos fundamentais - sejam eles deveres *correlatos* (a direitos subjetivos), sejam deveres *autônomos* (sem relação direta com a conformação de algum direito subjetivo), ou, ainda, *deveres fundamentais* (participação ativa dos cidadãos na vida pública) - , a doutrina costuma vinculá-los à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Neste sentido: SARLET, Ingo. **Op. cit.**, 2015, p. 234-239.

<sup>108</sup> "Teorias valorativas dos direitos fundamentais eram defendidas já na época da Constituição de Weimar. Um dos autores mais influentes neste sentido foi Rudolf Smend. De acordo com sua conhecida formulação, o 'sentido substancial de um catálogo de direitos fundamentais' consiste na sua pretensão de 'normar uma série substantiva com um certo grau de unidade, isto é, um sistema de valores ou bens, um sistema cultural'". ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 154.

<sup>109</sup> "Apesar de encontrarmos já na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra certos desenvolvimentos do que hoje se considera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é com o advento da Lei Fundamental de 1949 que ocorreu o impulso decisivo nesse sentido. Neste contexto, a doutrina e a jurisprudência continuam a evocar a paradigmática e multicitada decisão proferida em 1958 pela Corte Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) da Alemanha no caso *Lüth*, na qual, além de outros aspectos relevantes, foi dado continuidade a uma tendência já revelada em arestos anteriores, ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva para os órgãos legislativos, judiciários e executivos". SARLET, Ingo. **Op. cit.**, p.149.

diversas decisões do tribunal: valor, ordem de valores, hierarquia de valores, sistema de valores e sopesamento"<sup>110</sup>.

Na lição de Canotilho, a fundamentação objetiva de uma norma consagradora de um direito fundamental tem em vista "o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária"<sup>111</sup>. José Carlos Vieira de Andrade, no mesmo diapasão, considera que, além de serem faculdades ou poderes atribuídos aos indivíduos, os direitos fundamentais devem ser juridicamente pensados "também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir"<sup>112</sup>. Não se trata apenas de restringir direitos individuais em prol de interesses comunitários; mais do que isso, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como dimensão valorativa, serve para delimitar a própria extensão e alcance do conteúdo atribuído ao direito<sup>113</sup>.

Felipe Rotondo Tornaría assinala que "a presença do interesse geral é um requisito substantivo para a limitação dos direitos fundamentais", sem deixar de reconhecer que a satisfação das necessidades coletivas "deve ser compatível com a proteção dos direitos individuais, os inerentes à personalidade humana ou os que derivem da forma republicana de governo"<sup>114</sup>. São, portanto, aspectos complementares que devem ser equilibrados na definição do conteúdo dos direitos fundamentais.

Optando pela terminologia da *perspectiva subjetiva e objetiva* dos direitos fundamentais<sup>115</sup>, Ingo Sarlet ressalta que essa análise sob dupla perspectiva é uma

<sup>110</sup> ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 154-155.

<sup>111</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 546.

<sup>112</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 145.

<sup>113</sup> Como explica José Carlos Vieira de Andrade, "não se trata somente de negar o caráter absoluto e incondicional dos direitos individuais, possibilitando o seu condicionamento e até a sua restrição para salvaguarda de interesses da comunidade ou dos direitos dos outros. A objectivação dos direitos vai além da possibilidade de compressão que resulta do seu enquadramento social, atinge-os na sua interioridade, já que a dimensão objetiva também pode contribuir para definir (e delimitar) a *partida* a extensão e o alcance do conteúdo que, por interpretação dos preceitos constitucionais, lhe deve ser atribuído". **Ibid.**, p. 146.

<sup>114</sup> TORNARÍA, Felipe Rotondo. **Derechos fundamentales y administración pública**. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. t. 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1587-1602. Tradução livre.

<sup>115</sup> A doutrina brasileira em geral menciona as "dimensões" objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Não obstante, é pertinente a advertência sobre os equívocos conceituais que a palavra "dimensão" pode acarretar nesse contexto, haja vista que também tem sido empregada para designar as gerações de direitos fundamentais que se constituíram desde o Estado liberal até o presente momento, conforme analisamos no tópico anterior (direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração ou dimensão).

das mais relevantes formulações da dogmática do direito constitucional contemporâneo, propiciando que os direitos fundamentais possam "ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade"<sup>116</sup>. Acrescenta o autor que a faceta objetiva dos direitos fundamentais outorga uma função autônoma às normas que preveem direitos subjetivos, transcendendo a perspectiva subjetiva e desembocando "no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais"<sup>117</sup>.

Não obstante poder-se localizar em alguns casos uma perspectiva objetiva desvinculada da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais<sup>118</sup>, no atual contexto histórico dos direitos humanos e dos direitos fundamentais não se olvida da estreita conexão entre as duas dimensões aqui tratadas, conquanto a ordem objetiva de valores, ainda que transcendendo o campo dos interesses particulares dos membros da comunidade, deve manter sempre atenção ao bem-estar do ser humano e a sua dignidade.

No âmbito dos direitos fundamentais sociais, Ana Carolina Lopes Olsen salienta que a dimensão objetiva revela-se especialmente importante para auxiliar na compreensão da fundamentalidade material destes direitos, bem como ajuda a reforçar a comunicação entre o direito e a ética, deduzindo-se daí o próprio fundamento de legitimidade das restrições a direitos fundamentais na dimensão subjetiva individualista, "já que a satisfação do direito fundamental de um cidadão poderá comprometer direitos e bens jurídicos de toda a sociedade"<sup>119</sup>. Conclui Olsen que não se deve dimensionar o conteúdo e o alcance das normas de direitos fundamentais apenas com base na perspectiva subjetiva do titular do direito,

---

<sup>116</sup> SARLET, Ingo. **Op. cit.**, 2015, p. 147.

<sup>117</sup> **Ibid.**, p. 150.

<sup>118</sup> Ana Carolina Lopes Olsen exemplifica, nessa linha, a *teoria institucional* de Peter Häberle (a dimensão objetiva relaciona-se com institutos não necessariamente vinculados à dimensão subjetiva), a *teoria dos valores* de Smend (direitos fundamentais como fatores objetivos de integração unitária do Povo e do Estado) e a *teoria social dos direitos fundamentais* (direitos fundamentais como imposições legiferantes e de fornecimento de prestações). OLSEN, Ana. **Op. cit.**, p. 90-91. Ainda sobre o tema, Ingo Sarlet esclarece ser necessário "distinguir entre a significação da perspectiva objetiva no seu aspecto axiológico ou como expressão de uma ordem de valores fundamentais objetivos e a sua igualmente já citada mais-valia jurídica, isto é, no reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos, para além da perspectiva subjetiva". Daí que, ao lado de uma "função objetiva reflexa de todo direito fundamental subjetivo", existem também "efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva", aí incluídas as "posições jurídicas fundamentais com normatividade restrita à perspectiva objetiva". SARLET, Ingo. **Op. cit.**, 2015, p. 150-151.

<sup>119</sup> OLSEN, Ana. **Op. cit.**, p. 91-92.

devendo ser "ponderados com a esfera jurídica em concreto de todos os cidadãos"<sup>120</sup>.

Esta dupla perspectiva almeja o justo equilíbrio entre os interesses individuais e os da coletividade, o que se reforça ainda mais no contexto histórico que alguns autores vem tratando como sendo uma nova fase do Estado Social, por eles denominada de *Estado Pós-social*, levando a que "as atividades e serviços administrativos selecionados pelas políticas públicas sejam executados de maneira diversa, pensando mais no coletivo do que no individual"<sup>121</sup>. Com isso, desloca-se a atenção também para os interesses difusos da comunidade, porém, sem deixar de lado o devido respeito aos direitos e garantias individuais fundados na dignidade da pessoa humana.

Há certo consenso de que as perspectivas objetiva e subjetiva não se anulam, mas, antes, complementam-se, ambas influenciando no conteúdo dos direitos fundamentais ao fornecerem os elementos de argumentação que servirão na construção dos parâmetros normativos dos limites e restrições desses direitos. As controvérsias surgem, na verdade, quando se trata de definir qual dos vetores deve ter maior força na busca da resultante de equilíbrio entre interesses individuais e difusos, haja vista que uma demasiada atenção que se pretenda dar aos anseios da coletividade pode inadvertidamente fazer despontar um ambiente de arbítrio no qual os direitos fundamentais acabariam pisoteados.

Para evitar esse risco, a doutrina contemporânea vem insistindo na preeminência da perspectiva subjetiva, que seria sempre a "vocação" do direito fundamental e à qual se agrega a perspectiva objetiva<sup>122</sup>, razão pela qual uma ordem objetiva de valores, condizente com os direitos fundamentais, há de sempre tomar como premissa a proteção da esfera de liberdade dos indivíduos contra intervenções dos poderes públicos<sup>123</sup>. Na linha de defesa do conteúdo essencial dos

---

<sup>120</sup> **Ibid., loc. cit.**

<sup>121</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 49. Esclarece o autor que "isso não quer dizer que a satisfação dos direitos subjetivos fundamentais não seja respeitada ou a necessidade individual não seja contemplada; ao contrário, além desses, o Estado preocupa-se com atender aos reclamos da sociedade como um todo". **Ibid., loc. cit.**

<sup>122</sup> "A inegável relevância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não deve obscurecer sua 'vocação' subjetiva; a dimensão objetiva agrega-se à proteção subjetiva". NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 40.

<sup>123</sup> Destacando trecho da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão no caso Lüth, no qual fica clara a primazia da perspectiva subjetiva sobre a objetiva, Alexy assinala que , "ainda que o

direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva sustenta que, se a dimensão subjetiva protege as posições jurídicas individuais, é a partir da dimensão objetiva que se proíbe que sejam criadas restrições à eficácia dos direitos fundamentais que acabem por torná-los sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles<sup>124</sup>.

Urge compreender que mesmo ao se adotar uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, enquanto ordem objetiva de valores dispersos numa comunidade, o alvo da proteção desses valores são prioritariamente os interesses concretos dos indivíduos que integram a comunidade, tomados estes em seu conjunto enquanto beneficiários de um *interesse público* respaldado em finalidades essenciais aos quais todos atribuem considerável importância para a convivência social e que não se confunde com os interesses individuais do Estado<sup>125</sup>. Não se trata de valores teoricamente construídos em prol de uma coletividade abstrata ou muito menos interesses de determinado grupo político hegemônico<sup>126</sup>. O interesse

---

Tribunal Constitucional Federal parta do pressuposto, também nesta decisão, de que 'os direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos poderes públicos', ou seja, de que eles são 'direitos de defesa do cidadão contra o Estado', ele acrescenta, na mesma decisão, que 'igualmente correto é o fato de que a Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, (...) também estabeleceu, na seção dedicada aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores (...) Esse sistema de valores, em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social, deve valer, como decisão constitucional fundamental, para todos os ramos do direito". ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 154.

<sup>124</sup> "Se se parte de um *enfoque apenas objetivo*, o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser definido a partir do significado desse direito para a vida social como um todo. Proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental, nesse sentido, significa proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles. Como se percebe, esse enfoque assemelha-se muito à própria ideia de *cláusulas pétreas*, já mencionadas anteriormente. A partir de um *enfoque subjetivo*, a garantia do conteúdo essencial de um direito fundamental não tem relação com o valor e a extensão desse direito para o todo social; em cada situação individual deveria haver, segundo esse enfoque, um controle para se saber se o conteúdo essencial foi, ou não, afetado". SILVA, Virgílio. **Op. cit.**, 2010, p. 185-186.

<sup>125</sup> Como salienta Celso Antônio Bandeira de Mello, "uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses, põe a nu a circunstância de que não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de direito público. O Estado pode ter, tanto quanto as pessoas, interesses que lhes são particulares. Não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado". MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 100.

<sup>126</sup> Como adverte Luís Roberto Barroso, o problema de se compreender adequadamente a ideia de supremacia do interesse público frente aos interesses particulares "ganha complexidade quando há confronto entre o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental. (...) Um interesse não pode ser considerado público e primário apenas por corresponder ao ideário dos grupos hegemônicos no momento". BARROSO, Luís Roberto. **O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público**. In: SARMENTO, Daniel

público que consubstancia a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não se contrapõe necessariamente aos interesses individuais ou particulares, revelando-se como a dimensão pública dos anseios das pessoas, não por razões egoísticas, mas enquanto membros da comunidade e partícipes das decisões políticas na sociedade.

Os indivíduos, encarados como sujeitos de direitos fundamentais (perspectiva subjetiva), jamais podem ser tratados como peças de engrenagem que movimentam um motor coletivo. Isto há de ser sempre lembrado, para que não se incorra no equívoco histórico de, em nome de supremos valores abstratos supostamente enaltecidos em benefício da comunidade, resvalar-se para regimes coletivistas e totalitários que acabam por aniquilar a dignidade dos indivíduos enquanto sujeitos de direitos fundamentais.

Noutro giro - e esse é um aspecto sobre o qual nos debateremos ao longo do presente estudo -, ainda que não se deva superdimensionar a perspectiva objetiva em prejuízo da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, não se pode também ignorar a ordem objetiva de valores de maneira a se enxergar apenas a perspectiva subjetiva como a única pedra de toque no enfrentamento da questão do conteúdo dos direitos fundamentais. Isso também precisa ser esclarecido: a perspectiva objetiva não apenas serve para reforçar as posições jurídicas fundamentais dos indivíduos (perspectiva subjetiva), mas, também, conferir-lhes o devido enquadramento jurídico em termos de alcance e efetividade dos direitos fundamentais, notadamente daqueles direitos sociais em relação aos quais se exija determinadas prestações materiais por parte do Estado.

Ao mesmo tempo em que a perspectiva objetiva não pode ser encarada em detrimento da dignidade da pessoa humana, ela também conduz, nas palavras de Ingo Sarlet, a uma *responsabilidade comunitária dos indivíduos*, podendo-se dizer, nesse contexto argumentativo, que "todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais"<sup>127</sup>. A assertiva de que não se deve aviltar a dimensão subjetiva, subordinando-a aos valores comunitários, não obsta a conclusão de que a dimensão objetiva serve também para delimitar o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, preservando-lhes o núcleo

---

(Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, prefácio.

<sup>127</sup> SARLET, Ingo. **Op. cit.**, 2015, p. 152.

essencial<sup>128</sup>. Daí a ponderação que precisa ser feita entre os valores sob a forma de normas (princípios) envolvidos em cada caso, quando se pretenda afirmar um direito subjetivo e lhe conferir eficácia com base em direitos fundamentais.

### 2.2.5 Situações jurídicas fundamentais e direitos subjetivos

Na dogmática que desde o século XIX veio se desenvolvendo em torno das categorias elementares da ciência do Direito, o conceito de *situação jurídica* foi elaborado num sentido amplo para designar toda e qualquer posição de um indivíduo em face de uma norma ou de uma instituição<sup>129</sup>. Com este significado, aquilo que no primeiro tópico desse estudo dissemos sobre os "direitos" e "deveres" (*lato sensu*), compreendidos como as duas modalidades essenciais com que se apresenta o fenômeno subjetivo do Direito, pode agora ser unificado na figura da *situação jurídica subjetiva*.

A gênese deste conceito encontra antecedentes na obra de Duguit, quando o publicista francês, contestando a ideia de direito subjetivo, aludiu ao que chamou de *situações de fato de natureza subjetiva*<sup>130</sup>. Entretanto, tendo sido depois superados

---

<sup>128</sup> "É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes, de tal sorte que não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transindividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, neste sentido, sempre coletiva), no âmbito da supremacia apriorística do interesse público sobre o particular". *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>129</sup> Como anota Wilson de Souza Campos Batalha, "situação jurídica é conceito mais amplo que o de direito subjetivo e de relação jurídica. A relação jurídica supõe ligação entre, pelo menos, duas pessoas; a situação jurídica independe dessa ligação, podendo haver situações jurídicas de caráter puramente individual, ao passo que não se concebem relações jurídicas senão com caráter de intersubjetividade. A situação jurídica representa a posição do indivíduo em face de uma norma ou de uma instituição. Enquanto essa posição é meramente teórica ou hipotética, a situação jurídica é abstrata. Quando ocorre fato ou ato jurídico que enquadre o indivíduo na norma ou na instituição, a situação jurídica passa a ser concreta (p. ex., o fato de alguém atingir 21 anos de idade o coloca na situação jurídica de maioridade)". BATALHA, Wilson. **Op. cit.**, p. 161

<sup>130</sup> Explica Flávio Galdino que, originariamente no contexto da teoria de Duguit, "dentro de uma concepção organicista ou comunitária da sociedade e do Direito (publicística, pois), a situação jurídica foi concebida para substituir o direito subjetivo. Através dela correlacionam-se interesses e finalidades sem intermediação do sujeito, isto é, sem que ele ou a atividade por ele desenvolvida fossem determinantes na operação jurídica, sendo o sujeito, então, um elemento meramente marginal nessa



os debates sobre a existência de direitos subjetivos, a categoria *situação jurídica* foi revista, deixando de ser compreendida como mera situação de fato amparada por lei (teorias negativistas do direito subjetivo) e passando a designar o gênero no qual o direito subjetivo representa uma das espécies<sup>131</sup>.

Nesse prisma, falar em *situações jurídicas fundamentais* significa examinar os direitos fundamentais sob a perspectiva subjetiva já mencionada em tópico anterior, encarando-os como *posições de faculdades e poderes* conferidos pelas normas de direitos fundamentais a determinados sujeitos, as quais geram, por sua vez, *posições de sujeições e obrigações* impostas aos destinatários de tais normas, seja o Estado, sejam os demais membros da comunidade.

Apesar de a *situação jurídica* poder servir como categoria genérica tanto para designar as posições que conferem direitos a seus titulares, quanto as que estabelecem deveres aos destinatários das normas de direitos fundamentais, enfocaremos aqui apenas o primeiro aspecto, equivalente à expressão "direito" no sentido amplo, cuja significação vai além das típicas situações de direito subjetivo tratadas pela doutrina tradicional.

A abordagem remete a uma teoria analítica dos direitos, tal como a elaborada por Robert Alexy, quando este aponta uma tríplice divisão das posições jurídicas fundamentais que são comumente designadas como "direitos" em (1) *direitos a algo*, (2) *liberdades* e (3) *competências*<sup>132</sup>.

Destacamos aqui a premissa empregada pelo ilustre jurista germânico em sua teoria dos direitos fundamentais, notadamente quando constata e busca dar solução ao inegável problema polissêmico da palavra "direito" neste vasto campo. Sem olvidarmos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais enquanto ordem objetiva de valores da comunidade, centralizaremos nesse ponto a sua análise sob a

---

operação. Assim, também a posição jurídica - embora seja possível identificar diferenças entre essas figuras, para os fins deste estudo, são categorias equivalentes. Cuida-se de construção elaborada por partidários das teorias negativistas (do direito subjetivo)". GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 84.

<sup>131</sup> REALE, Miguel, **Op. cit.**, p. 242. No mesmo sentido, destacando essa evolução teórica, Galdino salienta que "a revalorização da pessoa humana e da subjetividade (ou personalidade) determina ampla metamorfose conceitual da situação jurídica que é absorvida pelo sujeito, em última análise, o destinatário final da normatividade (...) Na verdade, a partir da distinção entre diversas figuras correlatas, como sejam ônus, poderes, e os próprios direitos subjetivos, entre outras que tais, construiu-se uma categoria genérica. As tais figuras seriam espécies do gênero situação jurídica subjetiva, que representa esse complexo de posições ativas e passivas do sujeito em sua relação com o ordenamento jurídico". GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 84.

<sup>132</sup> ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 193.

perspectiva subjetiva, ou seja, enquanto referidos a *situações jurídicas fundamentais*, tomadas como *direitos* em sentido amplo.

Sabe-se que o método analítico busca compreender o objeto de estudo decompondo-o em partes e traçando conceitos e definições básicas para as diferentes situações em que o problema se apresenta<sup>133</sup>. Daí porque, destacando a diversidade de designações do termo "direito" - mais especificamente da expressão "direito subjetivo" - e o problema terminológico que isso tem suscitado, Alexy assinala ser recomendável empregá-la primeiro como um conceito mais amplo possível (um *supraconceito*), para, em seguida, elaborar conceitos menores que possam esclarecer as distintas posições abarcadas por cada definição<sup>134</sup>.

Mais do que mera questão teórica ou filosófica, a análise estrutural da norma de direito fundamental e, em seguida, a investigação do seu alcance e conteúdo nas hipóteses de incidência em que se garante uma pretensão a determinado sujeito (configurando aquilo que, classicamente, denominou-se *direito subjetivo*) é um problema de cuja solução depende a adequada aplicação do Direito nos casos concretos. Como ainda veremos, da mesma forma que restringir demasiadamente o alcance de um direito ou limitar-lhe o conteúdo coloca em xeque a própria legitimidade do sistema jurídico que o prescreve, uma inadvertida ampliação desse alcance pode terminar por torná-lo igualmente insuscetível de efetividade.

Já destacamos que no texto da Constituição brasileira de 1988 a palavra "direito" é utilizada com diversos alcances significativos. É preciso, então, compreender em que consistem tantas posições jurídicas tratadas sob esse rótulo genérico, como elas se estruturam e, sobretudo, examinar de que forma e sob que condições tais direitos podem ser efetivados.

---

<sup>133</sup> Em que pese os riscos que o formalismo do método analítico acarreta, caso se cometam exageros nas análises conceituais, distanciando-as demasiadamente da realidade, Virgílio Afonso da Silva defende que tal método pode esclarecer as diversas pré-compreensões necessárias para que se examine adequadamente as distintas situações em que se realizam: "é justamente a partir do método analítico que se criam todas as condições teóricas para a construção de um modelo que tenha seu foco central em exigências reais de *fundamentação* e na criação de *ônus argumentativos claros* para qualquer atividade que implique restrição a um direito fundamental ou para qualquer omissão que implique uma não-realização de um desses direitos". SILVA, Virgílio. **Op. cit.**, 2010, p. 38.

<sup>134</sup> ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 193.

Reconhecendo a diversidade no emprego do termo *direito subjetivo* e a importância de se distinguir as posições jurídicas albergadas pelo conceito<sup>135</sup>, Alexy propõe denominar *direitos a algo* as posições jurídicas em cuja estrutura se identifica uma relação triádica composta pelo titular ou *portador* do direito, o *destinatário* do direito e o *objeto* do direito. Vale dizer, o objeto de um direito a algo é sempre uma *ação* do destinatário, a qual, por sua vez, pode ser uma *ação negativa* (no sentido de não se embarçar, afetar ou eliminar a posição jurídica configuradora do direito) ou uma *ação positiva* (por meio de prestações fáticas ou da criação de normas que viabilizem a efetivação do direito)<sup>136</sup>.

Como nem todo direito subjetivo apresenta a estrutura de um *direito a algo*, Alexy coloca como conceitos residuais, ainda, as *liberdades* e as *competências*. Nesse passo, a base do conceito de *liberdade* é constituída "por uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade"<sup>137</sup>.

Enquanto o *direito a algo* tem em mira determinada ação do destinatário da norma, a *liberdade* é um direito que garante a remoção de um obstáculo à liberdade, de modo que uma liberdade é protegida como "um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida"<sup>138</sup>. Vê-se, pois, que o conceito de *liberdade* encontra, em Alexy, uma amplitude maior do que o conceito de *direito a algo*; ou seja, a liberdade protege todas as posições do titular do direito fundamental e não apenas as posições consubstanciadas num direito a algo.

No tocante às *competências*, Alexy assinala que representam um grupo de direitos "constituído pelas posições que são designadas por termos ou expressões como 'poder' ou 'poder jurídico' (*power*), 'competência' (*competence*), 'autorização', 'capacidade', 'direito formativo' e 'capacidade jurídica'<sup>139</sup>. Uma norma de competência coloca o sujeito numa posição jurídica de alterar a posição de outro

---

<sup>135</sup> "A diversidade daquilo que é designado como 'direito (subjetivo)' cria um problema terminológico. Deve a expressão 'direito (subjetivo)', de plurivocidade e vagueza quase insustentáveis, ser reservada apenas para algumas posições, ou deve ser ela utilizada em um sentido o mais amplo possível? A primeira alternativa traz consigo o perigo de polêmicas estéreis sobre o que pode ser designado corretamente como 'direito (subjetivo)'. Mais importante que essa questão é conhecer a estrutura das diferentes posições". *Ibid.*, p. 192.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 220.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 233.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 235.

sujeito, sem que sejam necessárias ações de outros sujeitos<sup>140</sup>. No âmbito dos direitos fundamentais, a competência deve ser examinada tanto do ponto de vista do cidadão (v.g. o direito de adquirir uma propriedade, de votar, contrair matrimônio, criar associações, manifestar disposições testamentárias etc.<sup>141</sup>), quanto no que concerne a restrições às competências do Estado (normas negativas de competência)<sup>142</sup>.

Cumpra salientar que estas três categorias de posições jurídicas apontadas por Alexy estão inegavelmente relacionadas. Os *direitos a algo* revelam-se como posições concretizadoras de *liberdades*, ao passo que as *competências* constituem um núcleo elementar destas. Daí serem tratadas genericamente como direitos (subjetivos) em vários diplomas legislativos e pela própria doutrina.

O tema não é novo em sua essência, pois os debates em torno da natureza do direito subjetivo vieram percorrendo os séculos. O embrião disso pode ser localizado na filosofia nominalista de Guilherme de Ockam, ainda no século XIV, quando se focava a relação entre o indivíduo e o poder político<sup>143</sup>. Mais tarde, a

<sup>140</sup> **Ibid.**, p. 242.

<sup>141</sup> Existe uma relação entre as *competências* e as *liberdades*. A competência figura como um componente conceitual elementar da liberdade, integrando aquilo que nela não deve ser eliminado da esfera de poderes do indivíduo. "Quanto mais individualista for uma teoria normativa dos direitos fundamentais, mais direitos a competências ela reconhecerá. (...) Por meio do reconhecimento de competências, a margem de ação do indivíduo é expandida. Uma expansão das competências do indivíduo significa - desde que se pressuponha que o exercício da competência não é nem obrigatório, nem proibido - um aumento da sua liberdade jurídica. Por essa razão, o não-reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade - e, sem dúvida, um obstáculo especialmente eficaz. Ele faz com que o objeto da liberdade (realizar ou não realizar o ato jurídico) seja eliminado por razões *conceituais*. A liberdade jurídica de realizar um ato jurídico pressupõe necessariamente a competência para fazê-lo. (...) Enquanto nos casos de garantia de uma liberdade jurídica, ou seja, quando se permite que algo seja realizado ou deixe de ser realizado, o ordenamento jurídico comporta-se de forma passiva em relação às alternativas de ação, ele se comporta de forma ativa no caso de garantia de uma competência: ele cria uma alternativa de ação". **Ibid.**, p. 244-246.

<sup>142</sup> "O contraponto à competência do cidadão é a competência do Estado ou de seus órgãos. Neste ponto, as normas de direitos fundamentais entram em jogo como normas negativas de competência. Uma norma negativa de competência é uma norma que restringe uma norma positiva de competência. É possível também dizer que normas negativas de competência introduzem cláusulas de exceção nas normas positivas de competência. Dessa forma, elas colocam o Estado em uma posição de não-competência, e o cidadão em uma posição de não-sujeição". **Ibid.**, p. 247-248.

<sup>143</sup> "A chamada concepção individualista acerca do direito subjetivo remonta a Guilherme de Occam, que ao desconhecer a imutabilidade do direito natural e preconizar a origem permanente, humana, arbitrária e convencional do termo deu origem a todas aquelas posturas que ao se opor à concepção do direito natural como o justo objetivo (concepção objetivista e realista) apresentam um estado pré-social composto por indivíduos separados entre si que se unem não em razão de uma natureza comum, senão para defender as liberdades e poderes. A sociedade não é então mais um produto natural e o centro será, a partir dali, o estado de natureza do homem, cujos direitos subjetivos se asseguram e se resguardam mediante o pacto social". CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**, v II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 89. Tradução livre.

noção de direito subjetivo veio a se desenvolver no campo privatístico, passando a adquirir a feição com que hoje a conhecemos<sup>144</sup>. Desde o século XIX, consagrados juristas ocuparam-se em traçar teorias detalhadas acerca da natureza dos direitos subjetivos e a distinção entre as variadas situações jurídicas subjetivas no âmbito das relações privadas<sup>145</sup>.

Considerando o amplo espaço de liberdade de que gozam os indivíduos, a doutrina civilista veio decompondo o direito subjetivo, dele extraíndo os conceitos de *licitude* (esfera de liberdade que possibilita o surgimento de direitos subjetivos) e de *pretensão* (poder que caracteriza essencialmente o direito subjetivo)<sup>146</sup>. Traçou-se, assim, uma correlação entre o direito subjetivo e o direito de ação, que não se confundem, porém, estão ligados por um poder-faculdade que tem o indivíduo, ou quem o represente, de fazer atuar o seu direito<sup>147</sup>. Nessa linha, portanto, haveria "direitos" que, apesar de lícitos, não seriam propriamente direitos subjetivos, porquanto desprovidos de pretensão, de maneira que a esfera do *lícito jurídico* comportaria, além dos direitos subjetivos, uma série de manifestações de vontade dos indivíduos sem deveres correlatos a cargo de outros<sup>148</sup>.

<sup>144</sup> GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 57.

<sup>145</sup> A natureza do direito subjetivo é assunto que despertou larga controvérsia na doutrina civilista, desde o século XIX. Destacam-se as divergências entre as teorias da *vontade* (Windscheid), do *interesse* (Jhering), as teorias *ecléticas* (Jellinek, Michaud e Sternberg), a teoria da *vontade potencial* (Del Vecchio), a teoria da *situação de fato* (Duguit), a teoria *pura* (Kelsen), a teoria *egológica* (Cossio). Sobre o tema: ; REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007; MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

<sup>146</sup> "A *licitude* é a possibilidade jurídica de agir, nos limites da lei, para a satisfação dos próprios interesses. Todo sujeito de direito move-se, com independência, numa esfera de liberdade, praticando atos que o ordenamento jurídico legitima, se forem *lícitos*. É na esfera da liberdade que a *autonomia privada* se exerce provocando o nascimento de *direitos subjetivos* e das *faculdades* que compreende. (...) *Pretensão* é o poder do titular do direito subjetivo de exigir uma ação ou uma omissão de quem deva praticá-la ou de quem deve abster-se". GOMES, Orlando. **Op. cit.**, 1995, p. 109.

<sup>147</sup> "A pretensão vem a ser o próprio poder, que, em virtude do reconhecimento, pela ordem jurídica, do vínculo entre o bem e o sujeito, se atribui a este para fazer atuar o seu direito, exigindo a realização e a proteção asseguradas pelo direito objetivo. (...) Assim, se é certo que o indivíduo, que tem um direito subjetivo, estando a utilização do bem na dependência de que uma pessoa, especialmente obrigada, faça uma prestação, se imponha uma omissão, ou tolere uma situação, tem o poder de coagi-lo ao cumprimento do dever, para isso tomando a iniciativa de reclamar dos órgãos da justiça pública que efetivem a realização da força protetora, que a ordem pública pôs a sua disposição, quando reconheceu como jurídica a sua relação com tal pessoa e o vínculo mediato com a coisa, há uma nuance bem definida entre o direito e a ação, firmando-se a pretensão como uma das modalidades daquele poder-faculdade, força probabilidade, que tal reconhecimento conferiu ao titular, isto é, como uma figura intermediária entre o direito subjetivo e o direito de ação". ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Op. cit.**, p. 602-603 e 605.

<sup>148</sup> "Não basta que o ato, por juridicamente relevante que se apresente, seja permitido, ou não seja proibido, para que configure um direito subjetivo. Apreendeu Thon a realidade, quando apregou que,

Não obstante, já havia autores que enxergavam, mesmo aí, uma espécie de direito subjetivo de caráter absoluto (oponível a todos, inclusive ao Estado)<sup>149</sup>. Falou-se, também, em situações jurídicas anteriores à completa subjetivação do direito, ou seja, reconhecendo-se dados jurídicos que antecedem e influem na formação do direito, mas que não são ainda o próprio direito. É a doutrina da *posição jurídica*, segundo a qual haveria estádios gradativos para a construção dos direitos a depender de cada situação<sup>150</sup>.

Enriquecendo ainda mais as argumentações sobre o tema das situações jurídicas subjetivas, o debate contemporâneo veio se desenvolvendo sob diversas matizes ideológicas em torno do papel do Estado e da própria função do Direito, movimento que abriu espaço a construções dogmáticas mais sofisticadas, com abordagens tanto estruturalistas quanto funcionalistas<sup>151</sup>, voltadas ao enfrentamento da questão da eficácia dos direitos fundamentais e cimentando um vasto universo teórico neles centrado. Diante disso, a compreensão sobre o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais - neles incluídos, em alguns sistemas jurídicos, os direitos sociais - perpassa pelo debate histórico travado em torno do conceito de direito subjetivo e o seu pano de fundo ideológico.

---

para haver direito, é preciso que a ordem jurídica ligue ao exercício do poder natural de uma pessoa (*des natürlichen Können einer Person*) uma certa consequência jurídica, ou, mais precisamente, que seja conferido ao indivíduo um poder de natureza jurídica, que é o de realizar, pelo seu ato, a condição estabelecida para que o imperativo do direito objetivo entre em ação". *Ibid.*, p. 630.

<sup>149</sup> Ao lado das situações configuradoras de direitos subjetivos, "outras reconhece a ordem jurídica, em que existe uma autorização de gozo do titular sem a ideia precisa de dever correlato. Diz-se que o indivíduo tem direito à liberdade, direito à legítima defesa, direito de circular, de associar-se etc. É o que Ferrara designa como 'a esfera do lícito', na qual se move a liberdade humana nas suas várias manifestações (comer, dormir, trabalhar, professar um culto, manifestar o pensamento), e que se desenvolvem sem a necessidade de especial concessão da lei. Nestas situações, em que o indivíduo realiza a liberdade, ou as suas atividades, visando a fins econômicos ou hedonísticos, queremos ver direitos subjetivos (os direitos de personalidade), tão nitidamente caracterizados quanto os que traduzem as relações de crédito, porque implicam num poder de ação do indivíduo, seja contra qualquer outro que se oponha à sua efetivação, seja contra o próprio Estado, se é um agente seu que transpõe o limite entre a harmonia social e a esfera individual". PEREIRA, Caio. **Op. cit.**, p. 26.

<sup>150</sup> "Pode-se, com justeza, comparar-se a posição jurídica às posições no jogo de xadrez. 'Para se chegar a um resultado, faz-se mister, no enxadrismo - observa Pontes de Miranda - efetuar, um após o outro, vários lanços que constituem umas como avançadas e paralisações, necessárias à vitória. Cada lanço estabelece um estado, uma situação jurídica, 'Rechtsslage', que pressupõe as anteriores e não se pode criar à vontade (...). Os jogadores podem misturar as peças e deixar para outra vez, o início de um novo combate. Mas não pode qualquer jogador resolver, de si só, o termo da partida, ou fazer-se posição sem anterioridades. Fora uma injustiça, manifesta de si mesma; pois que se tem de reconhecer ao adversário todas as possibilidades que a presente situação do jogo lhe oferece. Assim, no mundo jurídico, em se tratando de estádios que não constituem um direito: este surgirá do êxito da partida' (*Tratado de Direito Privado*, t.I, vol. XVI, parte I, pp. 41 e 42)". LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 120.

<sup>151</sup> Sobre a distinção entre a abordagem estruturalista e a abordagem funcionalista do Direito no pós-positivismo, confira-se: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

Na literatura jurídica, é clássica a distinção entre *norma agendi* e *facultas agendi*, dicotomia que, embora deficiente na descrição dos fenômenos jurídicos, ao menos teve o mérito de apresentar o direito objetivo e o direito subjetivo como partes necessariamente complementares de um mesmo fenômeno<sup>152</sup>.

Discorrendo sobre o que chama de *debate histórico e ideológico acerca dos direitos subjetivos*, Wilson de Souza Campos Batalha destaca que por detrás do enfoque dogmático do direito subjetivo, enquanto categoria da ciência jurídica, sempre se identifica o aparato ideológico. Identifica, assim, distintas tendências na história moderna do pensamento jurídico no tocante à natureza do que veio a se chamar *direito subjetivo* em cada contexto histórico-cultural, apontando variações de abordagens, *v.g.*, no âmbito do jusnaturalismo individualista, do supra-individualismo, do positivismo, do marxismo, do realismo escandinavo, do existencialismo e da escola egológica, além dos acirrados debates teóricos que se travaram em torno da própria essência do direito subjetivo, destacando-se as teorias da vontade (Windscheid, Savigny), do interesse (Jhering) e diversas teorias ecléticas que se seguiram<sup>153</sup>.

Considerou-se inicialmente o direito subjetivo como expressão da vontade humana, enquanto faculdade psicológica reconhecida pelo Direito, ou seja, como uma *vontade juridicamente protegida* (Windscheid). Esta teoria, contudo, por estar calcada num elemento subjetivo de difícil constatação empírica, logo cedeu espaço a uma teoria centrada em dados mais objetivos e pretensamente identificadores de tudo aquilo que interessa aos indivíduos e lhes traz vantagens, passando-se a tratar o direito subjetivo como um *interesse juridicamente protegido* (Jhering). Buscando conjugar estes dois elementos conceituais (vontade e interesse), teorias ecléticas foram depois desenvolvidas, ora encarando o direito subjetivo como um *interesse protegido enquanto atribui a alguém um poder de querer* (Jellinek), ora como uma *possibilidade potencial de querer* (Del Vecchio)<sup>154</sup>.

Esta última concepção de Del Vecchio, tratando o direito subjetivo como uma vontade *in potentia*, abriu caminho a teorias que no início do século XX vieram até

---

<sup>152</sup> "Um autor moderno, W. Burckhardt, declara que o direito subjetivo está para o objetivo como a área interna de um cone está para a sua face externa protetora. É impossível conceber-se, efetivamente, o direito subjetivo desligado do objetivo". REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 235.

<sup>153</sup> BATALHA, Wilson. *Op. cit.*, p. 140-156.

<sup>154</sup> REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 234-240.

mesmo a negar a existência do direito subjetivo, como fez Hans Kelsen, considerando o direito subjetivo como nada mais do que o poder jurídico outorgado para o adimplemento de um dever jurídico, ou seja, uma simples subjetivação do próprio direito objetivo<sup>155</sup>. Na mesma linha a lição de Léon Duguit, quando contestou a existência de direito subjetivo, considerando-o como mera *situação de fato de natureza subjetiva* albergada pelo ordenamento jurídico<sup>156</sup>. Para Duguit e demais seguidores do realismo socialista francês, os direitos e faculdades dos indivíduos dispostos dentro de uma sociedade haveriam de ser sempre vistos como "funções sociais"<sup>157</sup>. Tais teorias foram alvo de críticas, por esvaziarem completamente o conteúdo do conceito de direito subjetivo, enxergando um fenômeno essencialmente bilateral apenas por um de seus lados, o do dever que tem o destinatário da norma, olvidando a importância que se precisa dar também ao sujeito do direito, aquele que é protegido pela norma.

Observando as peculiaridades existentes nas relações jurídicas entre os indivíduos e o Estado, Georg Jellinek apresentou a sua clássica teoria dos quatro *status*: a) *status subjectionis* ou *status* passivo (indivíduo subordinado aos poderes

---

<sup>155</sup> Como explica Reale, "a posição de Del Vecchio já assinala uma ponte de passagem para a compreensão do direito subjetivo em termos estritamente formais, tal como se desenvolve no normativismo jurídico de Kelsen. Segundo esse mestre da Teoria pura do Direito, o direito subjetivo não é senão uma expressão do *dever jurídico*, ou, por outras palavras, um reflexo daquilo que é devido por alguém em virtude de uma regra de direito. Direito objetivo e direito subjetivo, no pensamento kelseniano, são apenas posições distintas do Direito, que é um único sistema lógico-gradativo de normas. Se se analisa a estrutura de uma regra de direito verifica-se que esta enuncia um *dever* (se A é B *dever ser*). Ora, conclui ele, o direito subjetivo não é senão a norma mesma enquanto atribui a alguém o poder jurídico correspondente ao dever que nela se contém. Pode, assim, ser visto como 'a norma enquanto referida a um sujeito'". REALE, Miguel. **Op. cit.**, p. 241.

<sup>156</sup> "No fundo, a atitude formalista leva ao mesmo resultado a que chegam os empiristas quando contestam, pura e simplesmente, a existência de qualquer direito subjetivo, declarando que, em face dos enunciados normativos, o que existem são *situações de fato de natureza subjetiva*, como é sustentado por Léon Duguit, um dos mestres do Direito Público francês, na primeira metade do século XX". **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>157</sup> "As concepções realistas negatórias apontam para uma ideia de direito baseada exclusivamente na solidariedade social, onde não cabem os direitos e potestades do homem senão apenas 'funções sociais', o que confere a esta corrente uma marcada ideologia socialista que, mediante a instituição de uma nova ordem jurídica, baseada em suas premissas, pretende suplantar o sistema individualista. Esta concepção que só aceita o direito objetivo, não concebe a preexistência de certos direitos que pertencem ao homem em razão da eminente dignidade da pessoa humana, sustentado, em definitivo, que o homem não existe mais do que na sociedade e pela sociedade. Se o direito é objetivo, os indivíduos que pertencem ao grupo social se acham unicamente colocados numa situação objetiva (ativa ou passiva), situação esta que resulta geral como a mesma regra, que varia com ela e que é criada por uma figura sociológica que denomina 'massa de espíritos', em um ato no qual nenhuma vontade possui o poder próprio de se impor a outras vantagens. Para Duguit o caráter metafísico que atribui ao direito subjetivo deriva de uma suposta preeminência ou superioridade da vontade do titular do direito sobre o sujeito ou sujeitos passivos, situação que afetaria em essência a vontade que resulta diminuída como consequência do estado de sujeição". CASSAGNE, Juan. **Op. cit.**, p. 91. Tradução livre.



estatais, sujeito a deveres, mas não a direitos); b) *status negativus* ou *status libertatis* (uma esfera individual de liberdade, imune à intervenção do Estado); c) *status positivus* ou *status civitatis* (gera direitos públicos subjetivos, de exigir prestações do Estado); d) *status activus* (possibilidade de participar da formação da vontade estatal)<sup>158</sup>.

Qualquer situação jurídica envolvendo o indivíduo e o Estado se enquadraria em algum desses *status* jellineknianos, deles se extraíndo não somente os direitos propriamente ditos, como, também, os *reflexos de direito* que, provindo de ações estatais tomadas em prol do interesse geral, acabam beneficiando determinados indivíduos sem alargar-lhes a esfera jurídica (*eficácia reflexa do direito objetivo*), aí incluídas as situações decorrentes de normas meramente programáticas<sup>159</sup>.

Na doutrina clássica, tanto do Direito Civil quanto do Direito Administrativo, há muito se reconheceu uma série de interesses individuais consubstanciados em meros *interesses de fato*, como aponta Gabino Fraga<sup>160</sup>, ou que, ainda quando

<sup>158</sup> "Nesses quatro *status*, o *passivo*, o *negativo*, o *positivo* e o *ativo*, estão representadas as condições nas quais o indivíduo pode se encontrar diante do Estado, como membro e como cidadão. Prestações devidas ao Estado, como no caso do serviço militar obrigatório, liberdade de ingerência do Estado, como no caso da liberdade de consciência e da livre manifestação do pensamento, pretensões diante do Estado, como a de utilizar-se de seus serviços públicos, de que constituem exemplos as universidades oficiais, os museus, os teatros, os hospitais públicos, os parques e os jardins públicos, o serviço de segurança e a jurisdição estatal, e, finalmente, ações desenvolvidas em nome do Estado, como condutor político por exemplo, constituem-se em diferentes posições as quais indicam as situações em que o indivíduo pode se relacionar com o Estado". LIMA, Ruy. **Op. cit.**, p. 115.

<sup>159</sup> "As normas de direito público devem servir aos fins do Estado e são editadas tendo em vista o bem comum e o interesse geral. Não é necessário, entretanto, que as normas jurídicas públicas sirvam sempre a finalidades individuais. A ordem jurídica compreende normas jurídicas que não raro traduzem interesses individuais, mas apenas na medida em que a realização do interesse individual se apresenta como um interesse geral. Segundo Georg Jellinek, 'no momento em que as normas jurídicas de direito público prescrevem no interesse geral um determinado comportamento ou ação, ou até mesmo omissão por parte dos órgãos do Estado, pode ocorrer que o resultado dessa ação ou omissão aproveite a determinados indivíduos, sem que o ordenamento jurídico, ao estabelecer a norma de que se trata, tenha se proposto a alargar a esfera jurídica dos indivíduos. Em tais casos poder-se-á falar de eficácia reflexa do direito objetivo' (*Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, cit., p. 79). Deve-se por em relevo que o conceito de eficácia reflexa do direito objetivo foi formulado com toda clareza, em primeiro lugar, por Rudolf von Ihering, no seu livro *Geist des Römischen Rechtes* (*O Espírito do Direito Romano*), publicado em sua 1ª edição no ano de 1865". **Ibid.**, p. 122

<sup>160</sup> "Quando a lei obriga a Administração a realizar uma atividade ou lhe impõe uma abstenção, não em favor dos indivíduos, considerados isoladamente, senão para a satisfação do interesse geral, pode suceder, sem embargo, que aquela atividade redunde em benefício de um indivíduo e que, pelo mesmo, este tenha interesse em sua realização. Em tal caso, como o interesse do particular se satisfaz, não por efeito direto, senão por simples ato reflexo da norma que obriga o Poder Público à ação ou à omissão, não se pode afirmar que dito interesse seja bastante para que exista um direito subjetivo, devendo considerar-se, portanto, que somente se trata de um simples interesse de fato". FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**. 15. ed. México: Porrúa, 1973, p. 422. Tradução livre.

juridicamente protegidos, não reúnem os elementos característicos do direito subjetivo, revelando-se como *interesses simples* ou *reflexos*<sup>161</sup>.

Fritz Fleiner adverte que "nem todo benefício que um particular obtém segundo o Direito objetivo constitui o conteúdo de um direito subjetivo"<sup>162</sup>. Também para Santi Romano, existem situações em que a Administração Pública, voltada à satisfação de interesses gerais, acaba por atender a certos interesses individuais, sem que se configure, com isso, um dever de agir decorrente de direito subjetivo titularizado pelo indivíduo beneficiado<sup>163</sup>. Haveria aí, para o administrado, um simples reflexo do direito objetivo<sup>164</sup>, tal como ocorre no chamado *interesse legítimo*,

---

<sup>161</sup> "Em matéria de interesses, que não formam, conceitual e realmente, direitos subjetivos, distinguem-se, pois, além dos *interesses de fato*, que não são considerados, nem mesmo reflexamente por qualquer norma de direito objetivo, as seguintes categorias, dentre os que, lícitos ou não contrastando com interesses coletivos, são protegidos: os interesses, denominados *simples*, tecnicamente, porque a sua proteção resulta da regra geral que impõe à administração pública o dever de levar em consideração os interesses dos cidadãos, que deve avaliar, mas sem se conformar com eles, negando garantir, com o apoio da sua proteção, que, no caso, importaria num favor e preferência condenável, se, amparando-os, ferisse interesses de outros membros do agrupamento social; os interesses *protegidos*, que se garantem como reflexos das determinações contidas no ordenamento jurídico, sem que o titular tenha o poder de exigir-lhes a satisfação, interesses esses, que Santi Romano configura como *ocasionalmente protegidos*, quando da observância de uma norma especial resulta que, como pura eventualidade, sejam, no todo ou em parte, satisfeitos, não tendo sido tal norma, com a qual tem uma relação meramente accidental, emanada para a proteção deles, deixando-os apenas sob a tutela daquela regra geral, que protege os interesses simples; e são *interesses diretamente protegidos*, quando há uma norma especial, que os contempla particularmente, mas, interesses particulares, se conjugam com os gerais, ficando, conseqüentemente, protegidos pela tutela própria desses últimos, sem que se faça depender, da vontade do interessado, a sua satisfação". ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Op. cit.**, p. 639.

<sup>162</sup> FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo**. 8. ed. Barcelona - Madrid - Buenos Aires: Labor, 1933, p. 139. Tradução livre. Explica o autor que "pode-se caracterizar também como um amplo direito subjetivo a ação geral para instar a execução da lei. Porém, num sentido mais restrito, falamos de direitos subjetivos somente naqueles casos em que a lei substitui esta ação geral por um direito a exigir uma prestação estritamente delimitada". **Ibid.**, p. 143. Tradução livre.

<sup>163</sup> "Existem interesses diretamente protegidos por uma norma que os contempla de modo especial, sem contudo fazer depender, pelo menos prevalentemente, a sua tutela da vontade de seus sujeitos: são interesses que, mesmo sendo particulares, se ligam aos gerais e são tutelados por reflexo pela própria tutela desses últimos. Com expressão equívoca tem sido designados como 'direitos reflexos', em contraposição aos direitos subjetivos. Como exemplo temos as expectativas de direito, isto é, aquelas vantagens que a lei permite esperar para que possam ser realizadas, mas cuja obtenção não se pode pretender de modo absoluto: por exemplo, as expectativas dos empregados referentes a sua futura carreira". ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: RT, 1977, p.152-153.

<sup>164</sup> "É certo que pode a atividade administrativa, por vezes, aproveitar a certos interesses individuais; mas, não é isso que a administração tem em vista; ela não se preocupa senão com os interesses gerais. Em tal caso, não há direito público subjetivo em proveito do administrado. Não pode ele exigir algo da administração, porque ela não age em vista do seu interesse individual. Quando a atividade administrativa não está, assim, ligada senão em relação a interesses gerais, aproveitando, entretanto, numa certa medida, aos interesses particulares, há, para o administrado, simples *reflexo do direito objetivo*, que não constitui um direito subjetivo". ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Op. cit.**, p. 637.

categoria elaborada pela doutrina italiana<sup>165</sup> e que serviu, inclusive, como critério de divisão da competência judicial nos países que adotaram a jurisdição administrativa.

Todas essas construções teóricas encontram-se atualmente ultrapassadas, merecendo, no mínimo, uma revisão em suas premissas para que possam ser aproveitadas como base de uma teoria dos direitos fundamentais<sup>166</sup>.

Como adverte Dirley da Cunha Júnior, a teoria de Jellinek não está imune a críticas e adaptações necessárias ao constitucionalismo contemporâneo, de maneira que, no atual estágio, o *status libertatis* deve ser compreendido também como uma imunidade inclusive frente ao legislador, vinculado que está aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, além do que não se deve mais conceber um *status libertatis* meramente formal e secundário em relação ao *status passivo*<sup>167</sup>.

Também apontando as cautelas que se deve ter no emprego da teoria do *status*, Flávio Galdino salienta que "a sobrevalorização do *status* como categoria acarreta riscos para a liberdade individual", razão pela qual, no atual contexto dos direitos fundamentais, a ideia de *status* somente poderia persistir sob uma leitura

---

<sup>165</sup> "Focalizada pelos escritores de direito administrativo italiano, mas tomando a atenção de alguns civilistas modernos, apresenta-se uma categoria especial de interesses mais fortes, se assim se pode dizer, a que se dá a denominação de *interesses legítimos*. Trata-se, então, de casos em que as leis impõem aos órgãos públicos, como dever, prestar aos particulares certas obras, facultar-lhes o uso ou o gozo de certos bens; estamos, aí, diante dos casos de assistência e de beneficência, em que, evidentemente, não se pode falar de direitos, nem mesmo de 'direitos debilitados em função do interesse público' na frase de Ferrara". ESPÍNOLA; Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Op. cit.**, p. 639-640. "Em uma resenha das concepções de maior emprego na doutrina comparada não se pode deixar de mencionar a tese, já clássica do direito italiano, sustentada por Ranelletti, e autores da altura de Zanobini, que partindo da ideia da exclusividade do interesse afirmam que nem todo interesse aparece garantido pelo direito sob a forma de um direito subjetivo. Nesta corrente, o direito subjetivo somente surge quando no sujeito é reconhecida uma potestade de querer, enquanto que quando uma norma garante interesses individuais ou coletivos, sem atribuir essa potestade de querer, há interesse legítimo e não direito subjetivo. Ainda que esse tipo de normas tenham sido ditadas unicamente no interesse geral e não tenham por fim garantir diretamente direitos subjetivos, pode acontecer que através do respeito do interesse geral, resultam de modo ocasional, protegidos os interesses de uma pessoa. É o que Ranelletti denominou o efeito reflexo do direito objetivo. (...) Para Guicciardi, a caracterização do direito subjetivo e do interesse legítimo se funda na distinção entre normas de ação e normas de relação. As primeiras estão orientadas para o plano interno da Administração e ao estabelecimento das normas de procedimento. Não criam relações jurídicas, regulamentando a atividade administrativa desde a ótica do interesse público e geram deveres e obrigações em razão dos quais não surgem direitos subjetivos a favor dos particulares". CASSAGNE, Juan. **Op. cit.**, p. 94-95.

<sup>166</sup> É o que procura fazer Alexy, ao formular sua crítica à teoria dos *status* de Jellinek, taxando-a como "o mais formidável exemplo de construção teórica analítica no âmbito dos direitos fundamentais", não obstante considere necessário suprimir suas deficiências por meio de "uma teoria das posições jurídicas fundamentais como fundamento da teoria do *status*". ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 269-270.

<sup>167</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 159-160.

que lhe retire o caráter funcionalista e que tenha nítido caráter protetivo de interesses dignos de discriminação, como, por exemplo, na tutela de consumidores. Somente assim "é possível construir a teoria da cidadania sobre o *status* e o direito subjetivo"<sup>168</sup>.

Deveras, enquanto no passado foram traçadas teorias que, no campo das relações privadas, estavam voltadas ao exame da estrutura do direito subjetivo, distinguindo-o de outras situações jurídicas subjetivas ou até negando a sua existência, o que se tem hodiernamente verificado é uma crescente tendência, no âmbito do Direito Público, a empregar-se a terminologia *direito subjetivo* (ou mais especificamente, *direito público subjetivo*<sup>169</sup>) em sentido mais amplo, abarcando uma série de situações, com destaque para as posições subjetivas resguardadas por *direitos fundamentais*.

Flávio Galdino assevera que o conceito de direito subjetivo, tal como desenvolvido sob a ótica estritamente privatística de direito-dever e sob influência de posições teóricas essencialistas, não serve mais para designar suficientemente os direitos fundamentais. O autor considera equivocada a ideia, sobre a qual durante muito tempo se laborou, de que a característica central do direito subjetivo seria o dever por parte de outrem, enquanto exigência de um determinado comportamento<sup>170</sup>. Prefere, assim, atribuir ao direito subjetivo uma definição mais ampla do que a que tradicionalmente veio sendo desenvolvida pelo Direito Privado, optando por tratar todos os direitos fundamentais como direitos subjetivos.

Apesar de reconhecer que o direito subjetivo tomado no sentido clássico e relacionado à figura da *pretensão* revela-se insuficiente para representar as situações jurídicas consistentes em direitos fundamentais, Galdino busca, ainda

---

<sup>168</sup> GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 83. Assinalando ainda pontos de distinção entre o *status* e a situação jurídica, aduz o autor que "sem embargo da inegável similitude - com efeito, *status* e situação são parecidos -, não há que confundi-los. Embora ambos sejam referentes a complexos de relações jurídicas (direitos, faculdades, poderes etc.), o fazem de modo diverso e tendo em vista objetos diferentes. Segundo uma concepção instrumentalista, a *situação jurídica* refere-se a um momento determinado: é como uma fotografia (uma visão quase instantânea) do complexo de relações do respectivo titular, sem jamais determinar a sorte deste. Revela-se, assim, episódica, estática e indiferente. O *status*, a seu turno, é como um filme, captando a dinâmica da vida. E mais, um filme interativo. Através dele captam-se características dinâmicas e perenes do respectivo titular. Mostra-se, então, perene, dinâmico e influente". **Ibid.**, p. 85-86.

<sup>169</sup> Essa expressão é criticada por Ingo Sarlet, porque, "além de anacrônica e superada, não se revela afinada com a realidade constitucional pátria, uma vez que atrelada a uma concepção positivista e essencialmente estatista dos direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, típica do liberalismo". SARLET, Ingo. **Op. cit.**, 2015, p. 158.

<sup>170</sup> GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 143-145.

assim, conservar a categoria nesse terreno, propondo, em contrapartida, uma ampliação do seu âmbito de aplicação, de modo a abarcar quatro tipos de significações: pretensão, faculdade, potestade e imunidade<sup>171</sup>. Assim o faz por considerar haver já uma tradição no emprego da expressão direito subjetivo (consagrada pelo uso), bem como, assumindo uma posição convencionalista, por entender que esse sentido amplo tornaria o conceito mais útil às finalidades a que se propõe e tendo em vista seu âmbito de aplicação.

Ingo Sarlet também se vale da noção de direito subjetivo, imprimindo a ela um sentido amplo e desconectado da definição tradicional do Direito Privado, por conta da gama de situações conformadas pelas normas de direitos fundamentais no âmbito do Direito Público. Identifica, com isso, um espectro de variações no que concerne ao objeto do direito subjetivo fundamental, vinculados a uma série de fatores, dentre eles o fato de os direitos fundamentais abarcarem *posições jurídicas complexas*, contendo direitos, liberdades, pretensões e poderes diversos, além de serem dirigidos contra diferentes destinatários<sup>172</sup>. Enfim, considerando que o clássico significado de direito subjetivo não serve para descrever todas as situações albergadas por direitos fundamentais, a doutrina contemporânea buscou resolver o impasse ampliando o sentido do conceito, de maneira a abarcar todas as situações jurídicas em que se exige determinados comportamentos por parte das pessoas destinatárias das normas jurídicas consagradoras daqueles direitos, inclusive e sobretudo, o Estado.

Noutro giro, entendemos que a categoria do direito subjetivo não se tornou insuficiente ou inadequada para descrever os fenômenos subjetivos dos direitos fundamentais, eis que, na verdade, nunca foi suficiente ou adequada nem mesmo na sua origem e desenvolvimento teórico que se seguiu no âmbito do Direito Privado, dando espaço a muitas construções doutrinárias que intentaram balizar seu campo de aplicação. Bastaria, então, empregá-la de modo coerente também no Direito Público, ou seja, não como gênero, mas, sim, como espécie.

Quando se compara com o que há muito já vem ocorrendo nas discussões dogmáticas travadas no âmbito privado<sup>173</sup>, seria suficiente considerar o *direito*

---

<sup>171</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>172</sup> SARLET, Ingo. *Op. cit.*, p. 158-159.

<sup>173</sup> Basta citar o tratamento que há muito os civilistas já vem dando ao direito de propriedade, tomado como uma *relação jurídica complexa* composta de direitos e deveres direcionados ao cumprimento da

*subjetivo* como uma das diversas *situações subjetivas* referentes aos direitos fundamentais<sup>174</sup>. A categoria poderia perfeitamente seguir o mesmo emprego com o qual se fez consagrar entre os civilistas, o que não impediria que se reconhecessem outras situações subjetivas configuradoras de "direitos" em sentido amplo e relacionadas a direitos fundamentais, as quais impõe ao Estado uma série de "deveres" também em sentido amplo.

O que se percebe é o desejo dos juspublicistas de manter o emprego da terminologia clássica *direito subjetivo*, ainda que ampliando as situações fáticas albergadas pelo conceito, talvez para com isso se conferir maior prestígio aos direitos fundamentais, que devem ser hodiernamente reconhecidos e afirmados como "verdadeiros direitos" em prol da dignidade da pessoa humana e não apenas recomendações programáticas que o Estado deva de modo genérico observar.

É um desejo louvável, não se nega isso. Todavia, como ainda teremos oportunidade de defender no decorrer deste estudo, a dignidade da pessoa humana não se afirma apenas por meio de direitos subjetivos (ainda que tomados em sentido amplo), além do que de nada adianta construir uma teoria que alargue o suporte fático dos direitos fundamentais, mas que, em seguida, termine por apontar consideráveis restrições a sua eficácia, apesar de, no discurso teórico, serem assegurados como *direitos subjetivos*.

Em suma, não vemos razão para se modificar a terminologia, nem para se olvidar da essência de cada situação jurídica subjetiva. *Direito subjetivo* segue sendo o que sempre foi na teoria clássica e com a mesma problemática aplicativa do conceito, reconhecendo-se, por isso, haver, ao lado dos direitos subjetivos públicos<sup>175</sup>, outras situações jurídicas abarcadas por direitos fundamentais que impõe deveres em sentido amplo a cargo do Estado. Outrossim, direitos fundamentais não de ser encarados não apenas como direitos subjetivos

---

sua função social. Sobre o tema: LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>174</sup> Flávio Galdino reconhece isso, porém termina por tratar direito subjetivo como sinônimo de situação jurídica ao concluir que, "de certo modo, para os direitos fundamentais, o direito subjetivo faz as vezes da situação jurídica. Direitos fundamentais são situações jurídicas". GALDINO, Flávio, **Op. cit.**, p. 144-145.

<sup>175</sup> Em que pesem as críticas a esta nomenclatura, não há prejuízo algum em se continuar falando em *direitos subjetivos públicos*. Como diz Ruy Cirne Lima, "a figura subjetiva, própria do Direito Administrativo, enquanto direito público, há de ser o direito subjetivo público". LIMA, Ruy. **Op. cit.**, p. 110. Não vemos porque deixar de empregar a expressão, nem consideramos que não tenha utilidade para além dos tradicionais direitos de defesa.

relacionados a interesses singulares de determinados indivíduos, mas, também, como direitos transindividuais de natureza coletiva ou difusa, na defesa dos quais os indivíduos comparecem enquanto membros da coletividade<sup>176</sup>.

O fato de as normas constitucionais de direitos fundamentais imporem deveres ao Estado não significa que todos eles estejam necessariamente relacionados a direitos subjetivos, pois, consoante veremos em tópico posterior (item 3.1.3), há deveres que o Estado cumpre por meio de serviços públicos de caráter geral prestados em benefício da coletividade, ainda que determinados usuários sejam atendidos com demandas diferenciadas. Esta nos parece a melhor saída para enfrentar o problema da polissemia do termo "direito", tal como empregada nas normas de direitos fundamentais, cujas hipóteses de incidência não podem ser indistintamente tomadas como configuradoras de direitos subjetivos, sob pena de demasiada insegurança jurídica.

## 2.2.6 Direitos de defesa e direitos a prestações

Os direitos fundamentais conferem aos seus titulares um *feixe de posições jurídicas* consubstanciadas em poderes, pretensões, faculdades ou imunidades, incidindo tanto nas relações entre os indivíduos e o Estado (eficácia vertical) quanto nas relações dos indivíduos entre si (eficácia horizontal)<sup>177</sup>, de maneira que os deveres decorrentes do respeito a tais direitos impõem uma série de posturas aos

---

<sup>176</sup> Destacando a diferença entre os interesses simples e os interesses difusos titularizados por pessoas físicas ou jurídicas, Cassagne esclarece que, nestes últimos, "seu título não é mais singular senão que atua em função do bem comum ou cálculos de interesses determinados, porém de caráter geral (ex.: vizinhos, familiares, profissionais, comerciantes etc.)" Nesse caso, aduz, trata-se "de um interesse simples qualificado". CASSAGNE, Juan. **Op. cit.**, p. 99.

<sup>177</sup> "Os direitos fundamentais, mormente os conhecidos como direitos de defesa, foram inicialmente concebidos como poderes públicos outorgados aos indivíduos para se protegerem contra a opressão do Estado. Nesse sentido, a doutrina sempre se posicionou pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações indivíduo e Estado. No entanto, com a complexidade das relações sociais, agravada pela crescente e lamentável desigualdade entre os homens, a doutrina dos direitos humanos começou a perceber que a opressão das liberdades não decorria apenas do Estado, mas também do próprio homem em sua relação com o seu semelhante. Daí a necessidade de se estender a eficácia dos direitos fundamentais às relações havidas entre os homens, com o fim de proteger o homem da prepotência do próprio homem, em especial de pessoas, grupos e organizações privadas poderosas". CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 592.

destinatários da norma, sob a forma de ações ou omissões, bem como a adoção de procedimentos ou a criação de instituições necessárias a garantir-lhes a efetividade.

No que concerne à eficácia vertical, os titulares de direitos fundamentais estão legitimados a exigir que o Poder Público não intervenha em sua liberdade além de determinado limite constitucionalmente justificado (obrigações negativas), bem como que intervenha lhes assegurando determinadas prestações materiais (obrigações positivas). Em ambos os casos, tais titulares possuem pretensões fundamentais frente ao Estado, que deve se abster ou agir conforme a situação.

A concepção de direitos fundamentais como *direitos de defesa* está identificada com a matriz liberal-burguesa, centrada no ideal de proteção dos indivíduos contra ingerências do Estado em sua liberdade ou na propriedade privada, o que se tornou a marca das primeiras constituições liberais desde o final do século XIX. Nesta concepção, que atualmente ainda ocupa lugar de destaque, os direitos fundamentais servem para, sem excluir o papel do Estado como autoridade a que se submetem os cidadãos, delimitar-lhe constitucionalmente os poderes e prerrogativas frente aos indivíduos<sup>178</sup>.

A par disso, houve posteriormente a tomada de consciência em torno dos direitos fundamentais que devem ser concebidos também como *direitos a prestações*, o que se deu no contexto ideológico de transição do Estado Liberal para o Estado Social e Democrático, sobretudo após a segunda guerra mundial, quando passou-se a reconhecer, ao lado dos tradicionais direitos de defesa (primeira dimensão), uma nova categoria de direitos fundamentais de caráter social (segunda dimensão).

Já comentamos antes aqui porque a doutrina tem preferido o termo "dimensão" ao invés de "geração" para se referir à tipologia de direitos fundamentais que vieram sendo reconhecidos ao longo do itinerário histórico percorrido pelo movimento constitucionalista. O intuito foi o de não mais se enxergar as normas de

---

<sup>178</sup> Ingo Sarlet escreve que "os direitos fundamentais - na condição de direitos de defesa - objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal. (...) esta 'função defensiva' dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas, sim, a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental". SARLET, Ingo. **Op.cit.**, 2015, p. 175.



direitos fundamentais sob o paradigma da substituição de uma geração de direitos por outra, optando-se, ao invés disso, por identificar a funcionalidade com que se complementam a depender das circunstâncias. Ao lado disso, busca-se identificar os direitos de defesa e os direitos a prestações não como aspectos essenciais reveladores da natureza de determinados direitos fundamentais, mas, sim, como *funções complementares* que tais direitos podem vir a desempenhar em cada situação.

Assinala Ana Paula de Barcellos que cada direito pode ensejar ao mesmo tempo obrigações negativas e positivas por parte do Estado<sup>179</sup>. Por conseguinte, um direito fundamental deve ser encarado como um *feixe de posições jusfundamentais* que pode se revelar tanto com função de defesa quanto com função de prestação, complementando-se sempre ambas as dimensões, ainda que uma delas possa se sobressair mais do que a outra conforme o caso, a depender do aspecto preponderante da norma consagradora do direito.

Ana Carolina Lopes Olsen também ressalta que qualquer direito fundamental, "na medida em que, se considerado como um todo, encerra um feixe de posições jusfundamentais, pode assumir uma dimensão positiva ou uma posição negativa"<sup>180</sup>. A autora exemplifica com o direito fundamental à liberdade de expressão, cuja dimensão negativa é a preponderante, na medida em que busca precipuamente impedir que o Estado crie obstáculos à livre manifestação do pensamento, sem olvidar, por outro lado, subsistir também, ainda que em menor grau, uma dimensão positiva que pode servir para impor ao Estado que crie meios para que o

---

<sup>179</sup> "Na realidade, cada direito pode ensejar obrigações negativas ou de omissão - como e.g., o dever de respeito - e positivas ou de ação, como os deveres de proteger o direito ofendido, de garanti-lo e de promovê-lo. O Estado respeitará a liberdade de expressão, e.g., na medida em que não procure cerceá-la ou submetê-la de alguma forma. A omissão, nesse caso, será fundamental. Essa mesma liberdade, no entanto, poderá ser violada por outros agentes, e sua garantia, nesse caso, exigirá um conjunto de estruturas estatais - fique-se apenas com a menção ao Judiciário - cuja existência depende de ações públicas". BARCELLOS, Ana. **Op. cit.**, 2013, p. 105.

<sup>180</sup> Acrescenta a autora que "a partir da noção de feixe de posições jusfundamentais, não mais se defende - mesmo entre nós - que existem direitos fundamentais exclusivamente negativos, ou de defesa, e outros exclusivamente positivos ou prestacionais. É certo que não se pode falar em uma dicotomia entre as duas funções, na medida em que já se assumiu que, em verdade, ambas as dimensões dos direitos fundamentais se complementam e, no caso concreto, podem ser apreendidas de uma mesma norma jusfundamental. Todavia, ainda assim, é possível falar-se em normas de direitos fundamentais que apresentem caráter preponderante de direito de defesa ou de direito de prestação". OLSEN, Ana. **Op. cit.**, p. 60-61.

pensamento seja manifestado (prestação fática) ou estabeleça normas que melhor protejam juridicamente tal manifestação (prestação normativa)<sup>181</sup>.

Constata-se, assim, a *índole ambivalente* de vários direitos fundamentais, sendo "possível extrair direitos a prestação de direitos de defesa e direitos de defesa dos direitos a prestação"<sup>182</sup>, do mesmo modo que "direitos essencialmente de defesa apresentam aspectos, ainda que subsidiários, de direito a prestação"<sup>183</sup>.

Nesse diapasão, realçando as funções desempenhadas pelos direitos fundamentais e buscando traçar classificações segundo critérios semelhantes aos empregados por Jellinek em sua teoria do status já mencionada em tópico anterior, a doutrina faz alusão a uma *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais, identificando neles funções de *defesa*, voltadas para garantir o campo de liberdade das pessoas, protegendo-as de ingerências excessivas por parte do Estado<sup>184</sup>, bem como funções de *prestação*, que garantem às pessoas determinadas posturas ativas por parte do Estado, colocando a sua disposição prestações de natureza jurídica ou material<sup>185</sup>. Aponta-se, ainda, as funções de *participação*, assegurando aos indivíduos que possam participar politicamente da manifestação de vontade estatal, bem como desfrutar, de forma igualitária e efetiva, dos serviços públicos colocados à disposição da comunidade<sup>186</sup>. Além disso, Dirley da Cunha Júnior alude às funções de *proteção perante terceiros*<sup>187</sup> e de *não discriminação*<sup>188</sup>.

---

<sup>181</sup> **Ibid., loc. cit.**

<sup>182</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 265. Exemplifica-se com "a proibição de medidas legislativas contrárias a direitos a prestação proclamados pelo constituinte". **Ibid., loc. cit.**

<sup>183</sup> **Ibid., loc. cit.** "O direito à vida traz como consectário o direito a que o Estado proteja a vida contra ofensas de terceiros, não se exaurindo na pretensão a que o Estado não suprima esse bem de seus súditos". **Ibid., loc. cit.**

<sup>184</sup> "Os direitos fundamentais cumprem a função de direito de defesa quando proíbem aos poderes públicos a ingerência sobre a esfera jurídica do indivíduo, estabelecendo normas de competência negativa, ou quando permitem ao sujeito exercer positivamente direitos fundamentais, as chamadas liberdades positivas, ou exigir omissão dos poderes públicos, de forma a evitar agressões a si, são as chamadas liberdades negativas". SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48-49.

<sup>185</sup> "A função de prestação pode ser reconduzida aos chamados *status positivus* ou *status civitatis*, que implicam uma postura ativa dos poderes públicos e dos órgãos estatais, no sentido de que são obrigados a por à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica ou mesmo fática. (...) A função de prestação exigirá, nesse espírito, que o poder público atue na efetivação, ainda que sob a figura do garante, dos direitos, partindo da noção de que o indivíduo, no que pertine à concretização de sua liberdade, depende da postura ativa dos poderes públicos. Alexy divide os direitos à prestação em direitos à proteção, direitos à organização e procedimento, e direitos a prestação em sentido estrito". **Ibid.**, p. 50-51.

<sup>186</sup> "Na função de participação seriam, para Vieira Andrade, um misto de defesa e prestação, na medida em que importam ao mesmo tempo no direito de participar da formação da vontade coletiva e

No próximo tópico, investigaremos especificamente os direitos fundamentais em sua função de *prestação*, relacionados, portanto, a uma postura ativa do Estado, ao colocar à disposição dos indivíduos uma série prestações, sejam de natureza jurídica, sejam prestações materiais. Não obstante, para que se evite sejam confundidas as variadas situações de prestações a cargo do Estado, existentes também no que tange a direitos de defesa, será esclarecido que tais prestações não se esgotam no terreno dos direitos fundamentais sociais, eis que até mesmo os clássicos direitos de liberdade e de propriedade, tradicionalmente apontados como direitos de defesa, demandam do Estado também posturas ativas.

## 2.3 OS DEVERES DO ESTADO PRESTADOR

### 2.3.1 Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito

Antes de discorrermos sobre os deveres do Estado na efetivação de direitos fundamentais, cumpre primeiramente compreender o pano de fundo ideológico no qual se deu a transição do *Estado Liberal* para o *Estado Social* e, mais recentemente, para o *Estado Democrático de Direito*.

---

na possibilidade de exigência de tratamento igualitário no que pertine aos serviços e bens já organizados". **Ibid.**, p. 55.

<sup>187</sup> "Isso significa que o reconhecimento constitucional de um direito implica também para o Estado, para além do dever de abstenção (função de defesa), o dever de prestação consistente na obrigação de adotar medidas positivas e eficientes, vocacionadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades de terceiros que venham a afetá-los". CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 529.

<sup>188</sup> "Recente corrente doutrinária tem acentuado uma função de *não discriminação* dos direitos fundamentais, a partir do princípio da igualdade. (...) Ela alcança todos os direitos fundamentais para vedar, por exemplo, a discriminação - em virtude de opções religiosa, ideológica, política, filosófica -, de acesso aos cargos públicos e de emprego e profissão. Com base nessa função discute-se ainda o *problema de quotas* (*quotas* para deficientes, para negros, para mulheres, para pobres, seja em mercados de trabalho, seja em cargos públicos, seja em faculdades etc.) e o problema das minorias (homossexuais etc.)". **Ibid.**, **loc. cit.**

O modelo de Estado Liberal (também chamado de Estado Mínimo ou Estado Abstencionista) calca-se no direito de propriedade, na plena autonomia privada e foi construído sob influência do pensamento liberal clássico que dominou o discurso político e econômico na Europa desde o final do século XVIII<sup>189</sup>. O modelo de Estado Social, por sua vez, foi gradativamente defendido nos séculos seguintes, sobressaindo-se após a Segunda Guerra Mundial, quando, em diversos países, o Estado passou a assumir mais deveres na área social, variando muito os tipos de atividades estatais voltadas a esta finalidade, não apenas por meio de prestações em sentido estrito, mas também com o emprego de mecanismos interventivos indiretos.

Enquanto o Estado Liberal estava basicamente reduzido às tarefas de ordem pública e de polícia, visando liberdade e segurança, com participação política reservada à burguesia ("Estado monoclássista") e economia entregue à autorregulação do mercado, o advento do Estado Social inaugurou a era do "Estado pluriclássista", consequência do alargamento do direito ao sufrágio, a emergência de partidos de trabalhadores e sua entrada na arena política, dando início, no dizer de Vital Moreira, à fase do *constitucionalismo conformador da ordem econômica e social*, na qual foram instituídos princípios orientadores de ações estatais voltadas para políticas públicas<sup>190</sup>.

A gênese do incremento da atuação do Estado na área social pode ser historicamente localizada ainda em meados do século XIX, quando foram instituídos,

---

<sup>189</sup> "A concepção predominante no século XIX, na fórmula do Estado Liberal ou Estado abstencionista, pretendia o distanciamento do Estado em relação à vida social, econômica e religiosa dos indivíduos. Esse afastamento significava, em primeiro lugar, a não-interferência do Estado na sociedade; daí as reduzidas funções que lhe cabiam, a inibição do Estado no âmbito econômico e social. Em segundo lugar, importava o antagonismo à existência de grupos intermediários, que pudessem interpor-se entre o indivíduo e o Estado, como associações políticas, culturais, profissionais; as associações são temidas pelo obstáculo que podem causar à liberdade do indivíduo" GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Teoria dos serviços e sua transformação**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40. Referindo-se aos primórdios do capitalismo industrial, Vidal Serrano aponta que "neste período histórico, preconizavam-se relações econômico-sociais libertas de amarras jurídicas, com o mercado produzindo os insumos básicos para sua auto-regulação. Os institutos jurídicos gerais, em especial a propriedade privada e a autonomia da vontade, aplicados à seara das relações econômicas, eram os únicos balizamentos para as relações então entabuladas. O chamado liberalismo original implicava, portanto, uma *fuga* do direito". NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 49-50.

<sup>190</sup> MOREIRA, Vital. **O futuro da Constituição**. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 313-336.

na Europa, diversos modelos de proteção estatal para fazer frente a problemas sociais que vieram à tona com o avanço do modo de produção capitalista. O capitalismo industrial, se de um lado teve o condão de gerar riquezas em larga escala, propiciando um inédito crescimento econômico e assegurando benefícios consideráveis para a comunidade, de outro lado tornou muito mais complexa a vida social, dando maior visibilidade à miséria daqueles que, atuando como mão de obra no processo de industrialização, expuseram-se a crescentes riscos<sup>191</sup>.

O avanço econômico experimentado pelos países europeus que tomaram a dianteira no processo de industrialização, com destaque para Inglaterra, França e Alemanha, levou também a uma série de preocupações políticas em torno da situação de indignação vivenciada por grande parcela da população que migrou do campo para as cidades, deixando para trás o trabalho na terra e passando a depender exclusivamente do labor industrial em parcas condições de segurança e salubridade, situação que aumentou exponencialmente os riscos de acidentes de trabalho e outros infortúnios.

Tal quadro de desigualdade reforçou o prestígio de teorias que vinham sendo elaboradas no contexto da grande revolução espiritual e racionalista desde o final do século XVIII<sup>192</sup>. Nesta época de incipiente e desenfreado crescimento industrial, tais teorias, fundadas em doutrinas reacionárias, católicas ou socialistas<sup>193</sup>, lançaram

---

<sup>191</sup> "A garantia de liberdade, de maneira absoluta, em algumas situações, engendrava mecanismos que frequentemente acabavam, como em um processo de tensão dialética, negando sua própria existência. Aflorou, com irrecusável clareza, a insuficiência e a incapacidade do chamado Estado absentéista para garantir a convivência livre e harmoniosa entre os seus súditos. Interagindo com o modelo econômico, cujo ideário preconiza tratamento igualitário a seres economicamente desiguais, o liberalismo clássico acabou por revelar uma realidade tirânica e cruel em relação à classe operária que se formava nos centros industriais da Europa de então". *Ibid.*, p. 50.

<sup>192</sup> Acerca das sementes lançadas pela Revolução Francesa, Paulo Bonavides vai além da visão tradicional que a situa no âmbito de interesses meramente burgueses, pois as ideias nela propagadas abarcaram valores mais amplos que terminaram por nortear todo o curso dos movimentos sociais dos séculos seguintes. Explica que "a Revolução Francesa fora um espécimen do próprio gênero de Revolução em que ela se conteve: a Grande Revolução espiritual e racionalista do século XVIII. (...) O século XVIII colocou, por conseguinte, todas as premissas e divisas subsequentes da rotação que a ideia revolucionária, para cumprir-se, teve que cursar. Primeiro, promulgou as Constituições do chamado Estado de Direito e, ao mesmo passo, com a Revolução da burguesia, decretou os códigos da Sociedade civil. Outro não foi, portanto, o Estado da separação de poderes e das Declarações de Direitos, que entrou para a história sob a denominação de Estado liberal. (...) A seguir, como se a ideia anárquica, potencialmente contida na rebelião histórica de reação às prerrogativas de um absolutismo, que proclamara a equipolência do príncipe à divindade ou à instituição, desse mais um passo de imensa latitude naquela direção antiestatal da divisão de poderes, surgiram as utopias socialistas e, depois, o marxismo". BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 31.

<sup>193</sup> Como lembra Jorge Miranda, "o liberalismo vai enfrentar críticas doutrinárias provenientes de vários quadrantes: do pensamento reacionário (Joseph de Maistre, De Bonald e outros), do pensamento

pesadas críticas ao liberalismo e ao modo de produção capitalista, muito contribuindo para a instituição do que veio a ser depois chamado de *Estado Social*, na medida em que defendiam, quando não a própria extirpação daquele modo de produção (Estado social radical), ao menos a necessidade de melhor adaptá-lo às contingências históricas e problemas reais vivenciados pelos trabalhadores e suas famílias (Estado social moderado)<sup>194</sup>.

Paulo Bonavides aponta que o aparecimento do Estado Social se explica pela influência ideológica das teorias socialistas que antecederam e se sucederam ao crescimento industrial, sem as quais não se teria salvaguardado o próprio modelo de Estado Liberal capitalista burguês<sup>195</sup>. Nesse contexto, salienta Fábio Nusdeo, "escorraçado do sistema econômico pelos postulados do liberalismo, o poder público dele saiu pela porta da frente, mas acabou por reingressar gradualmente pela porta dos fundos"<sup>196</sup>. Como assenta Eros Grau, ao se repensar o papel do Estado na

---

católico (do *Syllabus à Rerum Novarum* e às outras grandes encíclicas sociais), do pensamento socialista (Saint-Simon, Owen, Fourier, Proudhon, Marx, Engels)". MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 48.

<sup>194</sup> Edvaldo Brito, inspirado em lições de Orlando Gomes, assim explica esses dois modelos de Estado social. No *Estado social radical ou extremista*, "há a supressão do conteúdo das liberdades individuais, a eliminação da divisão dos poderes e a lei é transformada em menor instrumento, em regime de partido único, da política dos detentores do poder". Já no *Estado social moderado*, "diante do pressuposto de assegurar a realização do bem-estar e do desenvolvimento, por meio da intervenção que libertaria, esse modelo estatal nascera não para suprimir ou esvaziar liberdades, direitos e interesses dos indivíduos, mas para tornar-se responsável pela ordenação da vida social, atuando no processo econômico com o objetivo de definir políticas e dirigir o seu encaminhamento, construindo, em consequência, uma liberdade econômica, compatível com os já citados ideais de bem estar e desenvolvimento". BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 29.

<sup>195</sup> "Uma constante, a nosso ver, explica o aparecimento do Estado social: a intervenção ideológica do socialismo. Empregamos a palavra *socialismo* no seu sentido mais genérico e histórico, desde as utopias de fins do século XVIII à consolidação das teses marxistas, em nossos dias. Desde o socialismo utópico, chamado socialismo científico. Desde a conspiração de Baboeuf aos assaltos da Comuna de Paris. Desde a fundação da Primeira Internacional à tomada de poder pelos bolcheviques russos, há quase oitenta anos. Esse fator de continuidade forma, portanto, no Ocidente, linha permanente de combate, com a qual se defronta, desde a Revolução Francesa até nossos dias, o antigo Estado da burguesia ocidental. Antes e depois de Marx se trava esse prélio doutrinários. E, para sobreviver, o Estado burguês se adapta a certas condições históricas; ora recua, ora transige, ora vacila". BONAVIDES, Paulo. **Op. cit.**, 2009, p. 183.

<sup>196</sup> "Ou seja, este reingresso não foi sistemático, nem sempre conscientemente desejado, mas fruto de uma necessidade incontornável, à falta de qualquer outra alternativa para lidar com os apontados problemas. E, assim, foi-se acoplando ao processo decisório do mercado um aparelho controlador de caráter burocrático, destinado a impedir as consequências mais indesejáveis do seu funcionamento". NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 136.

implementação da política econômica não se buscou substituir o sistema capitalista, senão propriamente conservá-lo<sup>197</sup>.

Não se nega as vantagens propiciadas pelo liberalismo político e econômico<sup>198</sup>. Porém, tornou-se necessário enfrentar as suas contradições, já que parecia não cumprir na prática tudo aquilo que prometia na teoria. O crescimento econômico, ainda que implique o aumento da riqueza total de um país, não garante por si só que esta riqueza seja adequadamente distribuída entre os que tem participação ativa no processo, razão pela qual passou-se a repensar o papel do Estado como um ente *regulador*, de modo a se alcançar não apenas crescimento, mas, além disso, a tornar eficaz o direito fundamental ao desenvolvimento<sup>199</sup>, sem o qual não se conseguiria jamais assegurar o bem-estar social<sup>200</sup>. Como diz Edvaldo

---

<sup>197</sup> "O sistema capitalista é assim preservado, renovado sob *diverso regime*. (...) No desempenho do seu *novo papel*, o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista. Essa sua atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição - seja pela via da transição para o socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo - que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico". GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28.

<sup>198</sup> Não obstante as críticas que foram formuladas ao modelo liberal, Jorge Miranda pontua, "apesar de tudo, algumas das aquisições trazidas pelo liberalismo, quer direta e imediatamente, quer indireta ou mediadamente. Diretamente: a abolição da escravatura, a transformação do Direito e do processo penais, a progressiva supressão de privilégios de nascimento, a liberdade de imprensa. Indiretamente: a prescrição de princípios que, ainda quando não postos logo em prática, viriam, pela sua própria lógica, numa espécie de *auto-regência do Direito*, a servir a todas as classes, e não apenas à classe burguesa que começara por os defender em proveito próprio (assim, a partir da liberdade de associações a conquista da liberdade sindical e a partir do princípio da soberania do povo a do sufrágio universal. Mais ainda: independentemente das fundamentações (discutíveis ou não) dos movimentos políticos dos séculos XVIII e XIX, foram as Constituições que deles saíram e os regimes que depois se objetivaram que, pela primeira vez na história, introduziram a *liberdade política*, simultaneamente como liberdade-autonomia e liberdade-participação, a acrescer à *liberdade civil*". MIRANDA, Jorge. **Op. cit.**, p. 48-49.

<sup>199</sup> Enfocando o desenvolvimento econômico como um direito fundamental, confira-se: GOMES, Filipe Lôbo. **A regulação estatal como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento econômico: um contributo da análise econômica do direito**. RDU, Porto Alegre, Edição especial, 2016, p. 97-125.

<sup>200</sup> Registramos que nutrimos simpatia pela doutrina liberal e as teorias que pregam ampla liberdade de mercado. Contudo, entendemos que, na prática das trocas econômicas, tal modelo mostrou-se uma utopia tão evidente quanto o seu arquirrival ideológico, o regime comunista. Sobretudo no contexto do capitalismo global, os agentes financeiros não se comportam passivamente segundo as "regras do jogo" da livre concorrência. Eles influem decisivamente nestas mesmas regras, facilitando o "jogo" a seu favor. Daí porque defendemos certo grau de regulação do poder econômico no espaço democrático. Como destaca Bercovici, "o desenvolvimento é condição necessária para a realização do bem-estar social. O Estado é, através do planejamento, o principal promotor do desenvolvimento. Para desempenhar a função de condutor do desenvolvimento, o Estado deve ter autonomia frente aos grupos sociais, ampliar suas funções e readequar seus órgãos e estrutura. O papel estatal de coordenação dá a consciência da dimensão política da superação do subdesenvolvimento - dimensão, esta, explicitada pelos objetivos nacionais e prioridades sociais enfatizados pelo próprio Estado". BERCOVICI, Gilberto. **Desenvolvimento, Estado e Administração Pública**. In:

Brito, era preciso encontrar um modelo de Estado social moderado em que se defendesse "em lugar da liberdade que oprimia, a intervenção que libertaria"<sup>201</sup>.

Em linhas gerais, é perfeitamente possível adotar um modelo de Estado Social que siga as premissas básicas do Estado Liberal, transformando-o por dentro pelo reconhecimento de direitos sociais, mas, sem negar as bases da economia capitalista. Reside nesse ponto a essência da distinção entre o Estado Social e o Estado Socialista<sup>202</sup>, além do que, diante do risco de regimes totalitários que pretendam adquirir legitimação em nome de ideais nacionalistas ou de defesa de direitos sociais<sup>203</sup>, o desafio atual está em implantar o Estado Social dentro de um regime democrático, ou seja, como um *Estado Democrático de Direito*<sup>204</sup>.

A história já mostrou que não basta um Estado que enfrente a questão social; é preciso ter atenção para que o princípio da democracia não venha a ser sobrepujado por majorias de ocasião ou governos populistas que queiram reforçar os seus poderes em nome da defesa do interesse nacional, do povo ou das classes menos favorecidas, uma tentação que parece sempre aguardar na esquina e bater à porta sobretudo nos momentos de grave crise econômica ou política.

---

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 671.

<sup>201</sup> BRITO, Edvaldo. **Op. cit.**, p. 28.

<sup>202</sup> "O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar; é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia". BONAVIDES, Paulo. **Op. cit.**, 2009, p. 184.

<sup>203</sup> "Com ou sem formas aparentemente similares às dos regimes liberais, surgem no século XX diversos regimes, não por acaso chamados totalitários, produto da 'rebelião das massas' (Ortega), do impacto sobre estas de determinadas ideologias e de ocorrências políticas internas e externas de maior vulto. Tal como no Estado absoluto, há neles uma concentração do poder político, mas muito mais do que isso: o Estado absoluto não intervinha na vida privada das pessoas, não pretendia absorver a sociedade civil (nem tinha meios para isso); ao passo que o Estado totalitário assume todo o poder na sociedade e identifica a liberdade humana com a prossecução dos seus fins". MIRANDA, Jorge. **Op. cit.**, p. 50.

<sup>204</sup> "O Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade". BONAVIDES, Paulo. **Op. cit.**, 2009, p. 204. "Assim como o Estado Liberal cedeu espaço e, de certa forma, contribuiu para a afirmação do Estado Social, este último foi precursor do Estado Democrático de Direito. A propósito, ainda que não tenha sido abordada com maior profundidade, reconhece-se a indispensável conjunção do Estado Social e do Estado de Direito para afirmação dos direitos sociais. Como resultado de transformações sofridas pelo Estado Liberal, o Estado Social é parte do curso histórico do Estado de Direito, que alcançou o Estado Democrático com as suas características fundamentais preservadas, isto é, com o respeito à legalidade, a observância à separação de poderes e a previsão de direitos individuais no texto constitucional". MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31.



Lênio Streck salienta que o novo paradigma do Estado Democrático de Direito surgido no segundo pós-guerra foi instituído por um *Constitucionalismo Contemporâneo*, de caráter compromissório e transformador social, por meio de textos constitucionais que deram guarida às promessas da modernidade (com grande impacto em países de modernidade tardia como o Brasil), de maneira que "de um direito meramente legitimador das relações de poder, *passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade*"<sup>205</sup>. Tal processo corresponde à leitura feita por Norberto Bobbio ao pontificar a mudança do enfoque que veio a ser dado ao Direito, desde o velho modelo estruturalista e ainda apegado a preceitos positivistas, passando gradativamente a uma análise mais funcional que o concebeu como instrumento de transformação da realidade<sup>206</sup>.

Por outro lado, ainda que se reconheça tal caráter compromissório e transformador, a simples referência a um *Estado Democrático de Direito* não isenta de dúvidas e controvérsias as discussões sobre o alcance dessa expressão quando se trate de definir, em termos concretos, as atividades que devem ser desempenhadas pelo Estado com o fito de garantir a efetividade dos direitos sociais, inclusive, no que concerne aos chamados direitos sociais prestacionais.

Como assinala Fleiner-Gerster, já reina há séculos uma grande discórdia em relação às tarefas do Estado, tanto entre ideólogos quanto entre práticos<sup>207</sup>. Se no plano do discurso parece não haver dúvidas de que a principal missão do Estado

---

<sup>205</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69. Aduz o autor que tal modelo de direito "consta no texto da Constituição do Brasil, bastando, para tanto, uma simples leitura de alguns dispositivos, em especial, o art.3º. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais". **Ibid., loc. cit.**

<sup>206</sup> "Quem observar as tarefas do Estado contemporâneo e as comparar com as tarefas dos Estados de outras épocas, sobretudo a de controlar e dirigir o desenvolvimento econômico, não pode deixar de perceber que o Estado, por meio do direito, desenvolve também uma função de estímulo, de provimento, de provocação da conduta dos indivíduos e dos grupos, que é antítese exata da função apenas protetora ou apenas repressora". BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007, p. 100. Comentando esta obra de Bobbio, Fábio Nusdeo salienta que o jusfilósofo italiano "descreve o itinerário do Direito, desde uma visão estruturalista, predominantemente estática, até uma visão funcional, predominantemente dinâmica, ou seja, destinado a cumprir determinadas funções, entre as quais sobreleva a função promocional, de levar a sociedade à realização de determinados objetivos, cumprindo, pois, uma função modificadora da própria sociedade e não mais puramente mantenedora". NUSDEO, Fábio. **Op. cit.**, p. 167.

<sup>207</sup> "O espectro de opiniões vai desde as que restringem ao máximo o poder do Estado e não lhe concedem senão tarefas de polícia até as favoráveis ao Estado total, que deve tornar os homens felizes, se necessário por meio da força". FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 578.

Democrático de Direito está em assegurar igualdade material, garantindo o bem comum e tendo em mira os interesses da coletividade, sem descuidar da dignidade da pessoa humana e da efetividade dos direitos fundamentais, dentre eles os direitos sociais, no plano da prática subsistem acirradas divergências em derredor do papel do Estado e a forma adequada de gestão dos serviços de interesse público a ser adotada no cumprimento desta missão.

Os distintos caminhos historicamente trilhados pelos países que, desde o século XIX, já vem se valendo dos referenciais do Estado Social e da Democracia, com respeito aos direitos fundamentais, revela quão variados podem ser os modelos de proteção social.

Apona-se a Constituição Francesa de 1848 como um dos primeiros documentos com significação histórica no campo dos direitos sociais, pois, "embora não tivesse ainda o condão de conceber o Estado francês como um Estado Social, trouxe a previsão de direitos sociais"<sup>208</sup>. Ao lado disso, em outros países da Europa, notadamente na Alemanha e na Inglaterra, foram sendo elaboradas legislações instituindo mecanismos de intervenção do Estado nas relações econômicas, em prol de direitos dos trabalhadores, daí decorrendo diferentes modelos de Estado Social.

Luís Fernando Sgarbossa aponta terem sido criados, desde o século XIX, ao menos cinco modelos de proteção social, destacando, dentre eles, os dois que considera como principais: o modelo alemão (ou bismarckiano) e o modelo britânico (ou beveridgeano)<sup>209</sup>.

O modelo bismarckiano (referência a Otto von Bismarck), adotado nos anos que se seguiram à unificação alemã (1871), era um programa de manutenção de renda do tipo corporativo de caráter compulsório e feição contributiva, tendo sido inicialmente estabelecidos, na Alemanha, seguros em matéria de acidentes do trabalho (1881), seguro-doença (1883) e seguro velhice-invalididez (1889)<sup>210</sup>. Já o modelo britânico ou beveridgeano (referência a Sir. William Beveridge), era um sistema de seguro social oposto ao modelo alemão, eis que voltado para uma

---

<sup>208</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal. **Op. cit.**, p. 51.

<sup>209</sup> O autor toma por base a classificação apresentada por Walter Korpi, que "propõe a distinção de cinco modelos, grupos de sistemas ou estruturas institucionais dos programas de proteção social, a saber: a) *residual model*; b) *voluntary state-supported model*; c) *corporatist income security model*; d) *universal basic security model* e, finalmente, e) *universal income security model*". SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 57.

<sup>210</sup> **Ibid.**, p. 47-50.

proteção de base do tipo universal, beneficiando quase a totalidade da população com a outorga de benefícios mínimos, desvinculados da renda auferida pelo segurado<sup>211</sup>.

Tais modelos, conquanto essencialmente contrários à matriz ideológica liberal clássica, receberam críticas diferenciadas por parte dos liberais. Na Alemanha, o modelo bismarckiano deu origem à concepção de Estado Social sob a forma de um *Estado de Bem-Estar Social* (*Welfare State*, em inglês; *Wohlfahrtsstaat*, em alemão), expressão imbuída de um juízo de valoração favorável quanto ao sentido que se busca imprimir ao Estado Social<sup>212</sup>. Na Inglaterra, ao contrário, o Estado Social recebeu a alcunha pejorativa de *Estado-Providência*, utilizada pelos críticos liberais para se referir a um sistema de proteção social amplamente universalizado e incondicionado, características que, naquela época, fizeram do modelo britânico "um dos mais amplos sistemas de proteção social ou seguridade social conhecido - ao lado dos modelos nórdicos e escandinavos"<sup>213</sup>.

Tudo isso, saliente-se, deu-se ainda no século XIX, antes mesmo do advento das cartas constitucionais que somente no início do século XX passariam a acolher os direitos sociais como direitos fundamentais, operando-se, finalmente, a *constitucionalização do Estado Social*. Vale dizer, os direitos sociais primeiro surgiram em nível infraconstitucional e depois tomaram assento constitucional<sup>214</sup>. Houve a partir daí a expressa menção a direitos sociais nas Cartas Magnas do

---

<sup>211</sup> "Rompendo com a tradicional política social fragmentada britânica e partindo da premissa de que a indigência é um escândalo, Beveridge acaba por propor um sistema de proteção generalizada, que contemple não apenas os assalariados, mas o conjunto da população, independente de sua atuação profissional. Além disso, as prestações outorgadas devem ser iguais, independentemente do risco da atividade do segurado". **Ibid.**, p. 52.

<sup>212</sup> A expressão *Estado de Bem-Estar Social* "parece designar exatamente o modelo de Estado resultante das modificações ocasionadas pelos fatores históricos, socioeconômicos e culturais que produziram a segunda onda de direitos já mencionada, ou seja, aquele que busca, de maneira geral, através da intervenção na economia e da prestação de auxílios, promover o bem-estar social, amparando especialmente as pessoas acometidas por infortúnios e aqueles em situação mais vulnerável, notadamente do ponto de vista econômico". **Ibid.**, p. 54-55.

<sup>213</sup> **Ibid.**, p. 56.

<sup>214</sup> Como aduz Sgarbossa, "os novos direitos sociais que inicialmente surgem em nível infraconstitucional, ainda no século XIX, regulando o mercado de trabalho e prevendo prestações sociais, passam a ser constitucionalizados ao longo do Século XX, em algumas manifestações vanguardistas como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, inicialmente. Tal tendência passa a ser a regra no ciclo constitucional inaugurado após o final da Segunda Guerra Mundial. (...) A constitucionalização generalizada de disposições de cunho social que ganha força no segundo pós-guerra, para além de içar os direitos sociais, até então em sua maioria infraconstitucionais, à condição de direitos fundamentais (...) acaba por significar, portanto, a constitucionalização do próprio modelo de Estado social". **Ibid.**, p. 59.

México (1917)<sup>215</sup>, da Alemanha (1919)<sup>216</sup> e outras que nelas se inspiraram. Na sequência histórica, diante do quadro de destruição gerado por duas guerras mundiais na primeira metade do século XX, os direitos sociais passaram a ser reconhecidos em diversas Constituições<sup>217</sup>, bem como em documentos internacionais emitidos pela ONU, com destaque para a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (1966).

Desde a sua gênese no século XIX e o processo de constitucionalização pelo qual passou no século XX, o Estado Social intentou diminuir os efeitos da concentração de riqueza, gerando, contudo, uma série de riscos e efeitos colaterais decorrentes da concentração de poder<sup>218</sup>. Apresentou-se, assim, sob diversos matizes ideológicos e regimes jurídicos, tendo evoluído para um modelo de *Estado Democrático de Direito*, mantendo como característica geral a ideia de que, ao contrário do que se pregou na concepção liberal, é imprescindível certa intervenção estatal na área econômica e social, assegurando-se um bom nível de convivência

<sup>215</sup> "A Carta mexicana, refletindo esse ideário de bem-estar social, promoveu a constitucionalização dos direitos de proteção do trabalho. Nela, houve minudente tratamento do tema, revelando, portanto, a preocupação dos movimentos sociais com a limitação do poder econômico nas relações de trabalho". NUNES JÚNIOR, Vidal. **Op. cit.**, p. 52.

<sup>216</sup> "A evolução dos direitos sociais foi sucessivamente marcada pela Constituição de Weimar de 1919, que, a seu modo, consubstanciou significativos avanços no campo dos direitos fundamentais, que serviram de inspiração para diversas Constituições posteriores. Sem esquecer que a Constituição de 1919 foi a instituidora da república da Alemanha, no campo dos direitos sociais, embora não tenha tido a minudência na discriminação de direitos trabalhistas como sua antecessora mexicana, teve a fortuna de veicular um rol muito mais amplo de direitos sociais. Com efeito, a Constituição de Weimar deu especial destaque ao direito à educação, prescrevendo o direito ao ensino básico por meio de escolas públicas, bem como determinando que escolas privadas só poderiam funcionar mediante autorização do Poder Público. (...) Ademais, a lei fundamental alemã inovou ao contemplar a questão do direito à saúde e à previdência. (...) É perceptível que a Constituição de Weimar, adotando um claro perfil social democrático, apresentou um caráter autenticamente transformador. Por isso sua grande influência em diversas constituições contemporâneas". **Ibid.**, p. 53.

<sup>217</sup> "Parece evidente que as atrocidades da Segunda Guerra Mundial constituíram supedâneo para o alargamento do rol e a positivação dos direitos sociais, numa tentativa de reerguer Estados destruídos, principalmente em suas bases econômicas e sociais. Sob este aspecto, merecem especial destaque a Constituição francesa de 1946, a Constituição italiana de 1947, a Constituição alemã de 1949 e a Constituição portuguesa de 1976, sobretudo em razão da influência que representaram para o texto da Constituição brasileira de 1988". MOREIRA, Alinie. **Op. cit.**, p. 27.

<sup>218</sup> No dizer de Diego Valadés, "as grandes burocracias que resultaram das responsabilidades prestacionais do Estado Social geraram um amplo rol de efeitos colaterais: corrupção, clientelismo, abuso no exercício do poder, distorção dos sistemas eleitorais, manipulação midiática, por exemplo. Na ordem produtiva, os efeitos negativos (inibição da empresa privada, alteração das leis de mercado, regulação excessiva, entre outros) também foram reiteradamente enfatizados". VALADÉS, Diego. **Consideraciones sobre el Estado constitucional, la ciencia y la concentración de la riqueza**. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudios de Derecho Constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 695-717. Tradução livre.

entre os indivíduos na comunidade, não obstante inexista consenso entre os teóricos sobre um modelo ideal, o que vai depender do estágio de desenvolvimento de cada nação.

No Brasil, a aurora do Estado Social pode ser encontrada em legislações esparsas editadas no início do século XX. Elaborando um resumo da cronologia histórica dos direitos sociais desde o advento da República, Sgarbossa explica que, não obstante a nossa Carta de 1891 detivesse caráter marcadamente liberal, a legislação infraconstitucional passou a tratar da questão social, citando-se, *v.g.*, o Decreto 439 de 1890 (organizou a assistência à infância desvalida), o Decreto 1313 de 1891 (regulamentou do trabalho do menor), o Decreto legislativo 1637 de 1907 (facultou a criação de sindicatos e cooperativas), o Decreto 4682 de 1923, apelidado de "Lei Eloy Chaves" (primeira norma a instituir a previdência social), o Decreto 19497 de 1930 (criou a Caixa de Aposentadorias e Pensões), o Decreto 19443 de 1930 (criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio), o Decreto 21960 de 1932 (criou as Inspetorias Regionais do Trabalho), os Decretos 21186 e 2364 de 1932 (regulamentaram o horário de trabalho dos comerciários e industriários), o Decreto 21417-A de 1932 (regulamentou o trabalho das mulheres na indústria e comércio), o Decreto 23103 de 1933 (estabeleceu férias para bancários), dentre outras<sup>219</sup>.

A constitucionalização dos direitos sociais no Brasil somente veio com a Carta Magna de 1934, que, promovendo uma ruptura com o modelo anterior, adotou um modelo de Estado Social sob influência das Constituições mexicana de 1917, weimariana de 1919 e espanhola de 1931<sup>220</sup>. Ainda que não se possa rigorosamente dizer que em algum momento da nossa história tenha sido adotado o modelo de Estado Liberal, fato é que a Constituição de 1934 inaugurou um período de gradativa expansão dos direitos sociais no Brasil<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 67-69.

<sup>220</sup> **Ibid.**, p. 70.

<sup>221</sup> Vladimir da Rocha França faz uma interessante leitura sob este aspecto: "Em rigor, não houve a transição do Estado liberal para o Estado social no Brasil, pelo simples fato de que os direitos individuais assegurados na Constituição Imperial de 1824 e na Constituição Federal de 1891 careciam de efetividade quando confrontados com o intervencionismo patrimonialista do Estado na ordem econômica. E, quando finalmente entrou em vigor o Código Civil de 1916, de perfil econômico liberal, o modelo de Estado e de Direito que serviu de inspiração para as ordens constitucionais citadas se encontrava em profunda crise, agravada pela Primeira Guerra Mundial. O que, em verdade, ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1934, foi essencialmente a legitimação constitucional do intervencionismo estatal que já vinha sendo praticado desde 1500 na ordem

Dentre outros direitos e garantias fundamentais assegurados, a Carta inovou ao tratar expressamente do *direito à subsistência*<sup>222</sup>. Todavia, teve vida curta e foi logo substituída por uma nova Constituição, em 1937, que, durante o período ditatorial da Era Vargas (o *Estado Novo*), sob influência do pensamento fascista e nacionalista, promoveu um retrocesso no tocante aos direitos e garantias fundamentais<sup>223</sup>.

A Constituição de 1946 redemocratizou o país, trazendo de volta avanços que haviam sido previstos na Constituição de 1934, na tradição da Weimar. Direitos trabalhistas e previdenciários foram assegurados, bem como se colocou a Justiça do Trabalho, antes integrante do Poder Executivo, como órgão do Poder Judiciário, reafirmando o seu poder normativo na área de conflitos trabalhistas. Nesse contexto, foi editada a Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3807/60), que padronizou o sistema assistencial e de previdência, instituindo benefícios tais como o auxílio-natalidade, o auxílio-funeral e o auxílio-reclusão. São ainda dignas de destaque a Lei 4214/63 (instituiu o Fundo de Assistência do Trabalhador Rural), a Lei 4266/63 (criou o salário-família) e o Decreto-lei 72/66 (unificou os institutos de aposentadorias e pensões, criando o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS)<sup>224</sup>.

---

econômica, ampliando-o cada vez mais. Também é imperativo destacar a imposição constitucional da intervenção estatal na ordem social, com a inserção dos direitos sociais no rol de direitos fundamentais. Ao se observar atentamente a própria evolução do catálogo de direitos fundamentais na História do Direito Constitucional brasileiro, constata-se que os direitos sociais foram marcados por uma pujante expansão, sendo ampliados a cada nova ordem constitucional desde 1934. Passou a ser interesse do Estado, democrático ou autoritário, garantir uma rede de proteção social mais extensa possível, com o aumento da tributação, das limitações jurídico-administrativas aos direitos individuais e das normas de ordem pública nas relações privadas". FRANÇA, Vladimir da Rocha. **O mito do estado liberal brasileiro**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/vladimir-da-rocha-franca/o-mito-do-estado-liberal-brasileiro>. Acesso em 05/07/2016.

<sup>222</sup> "O artigo 113 da nova Carta contemplava, já em seu *caput*, de maneira inovadora, o *direito à subsistência*, dispendo o inciso 34 que seria garantido a todos o direito de prover sua subsistência por meio do trabalho honesto, bem como o amparo do Estado em relação aos que se encontrassem em situação de indigência". **Ibid.**, p. 71.

<sup>223</sup> "Os direitos e garantias fundamentais sofreram um significativo retrocesso, sendo abolidas do texto constitucional as disposições que estabeleciam o princípio da legalidade, o princípio da irretroatividade legislativa, o mandado de segurança e a ação popular (ambos instituídos pela Constituição de 1934), e ainda deixando de prever ao lado dos direitos de liberdade, segurança e propriedade, o direito à subsistência. (...) Além disso, a Lei Fundamental de 1937 condicionou o exercício dos direitos e garantias fundamentais ao bem público e às necessidades de defesa, bem-estar, paz e ordem coletiva, assim como à segurança do Estado" (...) Quanto ao direito de associação e sindicalização, o restringiu aos sindicatos reconhecidos pelo Estado, bem como, quanto ao direito de greve, o proscreeu, atribuindo-lhe a pecha de recurso anti-social nocivo ao trabalho e ao capital, incompatível, de resto, com os 'superiores interesses de produção nacional' (arts. 137, 138 e 139)". **Ibid.**, p. 73-75.

<sup>224</sup> **Ibid.**, p. 77.

Durante o período da ditadura militar, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 1 de 1969 sofreram influência da Carta de 1937 no que concerne à doutrina de segurança nacional, com significativa relativização de direitos individuais, não obstante se tenha, nessa época, ampliado o elenco dos direitos trabalhistas, bem como integrado o seguro de acidente de trabalho no sistema previdenciário (Lei 5316/67), estendendo a previdência social ao trabalhador rural, por meio de um Plano Básico de Previdência Social Rural (Decretos-lei 564/69 e 704/69). Merecem destaque ainda a Emenda Constitucional 11/71 (estabeleceu regras mais vantajosas de aposentadoria integral por tempo de serviço no magistério), a Lei 5859/73 (incluiu os empregados domésticos como segurados obrigatórios da Previdência Social), a Lei 6136/74 (criou o benefício previdenciário do salário-maternidade), a Lei 6179/74 (criou o benefício de amparo aos maiores de 70 anos ou inválidos), a Lei 6260/75 (instituiu benefícios previdenciários para trabalhadores rurais e seus dependentes), o Decreto-lei 2283/86 (instituiu o seguro-desemprego), dentro outros diplomas normativos asseguradores de direitos sociais<sup>225</sup>.

Por fim, não obstante tenha havido alguns avanços na área econômica e social desde a década de 1930, somente com a advento da Constituição Federal de 1988 optou-se politicamente por ampliar o modelo de Estado Social no Brasil, concebendo-o como um Estado Democrático de Direito essencialmente comprometido com os direitos fundamentais<sup>226</sup>. Como assinala Manoel Jorge e Silva Neto, a expressão *Estado Democrático de Direito*, inaugurada pela Carta de 1988, "outro significado não tem que Estado de Direito e de Justiça Social"<sup>227</sup>. Na mesma exegese, após advertir que "o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza *Estado*

---

<sup>225</sup> **Ibid.**, p. 80.

<sup>226</sup> "Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, *caput*, refere apenas aos termos democrático e Direito), não restam dúvidas - e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina - de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição. Além de outros princípios expressamente positivados no Título I de nossa Carta (como, por exemplo, os da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária etc.), tal circunstância se manifesta particularmente pela previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais, que, além do rol dos direitos dos trabalhadores (arts. 7º a 11 da CF), inclui diversos direitos a prestações sociais por parte do Estado (arts. 6º e outros dispersos no texto constitucional)". SARLET, Ingo. **Op. cit.**, 2015, p. 63.

<sup>227</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 193.

*Democrático*"<sup>228</sup>, José Afonso da Silva salienta que o princípio democrático somente se concretiza com a autêntica participação do povo no processo político e com o efetivo respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana<sup>229</sup>.

Ao se valer da fórmula do Estado *Democrático* de Direito, procurou o legislador constituinte enfatizar que, não apenas sob o aspecto formal de um Estado de Direito, a nova Lei Fundamental passou a exigir que também fossem respeitados os anseios democráticos do povo brasileiro, na busca de uma transformação material que assegure a efetiva participação de todos nos destinos do país, inclusive dos grupos minoritários. Nesse ponto, é preciso advertir que o ideal de *democracia* não condiz pura e simplesmente com um governo em prol da maioria, daí porque a Constituição prevê cláusulas pétreas e uma série de outros freios contramajoritários, com destaque para a jurisdição constitucional.

Como assinala Lênio Streck, a democracia que se pretende no constitucionalismo contemporâneo não pode se identificar apenas com a vontade da maioria, pois "uma vontade popular majoritária permanente, sem freios contramajoritários, equivale à *volonté générale*, a vontade geral absoluta propugnada por Rousseau, que se revelaria, na verdade, em ditadura permanente"<sup>230</sup>. Daí dizer que a Constituição não obstrui a democracia, sendo, ao contrário, a própria *condição de possibilidade do exercício do regime democrático*<sup>231</sup>.

Dada a estreita ligação que há entre os direitos fundamentais e o princípio do Estado Social, Ingo Sarlet ressalta que os direitos fundamentais sociais constituem "exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de

---

<sup>228</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 121.

<sup>229</sup> "Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. (...) Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realiza na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação* nos *rendimentos da produção*". *Ibid.*, p. 121-122.

<sup>230</sup> STRECK, Lênio. **Op. cit.**, 2014, p. 87.

<sup>231</sup> "A Constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e majorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma - a Constituição - estabeleceu para o futuro. *Esta, aliás, é a sua própria condição de possibilidade*". *Ibid.*, p. 88.



chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal"<sup>232</sup>. Disso decorre a importância do papel do Estado como intervencionista na área econômica e social, de modo a garantir materialmente os valores de igualdade, liberdade e justiça, os quais "constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito"<sup>233</sup>.

Não havendo dúvidas sobre a necessidade de um *Estado intervencionista* no contexto de um Estado Democrático de Direito que acolheu tanto valores sociais quanto valores de liberdade e autonomia privada<sup>234</sup>, resta examinar de que forma e em que grau se dará tal intervenção, questão que tem se revelado tormentosa no caso brasileiro, pois, como já bem sentenciou Paulo Bonavides, "a implantação entre nós de um Estado Social é muito mais dificultosa que na Europa"<sup>235</sup>. O Estado intervencionista que se busca não é o do totalitarismo, mas, sim, aquele "que se acha contido juridicamente no constitucionalismo democrático"<sup>236</sup>, garantidor dos direitos sociais sem descuidar da tutela dos direitos da personalidade.

### 2.3.2 Estado intervencionista: prestador, regulador e fomentador

Ao tratarmos do *Estado intervencionista*, ou *interventor*, cumpre de antemão compreendermos em que consiste a respectiva atividade interventiva, haja vista que, de certo modo, todo e qualquer modelo de atuação estatal implica algum grau de intervencionismo nas relações sociais e econômicas.

---

<sup>232</sup> SARLET, Ingo. **Op.cit.**, 2015, p. 63.

<sup>233</sup> **Ibid.**, p. 63.

<sup>234</sup> O Estado Social, "por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas". BONAVIDES, Paulo. **Op. cit.**, 2009, p. 200.

<sup>235</sup> "A dificuldade mais espinhosa à concretização desses direitos procede, como se sabe, da conjuração neoliberal do capitalismo globalizador e sua máquina de poder, que domina mercados e anula, com pactos de vassalagem e recolonização, a soberania dos países em desenvolvimento. Capitalismo de agressão, é ele o inimigo mais feroz do Estado social porquanto percebe que este o ataca e organiza a resistência dos povos oprimidos". **Ibid.**, p. 10.

<sup>236</sup> **Ibid.**, p. 187.

A simples imposição de normas de conduta, sujeitando os indivíduos ao poder de império do Estado, ou seja, a própria concepção de uma ordem jurídica da comunidade, já faz configurar uma *intervenção estatal*. O que variam são os parâmetros dessa intervenção. Daí o acerto na observação de Eros Roberto Grau de que "toda atuação estatal pode ser descrita como um ato de intervenção na ordem social"<sup>237</sup>. Não obstante, para que possamos nos valer da ideia de intervenção com tamanha amplitude, alguns aspectos delimitadores do conceito precisam ser previamente fixados.

Embora se tenha consagrado o emprego do termo *intervenção* para se referir à atuação mais ativa do Estado Social e distinta da anterior postura absentéista que marcou o Estado Mínimo liberal, de certo modo tal concepção agasalha carga ideológica ao fazer crer que certos padrões de funcionamento da sociedade, coordenando o comportamento dos indivíduos, especificamente no que tange às relações de trocas econômicas, refletiriam, por assim dizer, a "realidade natural" dos fatos sociais, ao passo que o Estado, valendo-se do seu poder soberano, estaria *intervindo* em tal realidade (modificando-a) sempre quando buscasse alterar ou influir no modo supostamente "espontâneo" de acontecimento destes fatos.

Dita ideologia não à toa pretendeu levar a imaginar que no modelo liberal não haveria espaço para a *intervenção* do Estado ou, ao menos, que tal intervenção seria a menor possível, deixando os indivíduos e o mercado mais livres para traçar os rumos da sociedade. Tal pensamento, que parece ter se tornado o senso comum em torno da noção de Estado Liberal ou *Estado Mínimo*, segue a merecer uma cuidadosa reflexão.

Não se pode olvidar que a essência do fenômeno econômico está na administração de bens escassos e que tal situação de escassez sempre acompanhou o homem em todas as civilizações, muito antes do surgimento do Estado na sua feição moderna de poder politicamente organizado, tal como hoje o conhecemos. Um sistema natural e espontâneo de livre convivência e à margem de algum modelo institucionalizado de trocas econômicas em tese somente ocorreu nas sociedades muito primitivas, nas quais a organização da produção era ainda

---

<sup>237</sup> GRAU, Eros. **Op. cit.**, 2003, p. 63. Em outra obra, o mesmo autor aponta que "se o Estado é uma ordem jurídica, o poder estatal é capacitação para a realização dos fins dessa ordem". GRAU, Eros Roberto. **As agências, essas repartições públicas**. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 26.

inteiramente doméstica e voltada para o autoconsumo, sem divisão de trabalho e sem excedentes de produção<sup>238</sup>.

Ainda na pré-história, à medida em que as populações foram crescendo e se encontrando, multiplicando-se as relações intergrupais, explodiram as necessidades e, com elas, a diversidade de meios para supri-las, daí emergindo novos arranjos sociais que tornaram necessária a organização institucionalizada da divisão do trabalho e de um sistema de fluxo habitual e regular de trocas dos excedentes produzidos, embrião do que hoje chamamos de *mercado*<sup>239</sup>. Desde então não se pode mais falar de um processo natural ou espontâneo de trocas econômicas, porquanto se tornou necessária a imposição de um conjunto de pressupostos institucionais para garantir a segurança do sistema econômico, o que se deu precisamente por meio do Direito. E no contexto atual, a relação entre Direito e Economia, mais do que necessária, tornou-se essencial<sup>240</sup>.

Explicando a profunda imbricação entre Direito e Economia, Fábio Nusdeo assinala que a maneira como se apresentam os fatos econômicos dá-se em função direta com a forma de organização e normatização das atividades desenvolvidas num determinado espaço físico. Portanto, Direito e Economia devem ser vistos "como um todo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil dizer-se até que ponto o Direito determina a Economia ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele"<sup>241</sup>.

Segue-se daí que um sistema de livre mercado não poderá ser considerado "livre" sem que exista um adequado modelo de instituições assegurando o direito de propriedade privada, a liberdade de contratar, dentre outros pressupostos básicos

<sup>238</sup> "Nos albores da humanidade ainda não se chegara à ideia de divisão do trabalho. Durante séculos, segundo acredita a antropologia econômica, a organização da produção era fundada no chamado autoconsumo, ou seja, a mesma unidade produzia e consumia os bens de que necessitava. Ela era de caráter doméstico, constituída por famílias, no seu sentido ampliado (...). Esta pequena célula produtiva vivia *privadamente*, isto é, privada de bens, e suas necessidades eram extremamente limitadas, comportando, assim, a produção *intramuros* seguida do próprio consumo. Trocas com vizinhos, com amigos e até mesmo com estranhos ou inimigos podiam ocorrer, mas eram excepcionais e não respondiam pelo abastecimento regular da família". NUSDEO, Fábio. **Op. cit.**, p. 40.

<sup>239</sup> "Instaura-se a divisão de trabalho, fazendo com que, cada vez mais, cada homem deixe de trabalhar para si, ou para o seu pequeno grupo, e passe a trabalhar para os outros. Não por altruísmo, mas por racionalismo. Instala-se a troca destinada a permitir um mais adequado suprimento de bens e serviços, com maior eficiência na sua produção, já que cada um se especializa naquilo que sabe fazer melhor". **Ibid.**, p. 41.

<sup>240</sup> "O Direito econômico é típico de nossa sociedade superindustrializada e não teria sentido nas sociedades primitivas agrárias". BATALHA, Wilson. **Op. cit.**, p. 646.

<sup>241</sup> NUSDEO, Fábio. **Op.cit.**, p. 28.

desse sistema econômico, o que pressupõe algum fator de autoridade a impor normas regulamentadoras do fluxo de trocas econômicas<sup>242</sup>, ou seja, alguma *intervenção*. Assim, no contexto do liberalismo econômico propagado a partir do século XVIII, a existência de um complexo mercado de bens e serviços tornou imprescindível o reconhecimento, por parte do poder político constituído e da respectiva ordem jurídica, de institutos tais como a propriedade privada, a autonomia da vontade, a liberdade contratual, a liberdade de profissão e de concorrência, servindo o Estado, por meio do Direito, justamente para impedir que imperasse a violência, garantindo-se um ambiente de segurança propício às trocas econômicas.

Não se pode afirmar ontologicamente algo como uma ordem "natural" ou "espontânea" dos fatos econômicos na sociedade. A não ser, é claro, que consideremos o próprio surgimento do Estado também como um fenômeno natural, de modo que, no final das contas, todos os fatores reais de poder e os mecanismos que equilibram as relações de força entre os homens teriam de ser reputados igualmente espontâneos e, por conseguinte, nada haveria de *intervenção* na ordem das coisas.

Dados os seus instintos mais primitivos, o indivíduo humano tornou-se essencialmente gregário, integrando grupos comunitários, ainda que variando as formas de envolvimento entre o individual e o coletivo em cada grupo<sup>243</sup>. Trazendo para a modernidade essa ótica antropológica, pode-se afirmar que o Estado mínimo

---

<sup>242</sup> "É preciso lembrar que a fixação do valor econômico - valor de troca - pela reiteração do intercâmbio, ensejando a formação de um consenso quanto a sua utilidade e escassez, somente é possível a partir de um mínimo de pressupostos institucionais. Ou seja, eles pressupõem a opção por um dado sistema econômico, o que significa exatamente a escolha de algumas instituições. No caso, tais instituições seriam, basicamente, o direito de propriedade e a liberdade de contratar. Sem ambos estes pressupostos, claramente, o valor, tal como acima descrito, não teria condições de se manifestar pela simples razão de que, não sendo legal a troca, ela não poderia se dar com segurança, e não existindo a garantia de propriedade privada, ninguém se disporia a adquirir alguma coisa, pois não teria os meios legais de conservá-la". *Ibid.*, p. 47-48.

<sup>243</sup> "Independentemente da origem do homem, as sociedades se estabeleceram no momento em que os indivíduos convergiram para a vida em grupo, afastando-se da rele satisfação das necessidades individuais, para repousar no sentido do suprimento das necessidades coletivas. Percebe-se, daí, um forte traço do jusnaturalismo. (...) a sociedade existe porque o homem é um ser gregário (independentemente do fundamento, ou seja, pouco importa discussão se o indivíduo detém um sentimento inato de agrupamento – que pode ser por inspiração divina -; ou, se porque busca, pela razão, a associação como forma de proteção contra seus iguais, por medida de conservação da felicidade ou de tutela de seus bens via amparo da propriedade). (...) o ponto angular repousa na ideia de que a sociedade de homens é uma realidade fática e que foi idealizada (talvez ainda o seja) pelo jusnaturalismo (entenda-se a amplitude do fenômeno, desde as premissas aristotélicas até a rigidez dos contratualistas)". PIRES, Alex Sander Xavier. **Homem, sociedade e direito: síntese jusfilosófica voltada ao jusnaturalismo**. Disponível em: <http://www.cp2.g12.br/blog/perspectiva-sociologica/edicoes-anteriores/jan-jul-2011-no-6-e-7/homem-sociedade-e-direito-sintese-jusfilosofica-voltada-ao-jusnaturalismo/>. Acesso em 05/07/2016.

seria tão natural ou espontâneo quanto um modelo de Estado máximo, a depender das circunstâncias históricas de cada nação.

Ainda que se entenda que as revoluções liberais do século XVIII conduziram a um modelo de Estado identificado com valores da burguesia detentora do poder econômico e empenhado em "limitar o poder político tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo de suas funções perante a sociedade)"<sup>244</sup>, de tal entendimento não se pode extrair a singela conclusão de que tenham visado anular ou ao menos reduzir os mecanismos de intervenção estatal. O que houve, de fato, foi um direcionamento da atividade interventiva de acordo com a nova organização da sociedade que a partir dali se pretendia construir e na qual a presença forte do Estado continuaria sendo imprescindível.

A ideia de que paira uma ordem natural sobre o processo econômico é uma visão muito mais ideológica do que científica, não se podendo falar que as primeiras constituições liberais (constituições-garantia), pelo fato de não estabelecerem qualquer papel ativo para o Estado na economia, tenham sido neutras em matéria econômica, eis que "implícita ou explicitamente todas elas optam, acolhem e consagram um dado sistema que se deduz do conjunto de seus dispositivos"<sup>245</sup>.

Em todas as economias de mercado que se sucederam a partir do último quartel do século XVIII, na esteira das primeiras constituições de viés liberal, revelou-se fundamental a codificação do Direito Privado nos países de tradição romano-germânica e o desenvolvimento paralelo que, embora formalmente diverso, também ocorreu nos países de tradição anglo-saxônica<sup>246</sup>. A garantia das liberdades individuais, a proteção da propriedade privada e de outros interesses típicos do mercado capitalista foram proclamados não apenas frente ao Estado, mas, inevitavelmente, *por intermédio do Estado*, tendo-se adotado medidas legislativas e administrativas sem as quais, no dizer de Jorge Miranda, jamais poderiam ser de

---

<sup>244</sup> MIRANDA, Jorge. **Op. cit.**, p. 47.

<sup>245</sup> NUSDEO, Fábio. **Op. cit.**, p. 108. O autor faz alusão à Constituição americana de 1787, comentada nas obras de Charles Beard (How capitalist is the Constitution?; The Constitution and the protection of capitalism), nas quais se demonstra que "a presença ou a ausência de previsão para a atividade estatal no campo econômico e/ou social correspondem a duas posições bem definidas, sendo a escolha por uma delas no bojo constitucional uma opção racional e conscientemente adotada pelos vários povos em cada fase de sua trajetória histórica. Fica claro, ademais, terem sido as constituições garantia ou liberais editadas a partir de fins do século XVIII o primeiro e fundamental instrumento para a implantação do sistema descentralizado ou autônomo e, como tal, nada tinham de neutralidade ou de absenteísmo quanto à vida econômica". **Ibid.**, p. 108-109.

<sup>246</sup> **Ibid.**, p. 106.

fato preservados naquele contexto revolucionário<sup>247</sup>. Como salienta Eros Grau, "atuação no campo econômico, o Estado sempre desenvolveu", sendo apenas que agora, com as mudanças operadas com a implementação de políticas públicas, "o faz sob e a partir de renovadas motivações e mediante a dinamização de instrumentos mais efetivos", já que, "de resto, ainda ao tempo do liberalismo era o Estado, seguidas vezes, no interesse do capital, chamado a 'intervir' na economia"<sup>248</sup>.

Por tudo quanto foi dito, pode-se dizer que há até mesmo uma certa redundância ao falar em *Estado intervencionista*, pois Estado e intervenção são realidades indissociáveis, variando apenas, por escolhas políticas de cada nação, a amplitude e a forma de intervenção do Estado na área econômica e na área social.

A tradicional oposição entre mercado e Estado, a partir da qual os representantes do "mercado puro" glorificam o mercado e demonizam o Estado revela-se historicamente equivocada, pois, como assinala Friedrich Müller, "em todos os tempos só os sistemas mistos foram estáveis"<sup>249</sup>. Também Vital Moreira destaca que "o capitalismo auto-regulado de dentro pelo mercado, sem interferência exterior, nunca existiu"<sup>250</sup>, porquanto, na atualidade, as economias se tornaram irreversivelmente mistas, seja no tocante à propriedade dos meios de produção, seja "sobretudo quanto aos seus mecanismos de regulação, conjugando o mercado, a regulação pública e a auto-regulação profissional"<sup>251</sup>.

---

<sup>247</sup> Sem o aparato de intervenção do Estado não se poderia cogitar do estado de coisas que se instaurou com o modelo liberal, com o "realce das liberdades jurídicas do indivíduo, como a liberdade contratual; a absolutização da propriedade privada a par das liberdades; a recusa, durante muito tempo, da liberdade de associação (por se entender, no plano dos princípios, que a associação reduz a liberdade e por se recluir, no plano prático, a força da associação dos mais fracos economicamente); e desvios aos princípios democráticos (apesar da sua proclamação formal), nomeadamente, através da restrição do direito de voto aos possuidores de certos bens ou rendimentos, únicos que, tendo responsabilidades sociais, deveriam ter responsabilidades políticas (sufrágio censitário)". MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>248</sup> GRAU, Eros. *Op. cit.*, 2003, p. 14-15.

<sup>249</sup> MULLER, Friedrich. **A limitação das possibilidades de atuação do Estado-nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência**. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira (Org.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao prof. J. J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 209-218.

<sup>250</sup> MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 23.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 21. Explica o jurista lusitano que, "se o predomínio do princípio do mercado - reforçado na última década e meia - não permite designar as economias contemporâneas senão como *economias-de-mercado*, isso não deve fazer obnubilar o papel que a regulação estadual continua a ter - desde logo na própria sustentação do mercado - nem o lugar que cabe às múltiplas formas de auto-regulação colectiva que se desenvolvem em diversos sectores. Na actualidade, a *performance* da

Considerando a variação de postura do Estado frente aos fenômenos que compõem a vida econômica e utilizando como referencial os dois últimos séculos, Francisco Cavalcanti aponta basicamente três formas de intervenção do Estado na ordem econômica: a) *como agente da atividade econômica*, notadamente por meio da atuação de empresas estatais; b) *como ente regulador das atividades*, editando normas, fiscalizando e impondo sanções aos agentes econômicos; c) *através de atividades indutoras*, concedendo incentivos e fomentando posturas de interesse público por parte dos agentes econômicos<sup>252</sup>. O autor reconhece a tendência atual de se reduzir cada vez mais o papel do Estado como agente da atividade econômica, o que acaba levando ao incremento das suas funções reguladoras, traçando-se um novo perfil para a Administração Pública, levando em conta a pluralidade de interesses públicos e a necessidade de regulações específicas e relativamente independentes<sup>253</sup>.

Isto posto, se traçarmos, em linhas gerais, um panorama histórico da intervenção do Estado, tomando como base a realidade do Ocidente e o que veio se sucedendo nos países que primeiro colheram os frutos da revolução industrial e mantiveram-se fiéis ao modo de produção capitalista, poderíamos apontar a seguinte cronologia:

I) *do final do século XVIII a meados do século XIX* - intervenção sob influxos do constitucionalismo liberal e de um Direito privado afinado com os ideias do livre mercado e da segurança jurídica (Estado Liberal clássico, com poderes de polícia restritos à manutenção da ordem pública e à defesa da propriedade privada);

---

economia - apesar do predominantemente privada - é uma responsabilidade do Estado. Com a crescente complexidade da regulação econômica tornou-se imprescindível a cooperação das organizações econômicas na definição e implementação das políticas econômicas. Essa cooperação entre o Estado e a economia pode bastar-se com esquemas de colaboração ou participação na definição das medidas de política econômica; mas também pode elevar-se ao ponto de investir ou conseguir às organizações econômicas a assunção de funções regulatórias". **Ibid., loc.cit.**

<sup>252</sup> CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Reflexões sobre o papel do estado frente à atividade econômica**. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 20. São Paulo: Malheiros, 1997.

<sup>253</sup> "A ideia de aprimoramento do exercício pelo Estado de funções reguladoras cresce e ganha importância na medida em que ele afasta-se do papel de agente das atividades reguladas. Enquanto assumia esse duplo papel a premência do controle parecia não existir, embora, em muitas situações fosse patente a ineficiência da atuação estatal e a lacuna quanto à regulação das atividades exercidas. Aquela necessidade de exercício do poder regulador e de polícia é observável com maior nitidez no tocante às atividades econômicas, sobretudo, quando o Estado de seu exercício se afasta, passando a serem essas tarefas exercidas por empresas privadas, cuja atuação se pauta, normalmente, na ideia de lucro, com redução de custos e aumento de preços de bens e serviços". CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes**. *Revista de Direito Administrativo*, n. 219. Rio de Janeiro, jan./mar./2000, p. 253-270.

II) *do final do século XIX até a Segunda Guerra Mundial* - intervenção do Estado no domínio econômico, no sentido de corrigir as falhas do mercado (Estado Liberal fiscalizador, com poderes de polícia também sobre a ordem econômica), ampliada após a Primeira Guerra Mundial e com a queda da bolsa americana em 1929;

III) *do pós-guerra até o final do século XX* - maior intervenção do Estado como agente prestador no atendimento direto das demandas coletivas, as quais o mercado, ainda que sob fiscalização e operando sem falhas, não seria capaz de atender (Estado do Bem-Estar Social, com ampliação da administração burocrática);

IV) *do final do século XX até os dias atuais* - mudança de parâmetros de intervenção do Estado, mantendo a função de agente ordenador da atividade econômica, contudo, devolvendo ao mercado o papel de propiciar a satisfação das demandas coletivas (Estado Regulador e Fomentador, de administração gerencial, que acabou recebendo a alcunha de *neoliberal*).

Obviamente tal descrição de etapas históricas é uma simplificação de realidades muito distintas e complexas que se travaram em cada país. Basta citar que nos Estados Unidos da América, dada a menor participação do Estado como agente econômico, a referida etapa III não se sucedeu com a ampliação da administração burocrática, optando-se por lançar mão de técnicas de regulação<sup>254</sup>, as quais, em países como o Brasil, serviram a fins exatamente opostos, para enxugar a máquina estatal<sup>255</sup>.

Nos EUA, as técnicas de *regulação* vieram sendo empregadas desde a década de 30 do século passado, com a implementação do *New Deal*, num contexto político e ideológico de defesa da maior intervenção do Estado na economia visando

---

<sup>254</sup> Francisco Cavalcanti destaca ser natural que "as técnicas reguladoras tenham se desenvolvido, inicialmente, em Estados nos quais tenha havido, historicamente, menor participação do setor público no exercício das atividades produtivas, sentindo-se, pois, com mais intensidade e mais precocemente, a necessidade do rigoroso e efetivo disciplinamento das atividades econômicas exercidas por particulares, não só no interesse direto dos usuários, mas, também, no de serem evitados abusos do poder econômico, ou pelo menos de serem minorados os efeitos desses abusos". CAVALCANTI, Francisco. **Op. cit.**, 2000.

<sup>255</sup> Ao contrário dos EUA (em que as agências independentes se proliferam com a implantação do *welfare state*), na Europa continental e no Brasil a instituição de *autoridades administrativas independentes* esteve diretamente relacionada ao desmantelamento do Estado Social. Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



controlar as falhas do mercado, o mesmo se sucedendo na Europa<sup>256</sup>. Com a posterior onda neoliberal, desde o início da década de 1980 e na esteira do que se pontificou no Consenso de Washington em 1989, acabou-se por conduzir a um processo de *desregulação*, o que, todavia, não significou a plena eliminação da atividade reguladora do Estado, mas, tão somente uma remodelação institucional que transferiu a regulação para entidades setoriais e independentes, teoricamente mais imunes à influência do poder político ou do poder econômico<sup>257</sup>.

Enquanto isso, no Brasil, desde a década de 1950 o incremento da intervenção veio se dando de forma direta, com a criação de centenas de empresas estatais para atuarem na área econômica, ao passo que os instrumentos de regulação somente vieram a ser utilizados na década de 1990 (com destaque para a criação das agências reguladoras), não com o fito de aumentar a intervenção estatal, mas, ao revés, com o deliberado intuito de reduzir o aparelho do Estado, propagandeando-se uma mudança do modelo burocrático para o modelo gerencial de administração pública, visando assegurar maior eficiência na satisfação das necessidades coletivas e conforme os ditames da ideologia neoliberal<sup>258</sup>.

Dita ideologia foi e continua sendo alvo de severas críticas por parte dos que nela veem não apenas um ataque aberto ao Estado Social, mas à própria concepção de democracia constitucional<sup>259</sup>. Outrossim, ao contrário do que se

---

<sup>256</sup> "A era da intervenção econômica do Estado começou, como se referiu, com a I Guerra Mundial e acentuou-se depois da crise de 1929. Foi durante os anos trinta que se multiplicaram as agências reguladoras nos Estados Unidos, sobretudo como instrumento do *New Deal*, bem como os *offices* intervencionistas na França, e os numerosos organismos reguladores das economias fortemente dirigidas da Alemanha, da Itália e de Portugal". MOREIRA, Vital. **Op. cit.**, 1997, p. 23-24.

<sup>257</sup> Nesse sentido, Fernando Almeida ressalta que "aquilo que os norte-americanos, com mais intensidade desde o início da década de 1980 do século passado, passaram a denominar *desregulation*, querendo significar diminuição da regulação pelo Estado (o que não significa a eliminação da ação reguladora do Estado, mas sua remodelação, v.g., por meio de entidades independentes, nos moldes das nossas agências reguladoras), corresponde mais ao significado atual de *regulação* no Brasil, em que pese ter gerado entre nós a tradução 'desregulação'". ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Teoria da regulação**. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1017.

<sup>258</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Op. cit.**

<sup>259</sup> Fábio Konder Comparato assim assevera: "Num livro quase panfletário, publicado em 1942, *The Road to Serfdom*, Frederico Hayek deu o primeiro grito de guerra contra a democracia e o *Welfare State*. Duas teses foram desde então marteladas: 1) a democracia ameaça a liberdade; 2) o Estado Social ameaça tanto a liberdade, quanto a democracia. O ataque redobrou de intensidade em novo livro, publicado em 1960, *The Constitution of Liberty*. Tratava-se, na verdade, do manifesto inaugural do que se veio depois denominar-se neoliberalismo. O que se sustentou e propagou a partir dos anos 70 do século passado, com o êxito que todos sabem, foi que os gastos públicos com saúde, educação, previdência e assistência social são um processo altamente irracional, sob o aspecto da coerência administrativa e da estabilidade fiscal. O argumento foi astucioso: em lugar de se dizer que

sucedeu na Europa, nos países do chamado terceiro mundo e nos agora emergentes, como é o caso do Brasil, não houve uma gradativa mudança da referida etapa III para a etapa IV, de modo que, mal tendo se iniciado o modelo de Estado do Bem Estar Social, houve uma virada política em direção ao Estado Regulador, ainda que subsistam, até o presente momento, zonas de intersecção entre as duas etapas.

Fato é que, desde o segundo pós-guerra, o vocábulo *intervenção* passou a ser empregado também para se referir à atuação do Poder Público na proteção dos direitos sociais, sobretudo por meio prestações positivas reputadas como sendo de dever do Estado Social e Democrático de Direito. Apesar de a expressão ter sido originalmente cunhada na identificação da atividade interventiva do Estado na economia e na propriedade, seu uso se estendeu a posturas estatais mais ativas e voltadas à "busca de melhoria das condições de vida pela prestação positiva do Estado em diversos setores"<sup>260</sup>. Na verdade, conforme teremos oportunidade de explicitar em tópico posterior, qualquer intervenção do Estado na área social não deixa de ser, essencialmente, uma intervenção no domínio econômico, eis que o campo social, por também envolver decisões sobre aplicação de recursos escassos em prol da coletividade, integra o campo econômico.

Num sentido amplo, ocorre intervenção sempre que o Estado atua visando a realização de *políticas públicas*, um conceito que pode ser tomado de modo bastante abrangente, envolvendo, no dizer de Ana Paula Barcellos, "não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas"<sup>261</sup>.

Sob outro prisma, mas também salientando que o conceito de intervenção estatal pode ser definido de formas mais amplas e restritas, Virgílio Afonso da Silva explica que tal expressão deixou de denotar somente a atuação do Estado na esfera

---

o aumento dos gastos públicos com políticas sociais solapa o capitalismo, alardeou-se que tais despesas, pelos seus efeitos inflacionários, constituíam uma séria ameaça ao regime democrático. (...) Como bem demonstrou entre nós Celso Furtado, essa acusação dos ideólogos neoliberais representou, na verdade, o estratagema típico do caluniador: o adversário é acusado de cometer exatamente o mesmo delito que o acusador se prepara para praticar, ou já está praticando". COMPARATO, Fábio Konder. **Sobre a legitimidade das Constituições**. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49-88.

<sup>260</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 54.

<sup>261</sup> BARCELLOS, Ana. **Op. cit.**, 2013, p. 102.

de liberdade protegida dos indivíduos, passando a integrar, num sentido mais geral, os suportes fáticos de todos os direitos fundamentais, de maneira a se poder hoje falar em *intervenção* não apenas no tocante aos direitos que admitem certas restrições impostas pelo Estado, mas, também, aos direitos que exigem ações estatais<sup>262</sup>. Partindo das teorias de Alexy e de Borowski, segundo as quais o conceito de suporte fático é composto pela soma de dois elementos (o *âmbito de proteção* e a *intervenção*), o autor inverte o sentido tradicional do termo "intervenção" para abarcar também as situações em que o Estado deve atuar para *realizar direitos*, dizendo-se, por isso, que "o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito"<sup>263</sup>.

Enquanto nas liberdades individuais o suporte fático da norma estabelece o âmbito de proteção e delimita até onde é possível a intervenção do Estado sob pena de violação ao direito fundamental, em se tratando de direitos sociais o âmbito de proteção do suporte fático é estabelecido levando em conta até que ponto se justifica uma não intervenção do Estado sem que o direito fundamental esteja sendo violado. Vale dizer, no primeiro caso, o indivíduo pode invocar a seu favor o direito fundamental quando a ação estatal não esteja constitucionalmente justificada; no segundo caso, pode fazê-lo quando a omissão estatal não encontre tal justificativa<sup>264</sup>.

Avançando no raciocínio, é preciso ainda assinalar que a intervenção do Estado para assegurar a efetividade de direitos fundamentais sociais pode ser feita de modo direto ou indireto. Assim, por exemplo, quando se opta politicamente entre um modelo de saúde e fornecimento de medicamentos a cargo do Estado sob regime jurídico-administrativo e custeado com recursos do tesouro nacional (serviços públicos) ou um modelo de saúde a cargo predominantemente da iniciativa privada (em regime de mercado) por meio de planos custeados pelos beneficiários, cabendo

---

<sup>262</sup> SILVA, Virgílio. **Op. cit.**, 2010, p. 73-76.

<sup>263</sup> **Ibid.**, p. 77.

<sup>264</sup> "No caso da dimensão negativa das liberdades públicas, *intervir* significava agir de forma restritiva ou reguladora do âmbito de proteção de uma liberdade. Aqui, na esfera dos direitos sociais, é justamente o contrário: *intervir*, nesse sentido, é não agir ou agir de forma insuficiente. (...) A única diferença, aqui, em relação ao que foi exposto no âmbito das liberdades públicas reside no fato de que o que se tem que fundamentar não é uma ação, mas uma omissão ou, alternativamente, uma ação insuficiente. (...) Em outras palavras: o que acontece quando uma ação estatal que poderia fomentar a realização de um direito social não é realizada e, para isso, não há fundamentação jurídico-constitucional? A resposta somente pode ser: há um *direito definitivo* à realização dessa ação". **Ibid.**, p. 77-78.

ao Estado garantir a infraestrutura de acesso e segurança dos hospitais ou regular o funcionamento dos planos de saúde, é de parâmetros distintos de *intervenção* que se está tratando, havendo, em todo caso, algum intervencionismo estatal.

Sendo o Estado, como já dito, *intervencionista* por sua própria natureza, o que mudou efetivamente com o advento do Estado Social, em substituição ao antigo modelo liberal, foi a positivação de normas jurídicas contemplando direitos fundamentais cuja efetividade demanda do Poder Público uma postura mais ativa, inclusive na disponibilização dos meios materiais para sua realização, caso em que se revelam como *direitos fundamentais a prestações positivas*. Significa que, além de intervencionista, o Estado passou a ser visto, mais especificamente, como um *Estado prestador*.

Adotou-se a partir daí uma nova visão de intervencionismo, com a crescente assunção, pelo Estado, de deveres de intervenção direta na área social, em setores tais como previdência, habitação, assistência social, saúde, saneamento e educação, ampliando seu leque de atuação como prestador de serviços públicos essenciais<sup>265</sup>. Enquanto no final do século XIX e início do século XX a intervenção do Estado na economia teve como pano de fundo a necessidade de correção das falhas do mercado, desde o pós-guerra as preocupações se voltaram para a presença do Estado não apenas como mero *interventor* (no sentido estrito), mas, também, como um Estado *prestador* que complementa o papel do mercado no fornecimento de bens escassos e direciona o sistema econômico para o alcance de determinados fins considerados de interesse coletivo<sup>266</sup>.

Interessante observar que a nota de Estado *prestador* tem estreita conexão com o próprio conceito de *serviço público*, tal como veio a ser empregado no Direito Administrativo brasileiro por influência da dogmática desenvolvida desde o final do século XIX na Europa continental, notadamente na França (a chamada *Escola do Serviço Público*), fato que não ocorreu nos países de cultura jurídica anglo-saxônica,

<sup>265</sup> TAVARES, André. *Op. cit.*, p. 62-63.

<sup>266</sup> O Estado, "até então visto como um mero interventor, passa a ter a sua presença reclamada como um agente habitual. Aqueles setores da economia, insuscetíveis de equacionamento pelo mercado, deverão necessariamente ser atendidos pela ação coletiva. Isto não significa deva ela agir contra o mercado, mas, pelo contrário, em harmonia com ele, suprimindo-lhe as deficiências, sem lhe tolher as condições de funcionamento. (...) Assim, a presença do poder público na economia deixa de ter apenas por justificção as falhas do mercado. Uma segunda e extremamente poderosa motivação acoplou-se à primeira. Decorre de preferências políticas quanto ao desempenho *tout court* do sistema, levando o Estado não apenas a complementá-lo, mas a direcioná-lo deliberadamente em função de fins específicos". NUSDEO, Fábio. *Op. cit.*, p. 137.

nos quais, tendo-se adotado um modelo diferente de intervenção, operou o Estado *regulador*.

O vocábulo “regulação” é de emprego relativamente recente no Brasil, abarcando um vasto campo de atividades inerentes aos tradicionais poderes de polícia e regulamentar tradicionalmente reconhecidos à nossa Administração Pública, porém, indo muito além desse sentido específico<sup>267</sup>. A Carta Magna de 1988 utiliza o vocábulo ao tratar especificamente do papel do Estado enquanto agente normativo e *regulador* da atividade econômica (art.174). Daí se infere que o poder regulador, apesar da sua relação com o poder normativo, com este não se confunde. *Regular* é mais do que normalizar ou regulamentar, tendo surgido como um conceito mais amplo que abarca também as funções de planejamento, controle (fiscalização) e incentivos (fomento) ao setor privado<sup>268</sup>.

Quando se menciona, de um lado, o Estado *prestador* e, de outro lado, o Estado *regulador*, mais do que mera questão terminológica proveniente de diferentes culturas jurídicas em matéria de Direito Público, o que está por trás são distintas premissas ideológicas sobre qual deve ser a divisão de tarefas entre o Estado e a iniciativa privada na realização de atividades reputadas de interesse geral e cujas formas de gestão podem variar sensivelmente mesmo nos países em que se considere necessária a intervenção estatal na área econômica e social.

Partindo da ideia de uma natural precedência da iniciativa privada em todas as atividades econômicas, a ideologia liberal veio cedendo e passando a admitir um papel mais ativo do Estado, aceitando a atividade de *regulação* como um fator externo de intervenção estatal razoavelmente admissível até certo grau.

---

<sup>267</sup> Alexandre de Aragão assinala que o termo *regulação* “tem causado mal-entendidos menos pela sua suposta novidade e mais pela às vezes difícil distinção em relação a outros institutos do direito público da economia, tais como a *regulamentação*, o *poder de polícia*, a *ordenação da economia*, a *autorregulação*, a *desregulação*, a *desregulamentação* e outros”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Regulação da economia: conceito e características contemporâneas**. In: José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopes Queiroz, Márcia Walquiria Batista dos Santos (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1032-1067.

<sup>268</sup> Para Calixto Salomão, “a acepção que se pretende atribuir ao termo ‘regulação’, a fim de estudar as concepções a seu respeito que têm influenciado o sistema brasileiro, é bastante e propositadamente ampla. Engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21. No mesmo sentido, Marçal Justen destaca que “a regulação econômico-social consiste na atividade estatal de *intervenção indireta* sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 648.

Assim, o Estado *regulador* é precipuamente aquele que exerce um *intervencionismo indireto*, consistente no planejamento, regulamentação, monitoramento, fiscalização, fomento ou mediação das atividades econômicas e sociais, ou seja, "cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia"<sup>269</sup>. Dito intervencionismo indireto, a cargo do Estado regulador, foi o que predominou nos Estados Unidos da América desde o final do século XIX e, sobretudo, após a década de 30 em decorrência da grande crise econômica americana que levou à quebra da Bolsa em 1929.

Sem abrir mão do viés liberal que sempre lhes marcou ideologicamente a cultura jurídica, os norte-americanos buscaram implementar direitos sociais apenas reforçando as funções de controle do Estado sobre a atividade econômica, notadamente com a criação de inúmeros órgãos reguladores estatais (agências e comissões)<sup>270</sup>.

Por outro lado, a ideologia do Estado Social, que predominou na Europa continental do pós-guerra, partiu da ideia de uma precedência do Estado em relação à livre iniciativa, concebendo liberdades econômicas que podem até certo ponto ser garantidas à iniciativa privada, porém, atribuindo ao Poder Público o papel principal na prestação de serviços em setores de interesse geral e nos quais a mera regulação não seria suficiente para assegurar direitos sociais a eles relacionados. Nesse contexto, abriu-se maior espaço à figura do Estado *prestador*.

O Estado *prestador* é aquele que pratica um *intervencionismo direto*<sup>271</sup>, assumindo a responsabilidade pelo fornecimento dos meios materiais necessários à

---

<sup>269</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.74.

<sup>270</sup> "As agências reguladoras são bastante antigas no Direito Americano, constituindo um eixo central do Direito Administrativo naquele país. Efetivamente, a primeira agência reguladora nos Estados Unidos, a *Interstate Commerce Commission* (ICC), foi instituída em 1887, sendo certo também que tais entidades ganharam enorme relevância após o *New Deal*. (...) A diferença de pautas do debate político e jurídico americano e do europeu decorre do fato de que todo o arcabouço jurídico administrativo dos EUA se estruturou, desde seu início, em torno da atividade regulatória (intervencionismo indireto) baseada em agências, sendo esta a base do seu Direito Público". *Ibid.*, p. 75-76.

<sup>271</sup> "Por décadas, a intervenção estatal no domínio econômico foi identificada com o intervencionismo direto na economia, com a estatização de atividades econômicas por razões estratégicas, com a afirmação da soberania estatal, com a fragilidade dos atores privados, entre outros fatores. Esta perspectiva corresponderá ao período do assim denominado Estado de Bem-Estar ou, para os sociólogos do Direito, Estado intervencionista. É fato que a este período do desenvolvimento das

efetividade dos direitos fundamentais, para tanto prestando serviços ou delegando a prestação deles em áreas que tidas como próprias do Estado, conforme a dogmática desenvolvida na França em torno da figura do serviço público como um serviço titularizado pelo Estado (*publicatio*)<sup>272</sup> e que veio a ser adotada no Brasil, por exemplo, nos setores de saúde e educação públicas, saneamento básico, serviço postal, energia elétrica, telecomunicações, dentre outros serviços que a Constituição Federal de 1988 incumbe ao Poder Público prestar, direta ou indiretamente<sup>273</sup>.

Nesse duplo enfoque ideológico, a noção de Estado *regulador* sugere que o Poder Público estaria intervindo em área que não é propriamente a sua, mas, sim, que compete à iniciativa privada, de modo que o ordenamento jurídico apenas atribui ao Estado o dever de zelar pelo bom funcionamento dos serviços (essencialmente privados) em prol do interesse coletivo. Difere, portanto, do Estado prestador de serviços públicos.

Ocorre que veio se incrementando nas últimas décadas uma fusão entre tais ideologias, de maneira que o aludido ponto de distinção teórica (entre o intervencionismo indireto do Estado regulador e o intervencionismo direto Estado prestador) já não é mais tão nítido como no passado, tendo-se adotado modelos de regulação mesmo em países que tradicionalmente empregavam o conceito de serviço público, mesclando-se, então, mecanismos de intervenção estatal direta e indireta. Isso ocorreu na Europa, dadas as condições históricas em que se deu a implantação da União Europeia<sup>274</sup>, o que acabou se refletindo em outros países.

---

instituições políticas e jurídicas corresponderá um arcabouço jurídico, em especial, todo um modelo de Direito Público". **Ibid.**, p.73.

<sup>272</sup> "Serviço público e *publicatio* (passagem à titularidade do Estado) aparecem assim na cultura jurídica europeia de raiz francesa indissolivelmente ligados, diferentemente do que sucederá nos países anglo-saxões. Nesse contexto histórico - ideológico, político e cultural, surge o conceito técnico-jurídico de serviço público, tal como chegou até nós. A noção de serviço público aparece no campo do Direito Administrativo, sem que preexistia uma definição legal que a tipifique e sem que se estabeleçam seus caracteres de uma maneira precisa. Por obra da jurisprudência e da doutrina francesas se foi perfilando uma instituição, com um regime jurídico peculiar de Direito Público, destinada a reger as atividades de prestação tendentes a satisfazer necessidades de interesse geral que o Estado assumiu e que este passou a prestar, a partir do século passado, de forma direta ou indireta". GROTTI, Dinorá. **Op. cit.**, p. 41.

<sup>273</sup> CF/88, art. 175: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

<sup>274</sup> A emergência de um modelo de Estado regulador, sobretudo por meio da criação de autoridades administrativas independentes, teve relação indissociável com a criação e afirmação da União Europeia. Nesse contexto, a neutralização das influências políticas equivalia à eliminação das rejeições de cunho nacionalístico que poderiam obstar o projeto comunitário e os interesses supranacionais. Cf. BINENBOJM. **Op. cit.**

No Brasil, desde a década de 1990 tem-se importado técnicas interventivas de nítido viés regulatório, adaptando-as ao nosso tradicional sistema de serviços públicos. Como salienta Floriano Azevedo Marques Neto, "tanto o nosso Direito como o Direito Europeu caminham na direção da introdução de instrumentos próprios do modelo norte-americano"<sup>275</sup>. Foram implantados, entre nós, novos mecanismos de intervenção indireta, sem prejuízo da intervenção direta que ainda tem sido a nota característica dos serviços públicos prestados por entidades estatais ou delegadas, com destaque para as áreas de saúde, educação e assistência social.

Há autores, por outro lado, que consideram até mesmo ultrapassado o conceito de *serviço público* para designar os setores de atividades titularizadas pelo Estado, preferindo entender que tudo poderia ser resumido em investigar qual o *grau de regulação* que o Poder Público exerce sobre cada atividade reputada de interesse geral<sup>276</sup>.

É pertinente a observação de Edvaldo Brito no sentido de que, diante da síntese dualista do Estado do bem-estar social e do desenvolvimento, a noção primeira de serviço público entra em crise, salvo se ampliá-la ao ponto de abranger todos as atividades por meio das quais o Estado cumpre a sua missão de propiciar a satisfação das necessidades públicas, não apenas atuando diretamente no atendimento dessas necessidades, mas, também, intervindo "na definição, orientação e fiscalização das circunstâncias em que se deve processar o desenvolvimento econômico e a distribuição social dos benefícios dele decorrentes"<sup>277</sup>.

---

<sup>275</sup> MARQUES NETO, Floriano. **Op. cit.**, p. 76.

<sup>276</sup> Salientando ser necessário "oferecer um caminho que supere o impasse causado pela inutilidade, a essa altura, do velho conceito de *serviço público*", Carlos Ari Sundfeld aponta uma mudança total de enfoque, porquanto "não se cuida mais de discutir o caráter público ou privado de certo serviço, mas sim de identificar como ele é regulado pelo Estado no tocante ao aspecto tal e qual. A tudo isso se soma o processo de convergência dos modelos econômicos de exploração dos serviços de titularidade estatal - agora entregues à iniciativa privada e abertos à competição - como os das demais atividades econômicas. Evidentemente, isso tende a aproximar também os respectivos modelos jurídicos, retirando da noção de serviço público uma de suas funções, que era a de afirmar a especificidade do regime jurídico". SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às agências reguladoras**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 32-33.

<sup>277</sup> BRITO, Edvaldo. **Op. cit.**, p. 17. Explica o jurista baiano que "para se prover às necessidades coletivas, fez-se preciso organizar o Estado com um complexo instrumental constituído do serviço público, cuja noção tem de se ampliar para absorver a síntese dualista do Estado de bem-estar e do desenvolvimento que se incumbe de todas as prestações em favor dos indivíduos no âmbito da assistência vital envolvente das necessidades coletivas tornadas ou não públicas por opção política,



Fato é que, no Brasil dos últimos anos, buscando-se implementar um *modelo gerencial* de administração pública, em substituição aos tradicionais métodos da administração burocrática, foram elaborados novos conceitos, institutos e instrumentos de gestão pública, visando maior eficiência, satisfação dos administrados e controle de resultados<sup>278</sup>. Tudo isso é fruto da mudança de paradigmas acerca do papel do Estado, segundo a vertente ideológica neoliberal que passou a acentuar o viés regulador. Uma alteração mais qualitativa do que propriamente quantitativa, porquanto o Estado continua presente na efetivação de direitos sociais, posto que munido de novos instrumentos de ação<sup>279</sup>.

Pode-se afirmar, em linhas gerais, que o Estado brasileiro é simultaneamente *prestador* em alguns campos e *regulador* em outros, estando a atividade de regulação incluída entre as prestações estatais em *sentido amplo*, como a seguir se discorrerá.

### 2.3.3 Prestações estatais em sentido amplo e restrito

No item 2.2.6, tratamos da *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais, eis que podem operar funções de defesa, de prestação ou de participação. As funções

---

mas que justificam a intervenção estatal e o dirigismo econômico que as transformações políticas e econômicas experimentadas pela sociedade vêm propiciando". *Ibid.*, p. 27.

<sup>278</sup> "A fase da democracia, ascendendo como prevalecente o *interesse da sociedade*, caracterizando a etapa da *administração gerencial*. No Brasil, essa segunda transição juspolítica, da administração burocrática para a gerencial, está tendo seu início antes que se houvesse completado a primeira, pois as atividades e comportamentos do Estado-administrador continuam aferrados a conceitos e princípios do patrimonialismo, do paternalismo e do assistencialismo *personalizantes e ineficientes*, herdados ainda da Colônia e pouco tocados no Império. Ainda assim, essa segunda transição começou a ser realizada através de um processo convencionalmente denominado de *reforma administrativa*, desenvolvido em duas etapas: uma *etapa constitucional*, necessária para a afirmação e reformulação dos novos conceitos e princípios aplicáveis, e uma *etapa legislativa* ordinária, que deverá complementá-la e dar-lhe exequibilidade". MOREIRA NETO. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 17.

<sup>279</sup> No dizer de Eduardo Jordão, tem havido nos últimos tempos um acréscimo de complexidade material e institucional na Administração Pública, ao modo que "de um foco preponderante, em questões ligadas à lisura do agir administrativo, passa-se a dar progressiva atenção a aspectos relativos à eficiência e à legitimidade da atividade administrativa". JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 35

de *prestação*, como dito, revelam-se por meio de posturas ativas do Estado, colocando à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica ou fática.

Quando o Estado cuida especificamente de fornecer prestações positivas no intuito de dar efetividade a direitos fundamentais sociais e beneficiando as pessoas que delas necessitem, configura-se o que Alexy chama de *direitos a prestação em sentido estrito*, ou seja, direitos "a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares"<sup>280</sup>.

Contudo, sabe-se que as prestações do Estado não se voltam apenas para a área social, sendo que, ademais, nem todos os direitos sociais se apresentam como direitos fundamentais *definitivos* no sentido de ser o Estado obrigado a fornecer um bem ou serviço específico em prol de determinado indivíduo, porquanto, cumprindo-lhe assegurar a igualdade material no universo dos indivíduos que necessitam desse fornecimento, torna-se imprescindível a análise circunstancial em cada caso concreto.

Mesmo no âmbito das prestações em sentido estrito, a questão sobre quais sejam os direitos fundamentais sociais definitivos deve ser enfrentada com cautela<sup>281</sup>. Tendo o Estado Social e Democrático de Direito assumido um papel relevante nos destinos da sociedade, atuando em variados setores de interesse público, para tanto editando normas procedimentais e construindo uma gigantesca máquina institucional, veio ocorrendo uma crescente ampliação das ações positivas a cargo do Poder Público em prol dos direitos fundamentais. Daí porque a doutrina constitucionalista lançou mão do conceito de *direito a prestações em sentido amplo*, envolvendo toda a gama de ações estatais positivas voltadas a assegurar a efetividade dos mais diversos direitos fundamentais.

---

<sup>280</sup> ALEXY, Robert. **Op.cit.**, p. 499. Aduz o autor que "quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito". **Ibid., loc. cit.**

<sup>281</sup> Na busca por um modelo justo de direitos fundamentais sociais, Alexy assinala que "a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos". **Ibid.**, p. 512.

Na sistemática adotada por Alexy, as prestações em sentido amplo abrangem três grupos: a) direitos a proteção; b) direitos a organização e procedimentos; c) direitos a prestações em sentido estrito. Tem-se aí o modelo de um *direito geral a prestações* garantidas substancialmente pela Constituição em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e que não podem ficar ao sabor das conveniências políticas de ocasião<sup>282</sup>.

Por outro lado, a distinção entre prestações em *sentido amplo* e em *sentido estrito* tornou-se necessária diante da inevitável constatação de que não somente os direitos sociais demandam posturas ativas por parte do Estado, bem como de que há direitos sociais cuja eficácia depende precipuamente de posturas negativas. Vale dizer, a expressão *direitos a prestações* não é sinônimo de direitos sociais, seja porque nem toda prestação estatal está diretamente relacionada a um direito social, seja porque existem direitos sociais cujo respeito implica posturas passivas por parte do Estado.

Neste vasto campo dos direitos sociais, além de ser possível apontar amplitudes diferentes de concretização por prestações a cargo do Estado, existem também *direitos sociais de defesa* (as chamadas *liberdades sociais*), os quais, como leciona Ingo Sarlet, "equivalem, em virtude de sua função essencialmente defensiva e por sua estrutura normativa, aos clássicos direitos de liberdade e igualdade"<sup>283</sup>. Dentre exemplos de liberdades sociais (direitos sociais de defesa) extraídos da Constituição brasileira, Sarlet cita o direito de licença à gestante, a proibição de discriminação no trabalho, a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 14 anos, o direito à livre associação e o direito de greve<sup>284</sup>. Pelas próprias características das situações subjetivas que consubstanciam tais direitos sociais, percebe-se não haver como se falar propriamente em prestações diretas por parte do Estado.

Noutro giro, é equivocado pensar que a postura estatal no tocante aos direitos de defesa deva ser exclusivamente omissiva, pois mesmo os clássicos direitos de liberdade, tradicionalmente apontados como direitos de defesa, demandam do

---

<sup>282</sup> "Em virtude de normas de direitos fundamentais, todos encontram-se em posições de direitos a prestações que são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples". *Ibid.*, p. 450.

<sup>283</sup> SARLET, Ingo. *Op. cit.*, 2015, p. 284.

<sup>284</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

Estado também posturas ativas. Se por um lado é certo que "o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito"<sup>285</sup>, não menos certo é que "também as liberdades públicas e os direitos políticos exigem uma prestação estatal"<sup>286</sup>, na medida em que obviamente a sua proteção depende da estruturação de uma máquina institucional e da adoção de procedimentos que garantam tais liberdades e direitos<sup>287</sup>.

Para ter assegurada a proteção contra a intervenção de terceiros na sua liberdade ou na sua propriedade, o indivíduo precisa da atuação do Estado por meio de instituições tais como a Polícia, o Ministério Público e a Justiça, que são criadas e organizadas para servir a todos os cidadãos. São diversas as situações nas quais, sem que esteja caracterizado propriamente um direito a prestação em sentido estrito, exige-se uma ação estatal positiva, conferindo aos cidadãos em geral diversos *direitos a proteção*<sup>288</sup>. Percebe-se haver posturas ativas do Estado que beneficiam a todos indistintamente, não se enquadrando como prestações direcionadas a determinados indivíduos ou algo que lhes favoreça de modo particular, ainda que, nas situações concretas, sirvam para assegurar-lhes a efetividade dos direitos fundamentais.

Interessante observar, ainda, que dada a autonomia funcional com que tais instituições exercem suas competências, num sistema de separação de poderes,

---

<sup>285</sup> SILVA, Virgílio. **Op. cit.**, 2010, p. 77.

<sup>286</sup> **Ibid, loc. cit.**

<sup>287</sup> "No caso das liberdades pode-se dizer, por exemplo, que elas exigem que o Estado aja no sentido de protegê-las e, além disso, que crie instituições e os procedimentos necessários ao seu exercício. No caso dos direitos políticos basta que se pense na realização de eleições, na organização de uma Justiça Eleitoral e na criação de um arcabouço legal regulador do processo partidário-eleitoral (código eleitoral, lei dos partidos políticos etc.). Os direitos decorrentes desses deveres estatais são os direitos a prestações em sentido amplo, e se diferenciam dos direitos sociais na medida em que não tem como objetivo a realização de uma igualdade material entre os indivíduos, que é o escopo por excelência desses últimos. Pode-se dizer que, da mesma forma que ocorre com os direitos sociais, o suporte fático do direito a prestações em sentido amplo tem que se reformulado e não pode ser o mesmo da dimensão negativa das liberdades públicas". **Ibid.**, p. 78-79.

<sup>288</sup> "Por 'direitos a proteção' devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico de energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas. O que há de comum em meio a essa diversidade é o fato de que os direitos a proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que tem como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito da mesma hierarquia". ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 450-451.

elas servem também para proteger o indivíduo contra o próprio Estado. Vale dizer, mesmo quando são os agentes estatais que estejam a ferir ou a ameaçar direitos fundamentais dos indivíduos, e por não ser em regra dado ao indivíduo valer-se das suas próprias razões para enfrentar o Poder Público, será o próprio Estado que, por meio de outros agentes seus, terá de atuar para impedir que a afronta se concretize ou, se já concretizada, remediá-la. Não se trata aqui de direito a prestação, mas, sim, de direito a proteção, aí se incluindo, quando for o caso, o direito à reparação exercido por meio de apuração da responsabilidade civil do Estado, como teremos oportunidade de abordar especificamente em tópico posterior.

Importa destacar que nem toda ação estatal positiva decorre de um direito a prestação, a não ser que se amplie demasiadamente esse conceito de modo a abranger, em sua definição, todas as posturas ativas do Estado, abarcando as mais diversas prestações que cumpre ao Estado assegurar no terreno dos direitos fundamentais (*direitos a prestações em sentido amplo*).

Um conceito tão abrangente decerto não serve adequadamente à resolução de questões concretas envolvendo posturas ativas que cumpre ao Estado adotar, sobretudo quando se está diante de situações jurídicas subjetivas que demandam condições materiais e contingenciais para que se consiga garantir, num grau satisfatório e com isonomia, a efetivação dos direitos sociais sob a forma de prestações em sentido estrito<sup>289</sup>. Separar as situações que consubstanciam direitos de defesa e direitos a prestações, bem como, no caso destas, diferenciar prestações em sentido amplo e em sentido estrito, notadamente nas ações positivas relacionadas aos direitos sociais, é questão problemática cujo enfrentamento torna-se crucial para se investigar até onde deve ir a responsabilidade civil por omissões do Estado prestador.

Como ressalta Alinie da Matta Moreira, "não é possível admitir a simples e absoluta correspondência entre direitos sociais e direitos a prestações em sentido amplo"<sup>290</sup>, de modo que estas abarcam todas as ações comissivas empreendidas pelo Estado e que de alguma forma sirvam à realização de direitos fundamentais.

---

<sup>289</sup> "Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais. Especialmente intensa é a discussão sobre os assim chamados direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação". *Ibid.*, p. 433-434.

<sup>290</sup> MOREIRA, Alinie. *Op. cit.*, p. 38.

São deveres estatais que até contém algumas semelhanças estruturais com os direitos sociais, mas que a eles não se restringe, nem com eles se confunde<sup>291</sup>.

Chegamos nesse ponto à conclusão de que, sendo muitas as ações positivas a cargo do Poder Público e, por conseguinte, havendo um conjunto de prestações em sentido amplo voltadas à efetivação de direitos fundamentais, daí decorrem inúmeras pretensões materiais por parte dos indivíduos e da coletividade, resultando num largo conjunto de deveres estatais. Diante disso, num quadro de escassez de recursos para atender a todos os tipos de demandas sociais, tem-se buscado junto ao Poder Judiciário determinações no sentido de que a Administração propicie o pronto atendimento de pretensões fundamentais, o que inevitavelmente acabou conduzindo a um cenário de intenso ativismo judicial.

#### **2.3.4 Pretensões fundamentais e ativismo judicial**

Partindo de premissa já apontada desde o início, temos que, só se podendo falar em *direito* (em benefício de alguém) onde houver algum *dever* correlato (por parte de outrem), não há dúvida de que a todo direito fundamental a uma prestação em sentido amplo corresponde algum dever do Estado, variando apenas o conteúdo e o alcance dessa incumbência conforme a natureza do direito fundamental cuja efetividade cumpre ao Estado assegurar.

As prestações em sentido amplo, reitere-se, abrangem diversas atividades desempenhadas pelo Estado e que se tornam necessárias para viabilizar a efetivação dos direitos fundamentais, desde a edição de normas jurídicas regulamentando o modo de exercício destes direitos (prestações normativas) à criação de órgãos e outras estruturas administrativas (prestações institucionais)

---

<sup>291</sup> Virgílio Afonso salienta que os direitos a prestações em sentido amplo se distinguem dos direitos sociais "na medida em que não tem como objetivo a realização de uma igualdade material entre os indivíduos, que é o escopo por excelência desses últimos". Destaca, por outro lado, "semelhanças estruturais entre os direitos sociais e os direitos a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e direitos a organizações e procedimentos), já que ambos exigem um fazer estatal com o objetivo de realizar tais direitos". SILVA, Virgílio. **Op. cit.**, 2010, p.79.

voltadas ao fornecimento de bens ou serviços em prol dos administrados (prestações materiais).

A doutrina tem reunido as prestações normativas e institucionais sob a rubrica de *prestações jurídicas*<sup>292</sup>. Já as *prestações materiais* são as utilidades concretas (bens ou serviços) destinadas a "atenuar desigualdades de fato na sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos"<sup>293</sup>. Tais prestações materiais podem ser objeto de *pretensões* dirigidas pelos cidadãos ao Estado, para que este lhes preste serviços públicos essenciais e voltados à satisfação de direitos fundamentais sociais (educação, saúde, saneamento básico, habitação, transporte etc.) ou lhes forneça recursos financeiros ou bens em espécie (linhas de crédito diferenciadas, medicamentos, financiamentos habitacionais, alimentos etc.).

Não se olvida que a Constituição brasileira de 1988 foi elaborada em sintonia com ideais de um constitucionalismo contemporâneo transformador da realidade social, o que fica claro logo no seu art. 3º, quando aponta como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I) construir uma sociedade livre, justa e solidária; II) garantir o desenvolvimento nacional; III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ao lado disso, o legislador constituinte de 1988 estabeleceu um vasto elenco de direitos fundamentais sociais, atribuindo ao Estado uma gama de deveres nesta área, tais como os mencionados nos artigos 6º e 7º, recepcionando a categoria dos *serviços públicos* enquanto atividades de interesse coletivo de titularidade do Poder

---

<sup>292</sup> "Há direitos fundamentais que dependem essencialmente de normas infraconstitucionais para ganhar pleno sentido. Há direitos que se condicionam a normas outras que definam o modo do seu exercício e até o seu significado. Há direitos fundamentais que não prescindem da criação, por lei, de estruturas organizacionais, para que se tornem efetivos. Além disso, esses direitos podem requerer a adoção de medidas normativas que permitam aos indivíduos a participação efetiva na organização e nos procedimentos estabelecidos". MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 258

<sup>293</sup> **Ibid.**, p. 259. "Há direitos fundamentais cujo objeto se concentra em uma prestação *jurídica*, isto é, a edição de normas punitivas, premiais, de processo ou de organização pelo Estado, sem as quais esses direitos não podem ser exercidos por parte dos cidadãos (direito à propriedade, acesso à justiça etc.). Indo mais além, os direitos sociais são direitos a prestações *materiais* do Estado, concebidos para atenuar as desigualdades de fato na sociedade". KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 31.

Público, a quem incumbe prestá-las direta ou indiretamente (art.175); prevendo instrumentos de intervenção no domínio econômico e de regulação do mercado (art.170); dispendo sobre as ações e serviços públicos de saúde (art.198), previdência social (art. 201) e assistência social (art. 203).

As Constituições anteriores já previam liberdades e direitos sociais, porém, como anota Luís Roberto Barroso, sempre houve no Brasil uma distância muito grande entre o texto constitucional e a realidade, não apenas pelas dificuldades contingenciais e a larga desigualdade social enfrentadas, mas, também, por certo sentimento de indiferença no tocante ao disposto na Constituição, o que denomina de *insinceridade constitucional*. A Constituição "tornava-se uma mistificação, um instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce"<sup>294</sup>. Daí que, somente com a promulgação da Constituição de 1988 e sob inspiração de uma *teoria crítica do direito*<sup>295</sup>, iniciou-se a construção de uma cultura jurídica verdadeiramente voltada a se garantir a efetividade das normas constitucionais<sup>296</sup>.

Esses novos ventos do constitucionalismo contemporâneo - fenômeno por alguns denominado *neoconstitucionalismo* e que, no Brasil, identifica-se com a reabertura democrática no final dos anos 80<sup>297</sup> - conduziram a um modo até então

---

<sup>294</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 6.

<sup>295</sup> Luís Roberto Barroso explica que durante a ditadura militar (1964-1985), os estudos do direito constitucional oscilaram entre dois extremos: "de um lado, o pensamento constitucional tradicional, capturado pela ditadura, acomodava-se a uma perspectiva historicista, puramente descritiva das instituições vigentes, incapaz de reagir ao poder autoritário e ao silêncio forçado das ruas. De outro lado, parte da academia e da juventude havia migrado para a teoria crítica do direito, um misto de ciência política e sociologismo jurídico, de forte influência marxista. A teoria crítica enfatizava o caráter ideológico da ordem jurídica, vista como uma superestrutura voltada para a dominação de classe, e denunciava a natureza violenta e ilegítima do poder militar no Brasil". *Ibid.*, p. 5.

<sup>296</sup> "Os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 envolveram um esforço da teoria constitucional para que o Judiciário assumisse o seu papel e desse concretização efetiva aos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição. Pode parecer óbvio hoje, mas o Judiciário, mesmo o Supremo Tribunal Federal, relutava em aceitar esse papel. No início dos anos 2000, essa disfunção foi progressivamente superada e o STF se tornou, verdadeiramente, um intérprete da Constituição". *Ibid.*, p. 6.

<sup>297</sup> "O neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, nas últimas décadas, que tem: (i) como marco *filosófico* o pós-positivismo (...); (ii) como marco *histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª Guerra Mundial, e, no caso brasileiro, a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988; e (iii) como marco *teórico*, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional,



inédito de se encarar a Constituição como instrumento de avanço social e cujas normas passaram a ter um efeito expansivo sobre todos os ramos do Direito, gerando uma reinterpretação dos principais institutos jurídicos. Novas teorias vieram sendo construídas, debruçando-se sobre uma Constituição garantidora de direitos fundamentais, num regime democrático equilibrado por uma jurisdição constitucional marcada pela superação do formalismo jurídico, com o advento de uma cultura pós-positivista, a ascensão do Direito Público e a centralidade da Constituição<sup>298</sup>.

Num ambiente de tamanha luta por efetividade das normas constitucionais, é natural que a Carta Magna, prevendo explicitamente tantos direitos fundamentais sociais - e como consequência, impondo ao Estado uma gama de deveres a eles correspondentes - tenha ampliado as expectativas, alimentando pretensões por parte de milhões de brasileiros em busca da adequada efetivação dos seus *direitos*.

Nada mais previsível, pois, como assinala Lênio Streck, "textos constitucionais compromissórios, com amplo catálogo de direitos fundamentais individuais e coletivos, inexoravelmente, geram um aumento de demandas"<sup>299</sup>. Logo, no momento em que a Constituição brasileira de 1988, na esteira do constitucionalismo contemporâneo e com nítido intuito de *transformação da realidade social*<sup>300</sup>, assegurou aos indivíduos e à coletividade diversos direitos fundamentais sociais, tornou-se inevitável que isso conduzisse a um aumento exponencial das demandas em torno dos bens e serviços necessários a sua efetividade. Em paralelo com o advento da nova Carta Magna, emergiu no Brasil "uma interessante doutrina identificada como *dogmática constitucional da efetividade*, ou, como preferiram alguns, *dogmática constitucional emancipatória*, ou,

---

envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. O termo neoconstitucionalismo, portanto, tem um caráter *descritivo* de uma nova realidade, mas conserva, também, uma dimensão *normativa*, isto é, há um endosso a essas transformações. Trata-se, assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de desejá-lo". *Ibid.*, p. 7.

<sup>298</sup> *Ibid.*, p. 9-10.

<sup>299</sup> STRECK, Lênio. *Op. cit.*, 2014, p. 69.

<sup>300</sup> "A Constituição garantista das liberdades formais converte-se na Constituição dirigente, para a promoção da justiça social". FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 171. Nessa esteira, Lênio Streck sustenta uma *Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia* que, "como uma teoria da Constituição dirigente-compromissória adequada a países periféricos, deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito". STRECK, Lênio. *Op. cit.*, 2014, p. 178.

ainda, *dogmática constitucional transformadora*<sup>301</sup>. Tudo isso levou a que intensificasse, e muito, as *pretensões materiais* frente ao Estado.

Esse aumento de pretensões, aliado a um quadro de mau contingenciamento dos recursos públicos frente às grandes desigualdades sociais, levou ao incremento dos litígios judiciais contra o Poder Público, jogando-se no colo do Judiciário as promessas da modernidade. Invocando a aplicação direta de princípios constitucionais e exercendo ativamente um controle constitucional dos atos da Administração Pública, passaram os juízes a figurar como os principais atores da cena de efetivação dos direitos fundamentais, cabendo-lhes recorrer a uma "fundamentada sensibilidade para o justo", no dizer de Juarez Freitas, a fim de fazer valer o que está previsto na Constituição<sup>302</sup>. Jorge Miranda, na mesma linha, salienta que no Estado de Direito os direitos fundamentais, por definição, tem de receber proteção jurisdicional, pois "só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais e culturais"<sup>303</sup>.

Nesse contexto da dogmática constitucional, pode-se dizer que estavam abertas as portas ao *ativismo judicial* no Brasil, o que veio e continua sendo objeto de críticas, notadamente no que se refere ao controle jurisdicional de omissões nas políticas públicas<sup>304</sup>.

---

<sup>301</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. **Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração**. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35-47.

<sup>302</sup> "São os juízes os intérpretes que detém e merecem continuar detendo, como sublinhado, a chamada jurisdição única. Deles dependem, por isso mesmo, o futuro e a eficácia da nossa Constituição e, por implicação lógica, do nosso Estado Democrático. Almejo, finalmente, deixar consignado que se mostra indispensável apostar no Poder Judiciário Brasileiro, em sua capacidade de dar vida aos preceitos ilustrativamente formulados e crer, apesar dos pesares, na sua fundamentada sensibilidade para o justo, razão pela qual insisto em proclamar que todos os juízes, sem exceção, precisam, acima de tudo, ser respeitados, fazendo-se respeitar como *juízes constitucionais*". FREITAS, Juarez. **O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional**. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 226-247.

<sup>303</sup> MIRANDA, Jorge. **A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais em Portugal**. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 284-303.

<sup>304</sup> Ana Paula de Barcellos sistematiza tais críticas basicamente em 3 grupos: 1) críticas da teoria da Constituição (questionando, sob aspecto formal, a legitimidade democrática dos juízes); 2) crítica filosófica (questionando, sob aspecto substancial, a legitimidade dos juízes para tomarem decisões complexas do ponto de vista moral e técnico); 3) crítica operacional (questionando a falta de visão holística do juiz, preocupado com a solução do caso concreto - *microjustiça* - ignorando a realidade

Na percepção de Saulo José Casali Bahia, o tema do controle das omissões do Poder Público era, na década de 1980, estudado na seara da responsabilidade civil do Estado. Com o advento da Carta Magna de 1988, os debates foram aos poucos migrando para o campo da proteção dos direitos fundamentais, inicialmente em razão do papel do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado, dada a criação de novos instrumentos tais como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. Ocorre que, diante da interpretação conservadora que num primeiro momento o STF conferiu aos efeitos destes instrumentos, limitando-se a conclamar os demais Poderes a agir, "pouco a pouco, as instâncias inferiores do Poder Judiciário entenderam que a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal carecia de sua ação própria e direta, ou dela poderia advir"<sup>305</sup>.

Tal movimento levou a excessos que caracterizaram a "judicialização da política, a politização do Judiciário ou, ainda, ativismo judicial, denominações atribuídas a este fenômeno, no Brasil, desde a década de 1990, e principalmente nos anos mais recentes"<sup>306</sup>.

Clara da Mota Santos Pimenta Alves aponta o peculiar momento de ativismo judicial pelo qual vem passando o Brasil, estando o Supremo Tribunal Federal cada vez mais inclinado a concentrar sua competência para decidir, com efeito vinculante e *erga omnes*, questões constitucionais que chegam à Corte pela via do controle difuso, num movimento que já foi designado de "objetivação do recurso extraordinário"<sup>307</sup>. A autora alude ao voto do Ministro Gilmar Mendes, relator da Reclamação 4335/AC<sup>308</sup>, no sentido de que teria ocorrido uma mutação

---

estatal como um todo e o conjunto das políticas públicas - *macrojustiça*). A autora apresenta argumentos sólidos, buscando refutar tais críticas. BARCELLOS, Ana. **Op. cit.**, 2013, p. 107-116.

<sup>305</sup> BAHIA, Saulo José Casali. **Judicialização da política**. In: *II Jornada de Direito Constitucional*. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília; ESMAF, 2014, p. 388-402.

<sup>306</sup> **Ibid.** Conclui o autor que "o problema da judicialização da política vem acontecendo muito mais nos países de desenvolvimento tardio do que em países desenvolvidos, onde o princípio da confiança nos Poderes Executivo e Legislativo possui prática em graus mais elevados e onde a responsabilidade individual e pública é levada a sério. Este parece ser o melhor caminho, já que a escolha do Poder Judiciário como a via preferencial ou exclusiva para a satisfação de direitos fundamentais basicamente funciona como índice da nossa baixa cidadania e do mau funcionamento do Estado e da sociedade". **Ibid.**

<sup>307</sup> ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. **Mutação constitucional na era do ativismo**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2016, p. 02.

<sup>308</sup> **STF, RCL 4335** - rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 31/03/2014.

constitucional do art. 52, X, da Carta Magna de 1988, tornando dispensável a tradicional resolução do Senado Federal<sup>309</sup>. Ao lado disso, estaria havendo a "aproximação cada vez maior da Corte em relação a abordagens marcadas por um acentuado grau de substancialismo"<sup>310</sup>. Formulando críticas a este posicionamento concentrador do STF, Alves considera premente que se busque um novo significado de valorização do controle difuso e concreto, atribuindo-se novos sentidos à sua prática e institutos<sup>311</sup>.

Entendemos que o ativismo judicial por meio da jurisdição constitucional - tanto no controle concentrado de competência do Supremo Tribunal Federal, quanto no controle difuso exercido por todos os juízes e tribunais do país - por si só não é prejudicial à democracia. Ao contrário, reforça-a como verdadeira *democracia constitucional*, a ser demarcada não apenas em sua dimensão formal e procedimental representada pela vontade da maioria, mas, também, em sua dimensão substancial caracterizada pelo respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição, inclusive em prol das minorias<sup>312</sup>. É assim que, consoante destaca Luís Roberto Barroso, "o ideal democrático realiza-se não apenas pelo princípio majoritário, mas também pelo compromisso na efetivação de

---

<sup>309</sup> "Uma consequência relevante extraída pelo relator é a de que a intervenção do parlamento ao final do processo de revisão judicial seria uma providência anacrônica e destituída de sentido, pois como nas ações diretas a decisão do Tribunal tem efeito vinculante *per se*, a resolução do Senado Federal despir-se-ia de qualquer papel político, constituindo mera forma de publicação do posicionamento do STF. O seu voto decreta, então, uma mutação constitucional alteradora do art. 52, X, da Constituição de 1988. O sentido anterior da resolução senatorial como ato dotado de discricionariedade política seria substituído por um novo no qual ela passa a ser uma providência de índole burocrática". ALVES, Clara. **Op. cit.**, p. 09-10. Ressalte-se que a *ratio* dessa linha de pensamento, abraçada pelo Ministro Gilmar Mendes, fez-se refletir em regras processuais que vieram à tona com o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105), estabelecendo um novo modelo de vinculação dos juízes à jurisprudência dos tribunais (v.g. os arts. 332, 927, III, 947, §3º e 985), de duvidosa constitucionalidade.

<sup>310</sup> **Ibid.**, p. 195.

<sup>311</sup> "A nossa prática como um todo precisa se assentar em pressupostos novos e distintos dos que a tem conduzido até o momento à postura judicial de superioridade, autorreferência e isolamento, o que não precisa vir através de emendas à constituição ou atos que simbolizem rompantes e hostilidades entre os poderes. A ressignificação do controle difuso de constitucionalidade, isto é, a atribuição de novos sentidos a que faço alusão surgem pelo cotejo de outras experiências e teorias sobre adjudicação diferentes das que inspiram a linha da 'objetivação". **Ibid.**, p. 201.

<sup>312</sup> "A política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é um componente vital para a democracia. Entretanto, a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de uma maior quantidade de votos. Para além desse aspecto puramente formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais. A essas duas dimensões - formal e substantiva - soma-se, ainda, uma dimensão deliberativa, feita de debate público, argumentos e persuasão. A democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões". BARROSO, Luís. **Op. cit.**, 2015, p. 4.

direitos fundamentais"<sup>313</sup>, configurando-se segundo uma concepção *coparticipativa* de democracia, tal como a defendida por Ronald Dworkin ao destacar a importância do controle judicial de constitucionalidade para o aperfeiçoamento da legitimidade do governo<sup>314</sup>.

Em verdade, o que tem preocupado em alguns casos é o *excesso de ativismo*, quando juízes, ainda que bem-intencionados, no sincero intuito de concretizar direitos fundamentais e garantir a proclamada justiça social, tomam decisões ignorando uma série de variáveis fáticas e princípios jurídicos igualmente importantes e previstos na Constituição. As discussões sobre quais devam ser os limites de atuação do juiz constitucional ultrapassa fronteiras, já tendo sido objeto de estudos em diversos países<sup>315</sup>, apontando-se, como fez Habermas, aspectos positivos e negativos de uma forte jurisprudência constitucional<sup>316</sup>. Porém, no Brasil, a questão veio adquirindo colorações específicas que, no momento atual, segundo alguns críticos, tornaram-na um dado deveras preocupante.

<sup>313</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da. GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23-59.

<sup>314</sup> Dworkin escreve que, enquanto "a concepção majoritarista define a democracia de modo puramente procedimental" e "encara o controle judicial de constitucionalidade com desconfiança", a concepção coparticipativa "liga a democracia às restrições substantivas das condições de legitimidade". Por conseguinte, a concepção coparticipativa "pressupõe que a maioria política tem autoridade moral para decidir questões controversas em nome de todos", contudo, "a maioria não tem autoridade moral para decidir coisa alguma a menos que as instituições por meio das quais governe sejam suficientemente legítimas. O controle judicial de constitucionalidade é uma estratégia possível (e, sublinho, apenas uma entre outras) para aperfeiçoar a legitimidade do governo - protegendo a independência ética de uma minoria, por exemplo - e, assim, assegurar o direito moral da maioria de impor sua vontade em outros assuntos". DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p.587-589.

<sup>315</sup> Acerca dos debates sobre o controle de constitucionalidade e seus efeitos na política e na democracia, confira-se: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Supremo Tribunal Federal, política e democracia**. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 177-207.

<sup>316</sup> Nas palavras de Habermas, "a discussão sobre o tribunal constitucional - sobre seu atavismo ou automodéstia - não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada - da cidadania que se transformou na 'comunidade dos intérpretes da constituição', - o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor. A idealização desse papel, se levada a cabo por juristas ufanos, só faz sentido quando se procura um fiel depositário para um processo político idealisticamente acentuado". HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 346-347.

Após reconhecer que o modelo de Estado-providência revelou-se como a força impulsionadora do ativismo judicial, Elival da Silva Ramos salienta que, mormente no caso do Brasil, isso levou juízes e tribunais a assumirem posturas que acabaram por extrapolar os limites impostos pelo próprio ordenamento, "na ilusão de poderem 'queimar' etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente"<sup>317</sup>. Daí a crítica que o autor faz a decisões judiciais que desconsideram os parâmetros de organização financeira do Estado, agravando ainda mais a situação dos que tem dificuldades de acesso à Justiça<sup>318</sup>.

Também Calmon de Passos há muito já atacou a banalização dos pleitos judiciais em busca da efetivação de direitos sociais e a tentativa de se forçar o juiz "a ser o que não pode ser, e isso com prejuízo para a Nação e grave risco para o próprio Poder Judiciário, ameaçado de desacreditar-se ou tornar-se um fator de ingovernabilidade"<sup>319</sup>. Assevera Calmon que somente a atuação política, verdadeiramente democrática e participativa, poderá operar as mudanças substanciais em termos de correlação de forças, pois o político precede, necessariamente, o jurídico, sendo "inútil, portanto, e frustrante, pretendermos que o Direito seja nosso Papai Noel e com suas formulações (palavras, palavras e palavras!) coloque em nossos sapatos os presentes que não pudemos adquirir com nossa luta política"<sup>320</sup>.

Para Lênio Streck, por ser o Brasil um país de *modernidade tardia*, no qual o modelo do Estado de Bem-Estar Social sequer se implementou, o papel da jurisdição constitucional mostrou-se substancialmente ampliado, como autêntico

---

<sup>317</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271.

<sup>318</sup> "A realidade, como não poderia deixar de ser, acabará se impondo, resultando das bem intencionadas decisões ativistas, invariavelmente, a desorganização financeira do Estado, a redução de serviços que vinham sendo prestados (e que também efetivam direitos), para cobrir o custo dos novos direitos assegurados, o agravo ainda maior ao princípio da isonomia (se consideradas as diferentes possibilidades de acesso à justiça) etc". **Ibid.**, p. 271.

<sup>319</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. **A constitucionalização dos direitos sociais**. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 10. Salvador, jun./jul./ago. 2007.

<sup>320</sup> **Ibid.** Aduz o combativo professor: "Impotentes para efetivar decisões políticas eficazes, pretendemos superar nossos problemas transmutando-os em pleitos judiciais, numa inversão que só contribui para deixar os problemas insolúveis e agravados. (...) Precisamos convencer-nos, todos os brasileiros, de que Papai Noel não existe, que será inútil colocarmos nossos sapatos na beira da cama ou no peitoril da janela, na esperança de que o bom velhinho coloque neles os mimos que desejamos. Nossos sapatos permanecerão vazios, porque só o nosso empenho, nosso engajamento, nosso trabalho e nossa organização tem condições de produzir os frutos que se farão presentes". **Ibid.**

freio contramajoritário<sup>321</sup>. Contudo, Streck não poupa ataques à discricionariedade judicial fruto do subjetivismo de juízes e tribunais, a qual considera como sendo *um passo para a arbitrariedade*<sup>322</sup>. Não obstante reconheça a importância da atuação jurisdicional na efetivação de direitos sociais, o autor critica os esquemas neoconstitucionalistas ainda apegados ao positivismo<sup>323</sup>, defendendo, por isso, um novo paradigma interpretativo do constitucionalismo contemporâneo que propicie a concretização de direitos mas, ao mesmo tempo, evite decisionismos e discricionariedades interpretativas<sup>324</sup>.

Outros críticos vão ainda mais longe nos questionamentos, asseverando que não apenas o neoconstitucionalismo, mas todas as abordagens jurídicas que buscam sua legitimidade argumentativa exclusivamente na filosofia ou em ideais de justiça, pressupondo a normatividade das regras constitucionais e recorrendo a critérios estritamente hermenêuticos, precisariam ser revistas. Esta tem sido a linha defendida pelos cultores da *Análise Econômica do Direito*, segundo os quais a tomada racional de decisões jurídicas não pode ficar à mercê da intuição do intérprete da norma nos casos concretos, ainda que sob justificativas teóricas e fundamentadas na ponderação de princípios abstratos, sendo necessário se lançar mão de parâmetros mais objetivos sob uma ética consequencialista que propiciem juízos de diagnóstico (comportamento das pessoas diante das normas atuais) e

---

<sup>321</sup> "É preciso compreender que o direito - neste momento histórico - não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do *welfare state* (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente o polo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar na garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia". STRECK, Lênio. **Op.cit.**, 2014, p. 77.

<sup>322</sup> **Ibid., loc. cit.**

<sup>323</sup> "O movimento neoconstitucionalista não apresenta uma contribuição significativa para a superação do protagonismo judicial presente naquelas posturas críticas do formalismo jurídico do final do século XIX (Escola do Direito Livre, Jurisprudência dos Interesses e Jurisprudência dos Valores). No limite, é possível afirmar que o neoconstitucionalismo representa apenas a superação do positivismo primitivo. Na verdade, o neoconstitucionalismo, ao invés de representar uma solução para o problema da decisão, propicia ainda um maior protagonismo judicial". **Ibid.**, p. 75.

<sup>324</sup> "Constitucionalismo (Contemporâneo) deve significar uma ruptura com o positivismo. (...) Se levarmos em conta as particularidades de um país de modernidade tardia como o Brasil, que exige - e disso estou plenamente convicto - uma teoria da Constituição adequada às suas especificidades e uma atuação interventiva da jurisdição constitucional, sem cair, à evidência, no 'ativismo judicial', que, aliás, tem sido praticado às avessas em *terrae brasílis*, contribuindo para a inefetividade dos direitos fundamentais sociais". **Ibid.**, p. 75 e 82.

prognose (comportamento das pessoas diante da mudança das normas, seja por alteração legislativa, seja por modificação do entendimento dos Tribunais)<sup>325</sup>.

Ivo Gico Jr. considera que, no momento em que o Direito, mantendo o afastamento das ciências naturais e sociais como já havia sido decretado pelo juspositivismo, passou a recorrer a teses filosóficas na tentativa de extrair critérios ideais para investigar proposições normativas racionais e justas - tal como já propuseram, por exemplo, John Rawls (com o levantamento do "véu da ignorância"), Jürgen Habermas (com a situação de "discurso ideal"), Robert Alexy (com os "mandamentos de otimização") e Ronald Dworkin (com o "juiz Hércules") -, perdeu-se a preocupação com as reais consequências geradas pelas decisões jurídicas, e nisso residiria precisamente o pecado do neoconstitucionalismo, ainda que bem intencionado<sup>326</sup>.

Sem embargo de tais críticas, o neoconstitucionalismo segue com prestígio no Brasil. Referindo-se especificamente à jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, um dos nossos grandes neoconstitucionalistas, reconhece não ser infundada a preocupação teórica com o risco de abusos do ativismo judicial. Contudo, considera que no mundo real tais abusos tem sido muito limitados, se levados em conta os inúmeros casos julgados pela Corte e que contribuiram para o avanço social no Brasil<sup>327</sup>, não se devendo

<sup>325</sup> GICO JR., Ivo. **Introdução ao direito e economia**. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 1-33.

<sup>326</sup> "Apesar da clara preocupação com valores, o *neoconstitucionalismo* não se preocupa suficientemente com as reais consequências de determinada lei ou decisão judicial. Não que ignore a realidade social em suas considerações, tão somente digo que seu foco tem sido elaborar justificativas teóricas e abstratas para a flexibilização da lei e sua compatibilização com princípios de conteúdo indeterminado, segundo algum critério de justiça, pretensamente racional e não voluntarista. O desenvolvimento de instrumentos analíticos capazes de auxiliar o intérprete a identificar, prever e mensurar tais consequências no mundo real é que foi epistemologicamente relegado a segundo plano ou para outros ramos do conhecimento humano com os quais o direito tradicionalmente não dialoga". *Ibid.*, p. 10.

<sup>327</sup> O autor cita os seguintes casos, com impactos em ramos específicos do Direito, a saber: "*Direito civil*: proibição da prisão por dívida no caso de depositário infiel, incorporando ao direito interno o Pacto de San José da Costa Rica. *Direito penal*: declaração de inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime, em caso de crimes hediondos e equiparáveis. *Direito administrativo*: vedação do nepotismo nos três Poderes. *Direito à saúde*: determinação de fornecimento gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da AIDS em pacientes sem recursos financeiros. *Direito à educação*: direito à educação infantil, aí incluídos o atendimento em creche e o acesso à pré-escola. Dever do Poder Público de dar efetividade a esse direito. *Direitos políticos*: proibição de livre mudança de partido após a eleição, sob pena de perda do mandato, por violação ao princípio democrático. *Direitos dos trabalhadores públicos*: regulamentação, por via de mandado de injunção, do direito de greve dos servidores e trabalhadores do serviço público. *Direito dos deficientes físicos*: direito de passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual a pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes. *Proteção das minorias*: (i) *Judeus*: a liberdade de expressão



desprezar, "por um temor imaginário, as potencialidades democráticas e civilizatórias de uma corte constitucional"<sup>328</sup>. O STF, em inúmeros julgados, tem admitido a intervenção do Poder Judiciário no sentido de assegurar o respeito a direitos fundamentais sociais, impondo aos demais Poderes a realização de políticas públicas necessárias a atendê-los, sem que se configure, nisso, qualquer afronta do princípio da separação dos poderes<sup>329</sup>.

Fato é que a Carta Magna de 1988 conferiu aos direitos fundamentais - e especialmente aos direitos fundamentais sociais - um destaque nunca antes visto nos diplomas constitucionais pátrios, o que conduziu à construção de uma dogmática jurídica cada vez mais comprometida em assegurar a efetividade desses direitos<sup>330</sup> e de que vem lançando mão a jurisprudência para impor ao Estado prestações concretas em prol de indivíduos que procuram a Justiça para fazer valer seus direitos. Juízes e tribunais acostumaram-se a respaldar as suas decisões em posicionamentos do Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos fundamentais, por ser esta, afinal, a Corte guardiã da Constituição.

Para melhor se compreender a evolução pela qual passou dita dogmática, cumpre apresentar uma síntese das classificações que vieram sendo aplicadas em

---

não inclui manifestações de racismo, aí incluído o antissemitismo. (ii) *Negros*: validação de ações afirmativas em favor de negros, pardos e índios. (iii) *Homossexuais*: equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais e direito ao casamento civil. (iv) *Comunidades indígenas*: demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol em área contínua. *Liberdade de pesquisa científica*: declaração da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. *Direitos das mulheres*: direito à antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico; constitucionalidade da Lei Maria da Penha". BARROSO, Luís. **Op. cit.**, 2015, p. 30-31.

<sup>328</sup> **Ibid.**, p. 31.

<sup>329</sup> "Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (...) A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área de educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas". **STF, ARE 639337** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 23/08/2011.

<sup>330</sup> Empregamos aqui o termo *efetividade* no sentido de *eficácia social*, consubstanciada na efetiva aplicação das norma constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais nos casos concretos. Como explica a doutrina constitucionalista, "a eficácia jurídica, que interessa ao Direito, indica a *possibilidade* de aplicação da norma. A eficácia social, que interessa à Sociologia, mas também ao Direito em certo sentido, como se verá, indica sua *efetiva* aplicação. Isso significa que nem toda norma jurídica é provida de eficácia jurídica, mas nem toda norma jurídica é provida de eficácia social. Daí decorre que a eficácia jurídica é a condição de eficácia social, posto que uma norma só será aplicada se for juridicamente eficaz". CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 150.

matéria de efetividade das normas constitucionais, bem como, mais recentemente, as construções teóricas em torno dos direitos fundamentais enquanto normas-princípio (direito objetivo) que sempre desafiam adequada interpretação/aplicação, por meio de ponderação nos casos concretos, propiciando situações jurídicas subjetivas (direito subjetivo).

### 2.3.5 Das normas programáticas ao sopesamento de princípios

Em tema de efetividade dos direitos fundamentais sociais, percebe-se ter havido no Brasil uma alteração do quadro de premissas teóricas, as quais para alguns autores se excluem, enquanto para outros complementam-se.

No passado, a preocupação da doutrina e da jurisprudência repousou na busca de uma tipologia ideal de classificação das normas constitucionais, empregando-se uma dogmática eminentemente descritiva do alcance de tais normas, enquanto que, nas últimas décadas, ante o prestígio que foi conferido à *Constituição como um sistema aberto de normas e à normatividade dos princípios*<sup>331</sup>, o foco voltou-se à construção de uma metódica de aplicação das normas de direitos fundamentais, com destaque para a análise das restrições que lhes podem ser impostas nos casos concretos, por meio da técnica de *sopesamento* de princípios, tomados como *mandamentos de otimização*<sup>332</sup>.

A problemática da eficácia das normas constitucionais instaurou-se no Brasil desde a Carta de 1891, quando, por influência de Ruy Barbosa, ganharam prestígio doutrinas norte-americanas e posicionamentos da Suprema Corte dos EUA, inicialmente ancorados na clássica distinção entre normas autoaplicáveis ou autoexecutáveis (*self-executing, not self-acting* ou *self-enforcing*) e normas não autoaplicáveis ou não autoexecutáveis (*not self-executing, not self-acting* ou *not self-enforcing*). Como normas autoaplicáveis eram consideradas aquelas suficientemente delimitadas em seu conteúdo e, portanto, aptas a gerar efeitos mesmo à míngua de

<sup>331</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Op. cit.*, p. 135 e 142.

<sup>332</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 90.

legislação superveniente. As normas não autoaplicáveis, por sua vez, ainda dependeriam de uma atividade posterior do legislador a fim de que pudessem se tornar efetivas e executáveis<sup>333</sup>.

Esta clássica dicotomia, que veio sendo empregada desde os primórdios do constitucionalismo norte-americano e perdurou até meados do século XX, servia para definir quais normas constitucionais seriam passíveis de assegurar situações jurídico-subjetivas, legitimando pretensões perante o Poder Judiciário, com base no conteúdo do seu enunciado<sup>334</sup>. Saliente-se, contudo, que o próprio Ruy já advertia que todas as normas constitucionais, inclusive as não autoaplicáveis, tinham alguma força imperativa, ainda que direcionada ao legislador, razão pela qual não poderiam ser encaradas como simples conselhos ou recomendações de caráter meramente moral. Por isso, "mesmo a doutrina e a jurisprudência constitucional norte-americanas não se mantiveram fiéis aos postulados clássicos"<sup>335</sup>, tendo a Suprema Corte, desde a metade do século passado, tomado decisões que reconheciam a eficácia jurídica de todas as normas constitucionais<sup>336</sup>.

Seguindo a teoria de Ruy Barbosa, Pontes de Miranda optou por se valer de nomenclatura diferenciada, preferindo falar em *normas bastantes em si mesmas* e *normas não bastantes em si mesmas*, além do que introduziu no Brasil o conceito de *normas programáticas*, reforçando a ideia de que mesmo as normas não bastantes em si mesmas, apesar de reclamarem atuação posterior do legislador para alcançarem plena eficácia, já encerravam certo grau de cogência que deveria ser respeitado. Considerou-se que certas normas constitucionais, ainda que destituídas

<sup>333</sup> SARLET, Ingo. **Op. cit.**, 2015, p. 250. No mesmo sentido, CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 153.

<sup>334</sup> "Há que ressaltar, ainda, que Ruy Barbosa - no âmbito de sua teoria sobre as normas constitucionais - reconheceu que é com base na formulação da norma, isto é, da expressão literal de seu enunciado e de seu conteúdo, que se logrará perceber se determinado preceito constitucional é dirigido ao legislador ou se pode ser objeto de aplicação pelo Judiciário, o que, em última análise, depende da circunstância de a norma exigir (ou não) uma concretização em nível legislativo, de acordo com a sua possibilidade de, por si só, gerar efeitos jurídicos ou do fato de conter apenas princípios de cunho genérico. Com base neste entendimento, Ruy Barbosa chegou à conclusão de que cada norma constitucional apenas é autoaplicável na medida em que efetivamente permite a sua aplicação, o que, por sua vez, se encontra na dependência direta de seu grau de completude". SARLET, Ingo. **Op. cit.**, 2015, p. 251.

<sup>335</sup> **Ibid.**, p. 253.

<sup>336</sup> Sarlet transcreve a seguinte passagem extraída de decisão proferida pela Suprema Corte em 1958 (caso Trop v. Dulles): "Os preceitos da Constituição não são adágios gastos pelo tempo ou contrasenhadas destituídas de sentido. São princípios vitais e vivos, que autorizam e limitam os poderes governamentais em nossa nação. Eles são regras de governo. Quando a constitucionalidade de um ato do Congresso é questionada perante este Tribunal, devemos aplicar estas regras. Se não o fizermos, as palavras da Constituição nada mais serão do que bons conselhos". **Ibid.**, **loc. cit.**

de plena aplicabilidade, estabelecem ao menos um *programa* que não pode ser desrespeitado pelo legislador, razão pela qual Pontes de Miranda, "apesar de substancialmente ainda agregado ao modelo clássico, já vinha preparando o terreno para uma revisão crítica desta doutrina"<sup>337</sup>. Esse posicionamento de Pontes de Miranda contribuiu para engrossar o coro na doutrina e na jurisprudência brasileira, em defesa da maior efetividade das normas constitucionais consagradoras de programas sociais, notadamente após o advento da Constituição de 1934.

Referindo-se ao direito italiano da primeira metade do século XX, Dirley da Cunha Júnior assinala que a figura da *norma programática* foi inicialmente adotada, na esteira do pensamento de Gaetano Azzariti, com o fito de identificar normas constitucionais sem força jurídica e, portanto, destituídas de qualquer eficácia<sup>338</sup>. Faltando-lhes juridicidade, estaria o cidadão obstado de invocá-las perante os tribunais para fazer valer os direitos sociais nelas contemplados. Segundo a tradicional classificação, enquanto os preceitos constitucionais *operativos* tem eficácia imediata e não dependem de condições institucionais ou de fato, os preceitos constitucionais *programáticos* apenas definem objetivos cuja concretização estaria na dependência de providências situadas *fora* ou *além* do texto constitucional<sup>339</sup>.

Contraopondo-se, todavia, à posição inicial de Azzariti, despontou a doutrina de Vezio Crisaffuli, propondo que as normas programáticas, mesmo que com eficácia limitada, são verdadeiras normas jurídicas dirigidas aos órgãos estatais, sobretudo ao Legislativo<sup>340</sup>. Houve, então, um avanço em termos de aplicabilidade e eficácia de todas as normas constitucionais, identificando-se nelas um sentido positivo em confrontação à ideologia liberal clássica de que haveria normas dotadas de caráter meramente moral e sem força jurídica.

Esse desenvolvimento teórico é importante e deve ser sempre lembrado para se rechaçar posicionamentos que ainda hoje insistem em se valer da categoria de

---

<sup>337</sup> *Ibid.*, p. 252.

<sup>338</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Op. cit.*, p. 156.

<sup>339</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Op. cit.*, p. 28.

<sup>340</sup> "As normas programáticas de Crisaffuli, diferentemente das normas diretivas de Azzariti, tem valor jurídico, dispondo de eficácia obrigatória e imediata sobre os comportamentos estatais, vinculando todos os órgãos do poder estatal. Assim, as normas programáticas, à semelhança das preceptivas, são normas jurídico-constitucionais. De ver-se, portanto, quão extraordinária foi a contribuição de Crisaffuli, que reconheceu a juridicidade das normas programáticas". CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Op. cit.*, p. 156.

norma programática com o intuito de negar eficácia jurídica a dispositivos constitucionais consagradores de direitos sociais. No atual contexto, "as chamadas normas programáticas tem uma estrutura própria, mas isso não significa que sejam desprovidas de juridicidade, vinculatividade e aplicabilidade"<sup>341</sup>. O fato de as normas programáticas dependerem de providências ulteriores para que os objetivos nelas previstos sejam efetivamente realizados não significa que estejam despidas de eficácia jurídica, característica que foi enaltecida em todas as classificações das normas constitucionais que vieram sendo elaboradas no Brasil.

Entre nós, desde a primeira classificação elaborada por José Horácio Meirelles Teixeira<sup>342</sup>, ganharam destaque, ainda, outras formuladas por juristas a exemplo de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto<sup>343</sup>, Maria Helena Diniz<sup>344</sup> e José Afonso da Silva<sup>345</sup>, tendo este último elaborado a classificação mais difundida na academia, ao distinguir três categorias: I) *normas constitucionais de eficácia plena*; II) *normas constitucionais de eficácia contida* e III) *normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida*<sup>346</sup>. Todos estes ilustres doutrinadores trataram da figura da norma programática atribuindo-lhe alguma eficácia jurídica, ainda que relativamente "fraca" se comparada com outras normas com eficácia mais "forte",

<sup>341</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brançosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 211-212. Aduz o autor: "Quem continua a falar de 'normas programáticas' como esquemas retóricos ou declarações ideológicas é o jurista imperativista e subsuntivista, que pouco mais vê que a conclusão apodíctica dos silogismos de aplicação das normas jurídicas". **Ibid., loc. cit.**

<sup>342</sup> "Meirelles Teixeira foi quem primeiro se preocupou, no Direito brasileiro, com uma classificação das normas constitucionais quanto à eficácia, que procurasse discernir o grau eficaz - maior ou menor - das normas da Constituição. (...) Propôs, então, a reformulação da doutrina clássica norte-americana, para sugerir - a partir da perspectiva de que não existe norma constitucional despida de qualquer eficácia e visando atender exatamente a essa eficácia e aplicabilidade, isto é, aos seus imediatos efeitos jurídicos - a divisão das normas constitucionais em duas categorias bem distintas, a saber: a) normas de eficácia *plena* e b) normas de eficácia *limitada* ou *reduzida*". CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 157.

<sup>343</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

<sup>344</sup> DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>345</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>346</sup> "Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou tem a possibilidade de produzi-las), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta ou imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado". **Ibid.**, p.81-82.

tudo a depender da necessidade ou não de atuação legislativa integradora ou complementar<sup>347</sup>.

Ao discorrer sobre as normas constitucionais *de eficácia plena* e as de *eficácia limitada* ou *reduzida*, Meirelles Teixeira subclassificou estas últimas em normas *programáticas* (envolvendo matéria ético-social e constituindo programas de ação atribuídos ao legislador ordinário) e normas *de legislação* (referentes a matéria de organização ou de liberdade, com natureza técnica ou instrumental)<sup>348</sup>. José Afonso da Silva, na esteira das lições de Crisafulli, tratou das normas *programáticas* como espécies de normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, salientando contudo que, como qualquer norma jurídica, "produzem situações subjetivas de vantagem que podem caracterizar simples interesse, simples expectativa, interesse legítimo e até direito subjetivo"<sup>349</sup>. Maria Helena Diniz, na mesma linha de compreensão, mencionou as *normas com eficácia relativa dependentes de complementação*, dentre elas as de *princípio programático*, "por serem fixadoras de programas constitucionais a serem implementados pelo legislador ordinário"<sup>350</sup>.

Por outro lado, ainda nos albores da Carta Magna de 1988 e considerando a gama de direitos sociais nela consagrados, alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, à guisa de conferir certa cautela na interpretação de dispositivos da nova Constituição, serviram-se da antiga categoria da *norma programática* não mais no sentido positivo acima enfocado, parecendo resgatar a antiga concepção de Azzariti e empregando-a para se referir a preceitos constitucionais que apenas sinalizariam metas de políticas públicas a serem gradativamente implementadas pelo Estado, conforme viessem sendo alcançadas as condições materiais para sua implementação<sup>351</sup>. Esse posicionamento não vingou entre a maioria dos doutrinadores brasileiros e encontra-se ultrapassado.

<sup>347</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 167.

<sup>348</sup> **Ibid.**, p. 158.

<sup>349</sup> SILVA, José. **Op. cit.**, 2015, p. 171 e 173.

<sup>350</sup> DINIZ, Maria. **Op. cit.**, 2009, p. 64-77.

<sup>351</sup> Como anota Walber Agra, "alguns constitucionalistas defendem o posicionamento de que as normas de eficácia limitada programática não teriam valor cogente, vinculativo; que traçariam planos para o legislador sem obrigatoriedade. Alicerçam sua fundamentação nas doutrinas italianas e norte-americanas, que separam as normas constitucionais em normas que tem eficácia, de vinculação imperativa, e normas que não tem eficácia, indicando comandos para o legislador sem impedir a possibilidade de edição de leis que afrontem seu conteúdo". AGRA, Walber. **Op. cit.**, p. 69.

As normas programáticas, bem assinala Walber Agra, são normas típicas do modelo intervencionista de Estado, contrapondo-se ao Estado de feitura liberal, porquanto o seu nascimento "teve a finalidade de ensejar a eficácia dos direitos fundamentais, obrigando os poderes instituídos a realizar atividades para sua concretização"<sup>352</sup>. Daí resulta que a questão não está mais em se negar eficácia jurídica a normas programáticas, inclusive as que tratam de direitos sociais, mas, sim, em definir concretamente quais são os deveres que elas impõe ao Estado e se elas podem, por si só, embasar direitos a prestações materiais e suas conseqüentes pretensões judiciais por parte dos indivíduos.

Ana Carolina Olsen reconhece que "a questão não é somente se pode o Judiciário intervir na atuação dos demais poderes para o fim de garantir a constitucionalidade, mas até onde pode agir"<sup>353</sup>, sendo grande a importância da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais, pois de nada adiantaria a Constituição enumerar normas de direitos fundamentais se não houvesse um órgão capaz de garantir a sua efetividade.

Celso Antônio Bandeira de Mello assinala que, não obstante a excelente sistematização tripartida elaborada por José Afonso da Silva, tal modelo não serve para resolver a questão crucial da geração de direitos para os cidadãos, sendo inúmeros os casos em que normas de eficácia plena conferem uma posição jurídica débil e, ao contrário, normas de eficácia limitada ou contida acabam assegurando uma posição mais consistente<sup>354</sup>. Propõe, então, um modelo diferente de sistematização, construindo uma *classificação das normas constitucionais quanto à imediata geração de direitos para os administrados*, a partir do critério "da

---

<sup>352</sup> **Ibid.**, p. 68.

<sup>353</sup> OLSEN, Ana. **Op. cit.**, p. 269.

<sup>354</sup> O autor cita o seguinte exemplo: "Basta pensar na regra do art.22, I, da Constituição, segundo a qual compete à União legislar sobre direito civil ou direito comercial, *verbi gratia*. É norma de eficácia plena. Surte, de logo, todos os seus efeitos, que são, precisamente, os de investir a União no poder de editar tais regras. Sem embargo, por força deste preceptivo, os administradores não colhem direito algum, exceto o de que tal legislação sendo editada, só o seja pela União. Vale dizer: os cidadãos não sacam desta regra qualquer utilidade ou benefício. (...) De outro lado, o preceito do art.5º, LVIII, impediendo de que o civilmente identificado seja submetido a identificação criminal, 'salvo nas hipóteses previstas em lei', é norma de eficácia contida. Sem embargo, confere de imediato uma posição jurídica muito mais consistente que a regra de eficácia plena contida no art. 22, I, atribuidora de competência à União para legislar sobre direito civil ou comercial". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 18-19.

investidura, em prol dos administrados, de direitos mais ou menos amplos descendentes direta e imediatamente do texto constitucional"<sup>355</sup>.

Noutro giro, Virgílio Afonso da Silva entende estarem superadas todas as tradicionais classificações que se voltaram ao exame da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, inclusive a do seu genitor, José Afonso da Silva. Sem embargo da inegável importância que tiveram para o enriquecimento da moderna doutrina constitucionalista, tais classificações, na visão do autor, não mais seriam compatíveis com o atual modelo teórico dos direitos fundamentais calcados em princípios constitucionais passíveis de sopesamento e sujeitos a restrições. Assim, Virgílio Afonso "coloca em xeque" as distinções das normas constitucionais baseadas na possibilidade ou não de restrições, o que não condiz com a perspectiva por ele defendida - partindo dos pressupostos de uma teoria dos princípios com suporte fático amplo e conteúdo essencial relativo -, de que "toda norma que garante um direito fundamental tem alguma limitação na sua eficácia. Ou seja, todas as normas são de eficácia limitada"<sup>356</sup>.

Sob esse prisma, teriam perdido espaço as argumentações calcadas na distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada (aí incluídas as programáticas), passando a doutrina e a jurisprudência a enfrentar as questões envolvendo pretensões materiais mediante a análise dos princípios constitucionais em conflito, lançando mão de uma nova teoria, voltada para a busca de técnicas adequadas de interpretação das normas de direitos fundamentais e a resolução de conflitos normativos nos casos concretos.

Essa crítica de Virgílio Afonso vem sendo contornada por autores que consideram que os marcos teóricos referidos apenas seguiram critérios diferentes e podem ser perfeitamente conciliados de modo complementar, sendo o primeiro voltado para o estudo da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais tomadas em seu sentido abstrato, ao passo que o segundo tem como foco a efetiva aplicação dessas normas conforme as variáveis apresentadas em cada caso concreto. O próprio José Afonso da Silva respondeu às críticas do filho, salientando haver aí uma simples questão de perspectiva, dadas as distintas concepções acerca dos suportes fáticos das normas constitucionais. Enquanto a doutrina de Virgílio

---

<sup>355</sup> *Ibid.*, p. 19 e ss.

<sup>356</sup> SILVA, Virgílio. *Op. cit.*, 2010, p. 227 e 255.



Afonso vale-se de um modelo de teoria externa que amplia ao máximo o âmbito de proteção dos direitos, para somente depois apontar a possibilidade de restrições, admitindo que tais restrições advenham da legislação ordinária até mesmo quando a Constituição nada tenha estabelecido neste sentido, a tese de José Afonso, no tocante às normas de eficácia plena, segue fiel às restrições já estabelecidas pela própria Constituição, enquadrando-se, ainda que implicitamente, num modelo de teoria interna e de limites imanentes<sup>357</sup>.

Sarlet defende e realça a função didática e operacional da classificação de José Afonso, a qual ainda segue sendo útil na resolução de questões envolvendo direitos fundamentais e é perfeitamente conciliável com a distinção doutrinariamente feita entre regras e princípios constitucionais<sup>358</sup>, apontando, como fator decisivo, o critério da *densidade normativa*<sup>359</sup>. Assim, uma norma de eficácia plena, mas que tenha baixa densidade normativa, terá sua aplicação levando em conta um mínimo de normatividade, o que, em caso de conflito com outra norma de igual natureza, somente pode ser feito mediante o sopesamento de princípios. Da mesma forma, normas de eficácia limitada ou contida, porém dotadas de suficiente densidade normativa, geram efeitos imediatos ainda que o texto da Carta preveja a regulamentação da matéria pelo legislador ordinário, sendo diretamente aplicadas naquilo que os seus enunciados por si só já alberguem em termos de proteção. Há

---

<sup>357</sup> Eis a crítica de José Afonso da Silva à teoria externa: "ora, percebe-se logo que se trata de uma doutrina artificial que consiste em aumentar o âmbito de proteção dos direitos, para além do que está constitucionalmente estabelecido, para depois aceitar restrições na mesma medida desse aumento, enquanto a doutrina criticada não tem artifício algum. Fundamenta-se nos termos da Constituição, estritamente estabelecidos e aí, sim, não admite senão as restrições que ela própria estatua. (...) A concepção da Tese, nesse particular, é perigosa, quando sustenta a restringibilidade, sempre, dos direitos fundamentais, especialmente das liberdades públicas, pelo legislador, sem arrimo constitucional". SILVA, José. **Op. cit.**, 2015, p. 276 e 278.

<sup>358</sup> "Mesmo que se aceite a restringibilidade de qualquer norma constitucional (seja ela regra ou princípio), o que nesta quadra não se pretende polemizar, há de se levar em conta que a classificação adotada por José Afonso da Silva não se baseia, pelo menos não como critério determinante e único, na possível restrição dos efeitos por obra do legislador, mas radica essencialmente, assim, nos parece, na existência, ou não, embora sempre parcial, de uma intermediação legislativa para o reconhecimento dos efeitos jurídicos da norma constitucional, bem como na distinção (embora a íntima conexão) entre a aplicabilidade e a eficácia jurídica. Trata-se, portanto, de outro critério, visto que a posterior restringibilidade foi utilizada por José Afonso da Silva como critério para distinguir dois tipos de normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, visto que as normas de eficácia contida são normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, mas sujeitas, de acordo com o texto constitucional, a uma reserva legal, no sentido de uma autorização constitucional expressa para restrições pelo legislador. Além disso, como já tivemos oportunidade de frisar, a classificação das normas constitucionais com base no critério da sua eficácia e aplicabilidade, não necessariamente (e nisto insistimos ainda que por ora sem maior desenvolvimento) se revela inconciliável com a distinção das normas em princípios e regras". SARLET, Ingo. **Op. cit.**, 2015, p. 262-263.

<sup>359</sup> **Ibid.**, p. 261.

casos até mesmo de aplicação de normas de conteúdo programático e com baixa densidade normativa, mas que, por força de princípios constitucionais, adquirem forte grau de eficácia.

Na mesma linha, Dirley da Cunha Júnior ressalta que, não obstante a classificação de José Afonso sirva como ponto de partida para se compreender a eficácia das regras e princípios constitucionais, isso não impede que mesmo as normas de eficácia limitada possam ser diretamente aplicadas na via judicial, quando configurada no caso concreto a situação correspondente ao seu relato<sup>360</sup>.

Deixando de lado as controvérsias sobre a incompatibilidade ou a complementaridade dos marcos teóricos, entendemos que qualquer doutrina que busque examinar o conteúdo e o alcance dos direitos, seus limites e restrições, terá de necessariamente estar em conexão lógica com alguma doutrina explicativa da estrutura e interpretação das normas jurídicas. E isto pode ser bem demonstrado pelo posicionamento que tem empreendido a jurisprudência brasileira, notadamente o Supremo Tribunal Federal, ao decidir inúmeros casos relacionados a direitos fundamentais, valendo-se da tradicional classificação das normas constitucionais e, ao mesmo tempo, sopesando os princípios constitucionais em conflito para extrair a solução adequada em cada hipótese.

É emblemático o papel que a nossa Suprema Corte vem desempenhado na área da saúde. Apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal de 1988 e não obstante a sua baixa densidade normativa (já que se limita a enunciar genericamente a saúde como direito de todos e dever do Estado sob a forma de políticas públicas<sup>361</sup>), o STF tem assegurado a sua eficácia em altíssimo grau e com amplo alcance, ponderando os princípios constitucionais em conflito em cada caso.

Nesse passo, a Corte vem determinando o fornecimento de medicamentos de alto custo, inclusive quando não incluídos na lista padronizada do Sistema Único de Saúde, caso comprovado não haver outra opção de tratamento eficaz<sup>362</sup>, salientando que o fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas

---

<sup>360</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 168.

<sup>361</sup> "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

<sup>362</sup> **STF, RE 831385** - rel. Min. Roberto Barroso, julg. 17/03/2015.

carentes é dever constitucional do Estado (CF, arts. 5º e 196), razão pela qual "a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa inconsequente"<sup>363</sup>. O mesmo se aplica a cirurgias e outros procedimentos médicos necessários à preservação da saúde de pessoas com insuficientes recursos financeiros<sup>364</sup>.

Ainda com base em princípios, já se decidiu pela ampla eficácia da norma constitucional que atribui ao Estado o dever de manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente, destacando-se o caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, "inclusive daquelas de conteúdo programático que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197)"<sup>365</sup>. Determinou-se, outrossim, o custeio, pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes atendidos pelo serviço de emergência (SAMU) em casos de urgência e de inexistência de leitos da rede pública<sup>366</sup>, bem como a melhoria do sistema público de saúde local<sup>367</sup>. Em suma, o STF em diversos julgados tem admitido que o Poder Judiciário determine ao Poder Executivo a adoção de medidas visando à melhoria da prestação do serviço de saúde pública, sempre ponderando os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção ao mínimo existencial, da reserva do possível, da proibição de retrocesso social, da vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso, dentre outros.

Também mediante o sopesamento de princípios constitucionais, o Pretório Excelso tem consagrado a ampla eficácia de normas de conteúdo programático ao impor políticas concretas ao Poder Público em diversas outras áreas, como, por exemplo, quando determinou o pleno atendimento em creches e pré-escolas, dado o dever estatal de assistência materno-infantil<sup>368</sup>; a realização de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais em respeito à integridade física e moral dos detentos, haja vista a situação degradante das penitenciárias no Brasil e a

---

<sup>363</sup> **STF, RE 393175** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 12/12/2006; **RE 271286** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 12/09/2000.

<sup>364</sup> **STF, AI 550530** - rel. Min. Joaquim Barbosa, julg. 26/06/2012.

<sup>365</sup> **STF, ARE 745745** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 02/12/2014.

<sup>366</sup> **STF, ARE 727864** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 04/11/2014.

<sup>367</sup> **STF, SL 47-AgrR** - rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 30/04/2010; **RE 642536** - rel. Min. Luiz Fux, julg. 05/02/2013.

<sup>368</sup> **STF, ARE 639337** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 23/08/2011; **RE 581352** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 29/10/2013.

superlotação carcerária<sup>369</sup>; a necessidade de audiência de custódia, tendo o STF considerado a situação do sistema penitenciário nacional como um "estado de coisas inconstitucional"<sup>370</sup>; a instalação e/ou melhoramento de órgão da Defensoria Pública em todas as comarcas, considerando a essencialidade dessa instituição e a vedação da proteção insuficiente, dentre outros parâmetros constitucionais<sup>371</sup>; o fornecimento de moradia, com aluguel social, em caso de residência interditada pela Defesa Civil<sup>372</sup> e a contratação de professores especializados em Libras para garantir a educação de deficientes auditivos<sup>373</sup>.

Fica evidente que, no tocante ao tema da efetividade dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal tem atribuído às normas constitucionais programáticas um alto grau de eficácia, independente de haver legislação ordinária regulamentadora das políticas públicas necessárias a assegurar a proteção por elas conferida. Para tanto, os ministros lançam mão de argumentos calcados na ponderação dos princípios constitucionais em conflito, colocando de lado vetores normativos mais restritivos como a separação dos poderes e a reserva do possível, em prestígio de valores fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana. Na dicção do ministro Celso de Mello, revela-se preocupante o fenômeno da "erosão constitucional", asseverando que "a inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição"<sup>374</sup>. Daí porque defende a intervenção do Poder Judiciário sempre que necessário for à concretização das políticas públicas determinadas pela Carta Magna.

Entrementes, sem embargo da importância do papel ativo que se reconheceu ao Judiciário no constitucionalismo contemporâneo e para a garantia da efetividade dos direitos fundamentais individuais e sociais, é preciso atentar para a imperiosa

---

<sup>369</sup> **STF, RE 592581** - rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 13/08/2015. O recurso teve a sua repercussão geral reconhecida (tema 220), com a seguinte tese: "É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art.5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes".

<sup>370</sup> **STF, ADPF 347** - rel. Min. Marco Aurélio, julg. 09/09/2015.

<sup>371</sup> **STF, RE 763667** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 22/10/2013; **AI 598212** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 25/03/2014.

<sup>372</sup> **STF, ARE 855762** - rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 19/05/2015.

<sup>373</sup> **STF, ARE 860979** - rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 14/04/2015.

<sup>374</sup> **STF, ARE 639337** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 23/08/2011.

necessidade de se estabelecer critérios mínimos de racionalidade delimitadores da margem de atuação dos juízes e tribunais, considerando não apenas a letra da Constituição, mas, também, as mudanças de contexto social e econômico que condicionam as políticas públicas do Estado e devem ser levadas em conta na aplicação das normas constitucionais.

Até mesmo J. J. Gomes Canotilho, um dos maiores ícones da dogmática da força dirigente da Constituição social e cujas lições tanto inspiraram a doutrina brasileira desde a década de 1980, já revisitou o tema dos direitos sociais e a socialidade estatal, destacando ter havido, na jurisprudência portuguesa, certa *hipertrofia da dignidade da pessoa humana*<sup>375</sup>, individualizando-se demandas de interesses particulares que deveriam ser enfrentadas numa dimensão mais solidária e sob a perspectiva objetiva dos direitos sociais<sup>376</sup>. Daí a severa crítica dirigida pelo jurista lusitano a esse tipo de ativismo judicial que, ainda quando bem intencionado, acabou focando apenas em interesses casuísticos sem tomar em conta o conjunto das políticas públicas e a sua eficácia geral<sup>377</sup>, desequilíbrio que acabou se verificando, também, na jurisprudência brasileira, inclusive na do STF<sup>378</sup>.

---

<sup>375</sup> "Com o uso e abuso do recurso à dignidade da pessoa humana (de resto sendo problemática a sua estrutura como direito autônomo) corre-se o risco de 'dessubstantivar' todos os outros direitos, quer os de liberdade, quer os sociais. CANOTILHO, J. J. Gomes. **O direito constitucional como ciência de direcção - o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social")**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direito Fundamentais Sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31.

<sup>376</sup> "Aparentemente, o recurso à dignidade da pessoa humana como princípio ontofenomenológico fundante da *dignidade social* da pessoa humana nada teria de problemático. O desenvolvimento da personalidade ancorado na dignidade da pessoa ainda é o fundamento mais inquestionável das prestações sociais a cargo do Estado. Mas o 'teste dóxico' de jurisprudência constitucional portuguesa aponta para o 'esvaziamento solidarístico' desta estratégia discursiva do Tribunal Português. (...) O problema é que a estratégia discursiva do Tribunal, sob a aparente solidez da dignidade da pessoa humana, acaba por proceder à redução eidética da socialidade, colocando entre parênteses os direitos econômicos, sociais e culturais. Em toda a sua radicalidade, a orientação do Tribunal conduziria a este resultado desolador: não há direitos sociais autonomamente recortados, mas refracções sociais da dignidade da pessoa humana aferida pelos *standards* mínimos de existência". *Ibid.*, p. 14-15.

<sup>377</sup> "Temos manifestado as mais sérias reticências a esse activismo, por mais nobre que seja a sua intencionalidade solidária. Além de se limitarem a sentenças casuísticas - sobretudo no âmbito de prestações de saúde - falta-lhe legitimidade para a apreciação político-judicial das desconformidades constitucionais das políticas públicas". *Ibid.*, p. 35.

<sup>378</sup> "Compreendemos a angústia do cidadão brasileiro que consegue chegar aos Tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal, reclamando 'o mandado judicial para fornecimento de 'Viagra' em nome da dignidade da pessoa humana, mas, por enquanto, a prudência jurisprudencial não tem legitimidade para se transformar em instância compensadora de disfunções humanas e sociais, como se de órgãos politicamente responsáveis se tratasse. Mais uma vez, as normas jurídicas não são declarações de amor". *Ibid.*, **loc. cit.**

Acrescente-se a isso que, como provoca Flávio Galdino, "direitos não nascem em árvores"<sup>379</sup>, sendo preciso atentar também para os custos que são da essência de todos os direitos que dependam de ações positivas do Estado, bem como para o fato de que o reconhecimento de deveres concretos a cargo do Poder Público, com a imposição judicial no seu cumprimento, pressupõe que também sejam empregados parâmetros coerentes de responsabilidade civil por danos decorrentes do eventual descumprimento, na forma do art. 37, §6º, da Carta de 1988, sob pena de se conduzir ao desequilíbrio de todo o sistema de direitos e garantias fundamentais. É o que procuraremos demonstrar no capítulo seguinte.

---

<sup>379</sup> GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 215.

### 3 A RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE A PRETENSÕES FUNDAMENTAIS

#### 3.1 O CUSTO DOS DIREITOS PARA O ESTADO

##### 3.1.1 Todos os direitos demandam alguma prestação estatal

Como já visto, as pretensões materiais relacionadas a direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais) legitimaram-se institucionalmente no momento em os textos constitucionais de vários países passaram a incorporar tais direitos com viés transformador, prescrevendo ações estatais positivas visando concretizar a maior igualdade material possível entre os indivíduos.

Em linhas gerais se diz que, enquanto os direitos fundamentais de primeira dimensão seriam essencialmente demarcados por restrições direcionadas ao Estado frente às liberdades individuais, impondo-lhe deveres negativos (deveres de *abstenção*), os direitos fundamentais de segunda dimensão estariam caracterizados pela necessidade de o Estado prestar determinados serviços em prol da população mais carente, sob a forma de deveres positivos (deveres de *ação*). Por conseguinte, a efetividade dos direitos de segunda dimensão sempre demandaria altos custos para o Estado, ao passo que as providências propícias à efetividade dos direitos de primeira dimensão ficariam a cargo da iniciativa privada, sem a intromissão ou com a intromissão mínima do Estado, daí o seu baixo custo<sup>380</sup>.

---

<sup>380</sup> "Com base em tal distinção tradicional, firmou-se um *senso comum* no sentido de que os direitos negativos ou de defesa gozariam de plena eficácia, exequibilidade e justiciabilidade, ao passo que outros direitos, especialmente os de caráter positivo ou prestacional, como a maior parte dos direitos sociais, estariam sempre condicionados, seja ao desenvolvimento legislativo, seja sujeitos à existência de recursos ou ao montante dos recursos disponíveis, notadamente às dotações orçamentárias (...). O fundamento de tal distinção repousaria sobretudo na *pressuposição* de que a efetivação dos *direitos prestacionais* seria necessariamente de alto custo, de um lado, e, de outro lado, na *pressuposição* de que a efetivação dos direitos ditos *negativos* teria caráter gratuito ou pouco custoso, razão pela qual a realização dos primeiros seria mais dificultosa e, portanto, sujeita a entraves em maior medida". SGARBOSSA, Luís. *Op. cit.*, p. 241.

Tal dicotomia, todavia, mereceu uma revisão por parte da doutrina contemporânea. O senso comum sobre a atuação relativamente pouco onerosa do Estado no tocante aos tradicionais direitos civis e políticos restou ultrapassado a partir do momento em que se trouxe à baila análises mais detalhadas acerca dos recursos públicos gastos para protegê-los.

Na década de 1990, Stephen Holmes e Cass R. Sunstein editaram a obra intitulada "O custo dos direitos: por que as liberdades dependem de impostos" (*The cost of rights: Why liberty depends on taxes*), demonstrando algo que soa até mesmo trivial: todos os direitos são positivos (*all rights are positive*), no sentido de imporem algum tipo de prestação por parte dos destinatários das normas que os estabelece. Logo, de algum modo, todos eles dependem da atuação governamental (*the necessity of government performarce*)<sup>381</sup>, seja quando a prestação do serviço estatal decorra diretamente do exercício do direito, seja quando a prestação do serviço estatal, ainda que não se revele essencial ao exercício do direito, torna-se imprescindível na proteção desse direito frente a atos de terceiros ou a fatos naturais.

Não se pode olvidar que a atuação do Estado é necessária para assegurar todo e qualquer direito fundamental, inclusive os clássicos direitos de liberdade, de propriedade e ao cumprimento dos contratos.

À guisa de exemplo, imaginemos um caso em que determinados imóveis particulares de área nobre da cidade encontrem-se ardendo em chamas, tendo os proprietários acionado o Corpo de Bombeiros, de cuja ação enérgica e com o emprego de equipamentos técnicos de combate ao incêndio se espera a pronta proteção do direito de propriedade<sup>382</sup>. Evidente, aí, a necessidade da postura ativa do Estado para garantir a eficácia de um direito fundamental sem feição especificamente social.

---

<sup>381</sup> HOLMES, Sthefen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rigths: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999. Tradução livre.

<sup>382</sup> É o exemplo apontado por Stephen Holmes e Cass Sunstein referindo-se ao grande incêndio de Westhampton: "Em 26 de agosto de 1995, um incêndio irrompeu em WestThampton, na parte mais ocidental da celebrada Long Island Hamptons, uma das mais bonitas áreas nos Estados Unidos. Esse fogo foi o pior experimentado por Nova Iorque no último meio século. Foram trinta e seis horas de devastação incontrolável, por uma área medindo seis milhas de um total de vinte". **Ibid.**, p. 13. Tradução livre.



Observe-se que a prestação do serviço, nesse caso, não se apresenta como decorrência imediata do direito, já que o pleno exercício do direito de propriedade a princípio independeria da existência de uma estrutura estatal de combate a incêndios. Todavia, à medida em que o Estado institui o direito de propriedade e elabora mecanismos de defesa deste direito, acaba tendo que organizar uma rede geral de proteção contra atos ilícitos de terceiros ou até mesmo em face de fatos naturais (como é o caso de um incêndio não criminoso), cabendo-lhe prestar serviços públicos com esse objetivo, tal como ocorre nas atividades de polícia, defesa civil, tabelionato, justiça etc.

Consoante já mencionamos no item 2.2.3, a distinção que a doutrina aponta entre as prestações em *sentido amplo* e as prestações em *sentido estrito* é fruto da constatação de que não são apenas os direitos sociais os que demandam posturas ativas por parte do Estado, pois os direitos de primeira dimensão (direitos de liberdade e propriedade) também dependem de ações estatais para serem exercidos e preservados. Na verdade, a raiz da imprecisão dicotômica parece estar na indevida decomposição dos deveres a cargo do Estado (entre deveres *positivos* e deveres *negativos*), o que, não obstante alguma utilidade para fins didáticos, simplifica demasiadamente as situações complexas de obrigações e deveres de natureza pública.

Tal decomposição de deveres, fruto do pensamento liberal que marcou a tradição do Direito Privado, sempre foi enganosa, pois mesmo os deveres negativos impõe ao Estado a adoção de uma série de deveres positivos correlatos, "no mínimo para manter uma estrutura que garanta o respeito aos direitos fundamentais em questão"<sup>383</sup>. A crença errônea de que os tradicionais direitos de liberdade, aí incluído o direito de propriedade, estariam à margem da atuação do Estado repousa sobre o

---

<sup>383</sup> GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 226. "Na verdade, os direitos individuais (enquanto direitos subjetivos públicos) sempre foram positivos, no sentido de que sempre demandaram intervenção estatal em forma de prestações estatais positivas. O diferencial do presente momento teórico é o reconhecimento dessa positividade, e não o seu surgimento. Consoante observado, os direitos individuais eram vistos como produtos da natureza, inatos, supostamente indiferentes à ação do Estado e, por isso, tidos como negativos. Cresceram sob a ótica privatística, e foram estudados a partir de relações simples. Este pano de fundo não permitiu a correta compreensão de seu caráter público positivo. É possível dizer que na França do século XIX sob a égide restrita do Código de Napoleão - talvez a apoteose do individualismo jurídico - esses direitos já eram públicos e positivos. Com efeito, naquele tempo já havia um organismo estatal com poder-dever de polícia destinado a assegurar a propriedade 'privada', um outro organismo estatal judiciário para julgar os conflitos dela decorrentes e até mesmo um organismo estatal destinado a aprisionar quem potencialmente ameaçasse a propriedade". **Ibid.**, p. 229.

denso tecido ideológico confeccionado pelos teóricos liberais, na exaltação dos direitos naturais do homem e na defesa de uma reserva de prerrogativas privadas desvinculadas da esfera dos poderes públicos e acima do poder político.

Dita tradição liberal, corporificada desde as primeiras constituições revolucionárias do final do século XVIII, levou a que, sob os auspícios do jusnaturalismo, o direito de propriedade fosse encarado como uma liberdade básica anterior e superior ao próprio Estado, de cuja atuação não dependeria para sua caracterização, ocupando o Estado, portanto, "posição completamente passiva (ou negativa), bastando respeitá-lo, constituindo a intervenção estatal exceção excepcionalíssima"<sup>384</sup>.

Luís Fernando Sgarbossa, nessa linha, critica a divisão das categorias de direitos de primeira e segunda dimensões, salientando serem fruto de opções meramente ideológicas que desconsideram a interdependência e a indivisibilidade dos direitos humanos, dando a falsa impressão de que os direitos civis e políticos seriam *direitos baratos*, ao passo que os direitos econômicos, sociais e culturais seriam *direitos caros*<sup>385</sup>. Tal ideologia teria predominado nas deliberações da ONU em meados do século passado, levando a que, em 1966, com a adoção do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, prevalecesse a tese segundo a qual os direitos humanos econômicos, sociais e culturais estariam sujeitos a uma realização progressiva na medida do máximo dos recursos disponíveis (*teoria da progressividade*), enquanto que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contou com medidas de implementação, instrumentos de fiscalização e controle de cumprimento potencialmente mais eficazes. Conclui o autor que "o temor manifestado pelos países ocidentais participantes da Conferência e futuros signatários de ambos os pactos ancorava-se exatamente no *custo* da efetivação das disposições do segundo pacto, especialmente aquelas instituidoras de direitos sociais"<sup>386</sup>.

Refutando esse pano de fundo ideológico, cujas premissas continuam até hoje presentes em alguns institutos jurídicos, ainda que sob novas roupagens, sobressai a aludida obra de Stephen Holmes e Cass Sustein. Valendo-se de

---

<sup>384</sup> **Ibid.**, p. 206.

<sup>385</sup> SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 129-132.

<sup>386</sup> **Ibid.**, **loc. cit.**

argumentos claros e insofismáveis, os autores norte-americanos cuidaram de demonstrar que nenhum direito, nem mesmo o direito de propriedade, é anterior ao ordenamento jurídico reconhecido pelo Estado e que a esfera privada é fruto das decisões tomadas pela esfera pública<sup>387</sup>.

A crítica focada no direito de propriedade deve-se ao fato de ser a propriedade privada a figura emblemática e central do processo econômico, ao passo que, como se sabe, as revoluções liberais e as constituições delas decorrentes procuraram não politizar a esfera do econômico, separando os planos do político e do econômico, fruto da crença na existência de uma ordem anterior e natural a presidir as relações econômicas<sup>388</sup>. Daí porque, de certo modo, ainda hoje o direito de propriedade "é entendido como ocupando posição central na estrutura jurídico-política norte-americana (e bem assim nos sistemas jurídicos de origem romano germânica - os da Europa continental e também o brasileiro)"<sup>389</sup>.

Ao contrário do que possa parecer, o fato de as primeiras constituições liberais não haverem explicitamente estabelecido mecanismos de intervenção do Estado na propriedade não significa que tenha ocorrido uma opção neutra em termos de tratamento jurídico, nem que estivesse o direito de propriedade desvinculado de qualquer atuação estatal, porquanto o que se fez foi, por vias oblíquas, atribuir ao Estado a função de garantidor do sistema econômico capitalista, assegurando-se, por meio dele, a proteção absoluta do direito de propriedade não apenas contra interesses de terceiros individualmente, mas, inclusive, contra interesses da própria coletividade<sup>390</sup>.

---

<sup>387</sup> Ainda que focados especificamente na realidade político-jurídica dos EUA, as conclusões dos autores se aplicam a qualquer modelo de formação política que se estabeleça em torno de uma autoridade central ou comunitária. Flávio Galdino assinala que tal orientação de Holmes e Sunstein deve-se, em boa parte, ao fato de serem republicanos, os quais "vêm a esfera privada como produto de decisões públicas, que muitas vezes justificam a existência de setores de reconhecimento da autonomia privada dos indivíduos, mas nunca de direitos naturais ou pré-políticos. O mesmo se dá em relação à intervenção estatal no domínio privado, a qual, em vez de ser considerada excepcional, é considerada mesmo uma pré-condição de funcionamento dos mercados ditos 'livres e privados'". GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 207.

<sup>388</sup> "O movimento constitucionalista propôs-se a instaurar no mundo jurídico aquela ordem natural, com a cessão ao Estado, pelos cidadãos, de um mínimo de liberdades individuais, mas com limitações severas, impostas ao mesmo Estado, a fim de impedir o seu agigantamento e, sobretudo, a invasão, por ele, do campo reservado à ação e à iniciativa dos cidadãos já que se acreditava pairar uma *ordem natural* sobre o processo econômico, que dispensava a sua positivação jurídica na constituição". NUSDEO, Fábio. **Op. cit.**, p. 108.

<sup>389</sup> GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 206.

<sup>390</sup> "Com isso, acreditava-se, o Estado estava domado ou sob controle. E, com essa contenção estatal estabeleceu-se uma distinção nítida e ampla entre o plano do político e o plano do econômico. De

Na verdade, o Estado não apenas reconhece, mas, sim, *cria* o direito de propriedade, no momento em que é a lei fundamental do Estado que estabelece as bases do ordenamento jurídico, delimitando a própria extensão, formas de aquisição e de perda da propriedade, sem o que a propriedade privada seria um mero anseio individual impreciso e desprotegido. Como salientam Sunstein e Holmes, o direito de propriedade existe precipuamente porque a posse e o uso são criados e regulamentados pela lei<sup>391</sup>, além do que o exercício de tal direito depende, em sua essência, de atos praticados pelo Estado na tipificação de infrações civis e criminais contra a propriedade, bem como na responsabilização dos infratores<sup>392</sup>.

Conclui-se, por conseguinte, que todos os direitos são positivos, eis que criados e reconhecidos pela ação estatal, incluindo-se aí mesmo os direitos tradicionalmente tratados como negativos, tais quais o direito de propriedade, a liberdade de expressão, a liberdade de contratar, o direito de votar, dentre outros<sup>393</sup>. Nenhum desses direitos sequer existiria se não fosse a atuação do Estado por meio de um gigantesco aparato legislativo, administrativo e judicial. E obviamente a manutenção desta estrutura defensiva dos direitos demanda a alocação de recursos escassos, daí porque se pode dizer que, além de positivos, todos os direitos tem um custo.

---

que maneira? A resposta é muito simples: pela omissão. Ou seja, as constituições clássicas não *politizaram* a esfera do econômico. Não a alçaram explicitamente ao nível constitucional para lhe estabelecer esta ou aquela diretriz ou condição de funcionamento. Fizeram-no de maneira oblíqua ou até velada, pois ao limitarem drasticamente as investidas do Estado sobre a área própria aos particulares estavam, na realidade, assegurando a estes últimos todas as condições para movimentarem a seu bel prazer os bens de produção ou de consumo, pois entre aquelas prerrogativas individuais encontravam-se todas as necessárias para pôr em marcha os mercados: a propriedade, em termos virtualmente absolutos, e a liberdade de profissão e de contrato, vale dizer, de iniciativa econômica". NUSDEO, Fábio. **Op. cit.**, p. 107.

<sup>391</sup> "Direitos de propriedade existem porque posse e uso foram criados e regulamentados por lei". HOLMES, Sthefen; SUNSTEIN, Cass. **Op. cit.**, p. 60. Tradução livre.

<sup>392</sup> "A lei criminal (infringindo punições) e a lei civil (exigindo restituição ou compensação) conduzem a uma guerra de duas frentes, permanente e publicamente financiada contra aqueles que ofendem os direitos dos proprietários". **Ibid.**, p. 60-61. Tradução livre.

<sup>393</sup> GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 208.

### 3.1.2 Todos os direitos tem um custo

Já há algum tempo a doutrina vem alertando para a inexatidão da distinção em torno da natureza da atuação estatal frente aos direitos de primeira e segunda dimensões, considerando que todos os direitos necessitam de serviços desempenhados pelo Estado e demandam recursos para serem mantidos e executados. Os serviços policiais e judiciais, por exemplo, são imprescindíveis para se garantir a plena defesa da propriedade privada, dentre outros bens classicamente identificados como direitos de primeira dimensão e de caráter negativo.

Holmes e Sunstein asseveram que a cada dia, a cada hora, catástrofes privadas são evitadas ou mitigadas às expensas do Poder Público<sup>394</sup> e que o governo americano gasta anualmente bilhões de dólares com a manutenção dos tribunais judiciais<sup>395</sup>, além de inúmeros outros órgãos mantidos com recursos do orçamento estatal e destinados a garantir a defesa dos direitos de liberdade e propriedade, demonstrando que "todos os direitos são custosos porque todos os direitos pressupõem financiamento pelo contribuinte de uma maquinaria de efetiva supervisão para monitoramento e execução"<sup>396</sup>.

O estudo de Holmes e Sunstein, como anota Sgarbossa, deixou evidente o grande consumo de recursos públicos necessário a garantir o respeito a direitos civis ou clássicos tais como a segurança pública, a proteção da propriedade e a execução de contratos, esvaziando e pondo por terra a tradicional distinção entre os direitos de defesa e os direitos prestacionais essencialmente baseada nos custos, "na medida em que demonstrou que *todos os direitos custam dinheiro*, e que muitos dos direitos tidos como negativos custam muito dinheiro"<sup>397</sup>.

Sabe-se que o ordenamento jurídico garante ao titular do direito de propriedade uma série de prerrogativas, dentre elas a exclusividade, sendo dado ao proprietário

---

<sup>394</sup> "Todo dia, toda hora, catástrofes privadas são evitadas e mitigadas por gastos públicos que são por vezes altos, até mesmo maciços, mas que frequentemente ficam desconhecidos". HOLMES, Sthefen; SUNSTEIN, Cass. **Op. cit.**, p. 14. Tradução livre.

<sup>395</sup> **Ibid.**, p. 54. Tradução livre.

<sup>396</sup> **Ibid.**, p. 44. Tradução livre.

<sup>397</sup> SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 242.

"proibir que terceiros exerçam sobre a coisa qualquer senhorio"<sup>398</sup>. Apesar de atualmente já relativizada com vistas à função social da propriedade também contemplada no ordenamento (v.g. os casos de servidão ou desapropriação), é o caráter exclusivo da propriedade que garante ao proprietário o chamado *direito de sequela*, consubstanciado no poder de seguir a coisa onde quer que esteja e retomá-la de quem a possui injustamente<sup>399</sup>. Tal prerrogativa real, contudo, não autoriza como regra geral que o proprietário se valha das próprias forças para recuperar a posse (autodefesa ou desforço *incontinenti*), o que somente é permitido em caráter excepcional "quando a agressão à posse se realiza em circunstâncias que exigem pronta, enérgica e imediata repulsa"<sup>400</sup>.

Fora dessas situações excepcionais de autodefesa, somente resta ao proprietário recorrer ao Poder Público para fazer respeitar o seu direito de propriedade, cuja efetividade, portanto, também depende da ação estatal, por intermédio dos organismos policiais ou da via judicial, residindo aí o aspecto igualmente *positivo* do direito de propriedade. Cumprindo ao Estado proteger a propriedade privada contra a ação ilícita de terceiros, não se olvida de que isso, no mais das vezes, demanda altos custos para o erário.

À guisa de exemplo, cite-se o recente caso da invasão do prédio abandonado do antigo hotel Torre Palace, localizado no Setor Hoteleiro Norte, área nobre de Brasília, que havia sido ocupado por doze adultos e quatro crianças. Para assegurar a reintegração de posse, no interesse dos proprietários do hotel, a Polícia Militar do Distrito Federal empreendeu esforços e recursos na bagatela suficiente para viabilizar a utilização de dois helicópteros e cerca de duzentos homens do Batalhão de Choque e do Batalhão de Operações Especiais, contando ainda com o auxílio do Corpo de Bombeiros<sup>401</sup>. Esse singelo episódio, seguindo a mesma lógica empregada por Stephen Holmes e Cass Sunstein no tocante ao caso do incêndio em Westhampton, serve para mostrar quão ilusória se revela a tese de que os direitos fundamentais de primeira dimensão não geram custos para o Estado e de que somente os direitos sociais seriam marcados por tais custos.

---

<sup>398</sup> GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 97.

<sup>399</sup> **Ibid.**, p. 256.

<sup>400</sup> **Ibid.**, p. 86.

<sup>401</sup> Notícia disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/06/com-helicoptero-e-bomba-pm-do-df-desocupa-torre-palace-apos-5-dias.html>. Acesso em 06/06/2016.

Consoante bem assinala José Casalta Nabais, o tema dos deveres e dos custos durante muito tempo ficou fora de moda, revelando-se com uma "face oculta dos direitos".<sup>402</sup> Tal qual a face oculta da lua, a face oculta dos direitos, "não obstante não se ver, é absolutamente necessária para a compreensão correta do lugar do indivíduo e, por conseguinte, da pessoa humana em sede de direitos fundamentais ou dos direitos do homem"<sup>403</sup>. Assevera o autor que não existem direitos fundamentais "de borla" (de graça), pois, "a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua proteção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros"<sup>404</sup>.

Também criticando o que chama de uma distorção da tese estrutural dos direitos fundamentais sociais, Marcos Sampaio considera ser necessário "desconstruir a comum afirmação de que somente eles possuem custos"<sup>405</sup>. Na mesma intelecção, Ana Carolina Olsen assevera que "todos os direitos, desde os tradicionalmente concebidos como direitos a prestações, até os direitos 'de liberdade' ou de defesa, implicam a realização de despesas públicas"<sup>406</sup>. Ingo Sarlet,

---

<sup>402</sup> "Estou seguro de que o objeto, que escolhi para esta minha exposição, não está na moda nos tempos que correm. A bem dizer não está na moda há muito tempo. Pois a linguagem politicamente correta deste tempo, que é nosso, não ousa falar senão de liberdade e dos direitos que a concretizam. Compreende-se assim que a outra face, a face oculta da liberdade e dos direitos, que o mesmo é dizer da responsabilidade e dos deveres e custos que a materializam, não seja bem-vinda ao discurso social e político nem à retórica jurídica. E, todavia, eu proponho-me falar-vos dos deveres e dos custos dos direitos, da face oculta do estatuto constitucional do indivíduo". NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, ano 3, ano 2, 2002, p. 09-30.

<sup>403</sup> **Ibid.**

<sup>404</sup> **Ibid.** Explica Nabais que, "do ponto de vista dos custos comunitários, que o mesmo é dizer do ponto de vista dos custos para os contribuintes, a tradicional e arraigada distinção dicotômica, quando não mesmo maniqueísta, entre direitos negativos ou direitos de liberdade e direitos positivos ou direitos de prestações, não faz o menor sentido. Na verdade, não obstante o enorme poder de atração que vem exercendo sobre a doutrina, em virtude do potencial de simplificação, que como linguagem dicotômica ou binária inevitavelmente contém, sobretudo face à atual realidade jusfundamental em expansão quase até o infinito, estamos frente a uma distinção praticamente inútil. Por conseguinte, não há direitos fundamentais de borla. Efetivamente todos eles tem custos financeiros públicos. Sendo certo que, ao contrário do que a rejeitada distinção pretende fazer crer, os clássicos direitos e liberdades não só assentam em custos públicos, como assentam em custos públicos com efeitos visivelmente regressivos". **Ibid.**

<sup>405</sup> SAMPAIO, Marcos. **Op. cit.**, p. 74. Acrescenta o autor que "a distorção consiste em afirmar que os direitos civis são negativos, não onerosos e de fácil proteção, enquanto os sociais seriam direitos positivos, custosos, tendo, conseqüentemente, sua realização condicionada às possibilidades fáticas e econômicas. Tal posição é reforçada pela indeterminabilidade e vagueza dos direitos sociais, que não deixam suficientemente claro nem qual a conduta que obrigam nem quem são os sujeitos obrigados. Finalmente, por serem considerados direitos de dimensão coletiva, não seriam suscetíveis de certas formas de tutela jurisdicional". **Ibid.**, p. 86.

<sup>406</sup> OLSEN, Ana. **Op. cit.**, p. 186-187. Embasando-se na obra "The cost of rights", dos autores americanos Cass Sustein e Stephen Holmes, aduz Olsen que "a própria classificação de direitos puramente negativos - que demandam mera abstenção do Estado, e por isso seriam economicamente indiferentes - e direitos positivos - a demandarem prestações do Estado, para as

endossando opinião sustentada por Gustavo Amaral e Flávio Galdino, considera que mesmo os direitos de liberdade e de defesa "exigem - para a sua realização - um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e implementação"<sup>407</sup>.

Galdino alude, inclusive, aos direitos políticos, tidos como direitos fundamentais de primeira dimensão, com destaque para o "sagrado direito de votar", cujos custos, para o erário, são de altíssima monta; direitos que simplesmente não existiriam sem prestações estatais de amplo conteúdo econômico, bastando imaginar o quanto se consome nas eleições presidenciais brasileiras, considerando "desde os acréscimos nos vencimentos dos magistrados que integram a Justiça Eleitoral até o montante monstruoso despendido com a informação do procedimento de votação e apuração"<sup>408</sup>. Tão estreita se mostra a relação entre direitos e custos que Galdino, na mesma linha do pragmatismo de Holmes e Sunstein, chega ao ponto de considerar os custos como da própria *essência dos direitos*, ou seja, como um dado integrante do seu conceito<sup>409</sup>, aspecto que enfrentaremos mais à frente, quando tratarmos do regime jurídico da reserva do possível (item 3.2).

Ponto comum entre estes autores citados está, portanto, na assertiva de que, sejam quais forem os direitos, todos eles implicam custos para o Estado, não mais havendo, na atual quadra dos estudos sobre os direitos fundamentais, motivo para se diferenciar, sob tal aspecto, os tradicionais direitos de defesa e os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais), já que ambas as categorias demandam custosas ações positivas a cargo do Estado.

Contudo, sem embargo da lógica subjacente ao raciocínio, dita assertiva é merecedora de algumas reflexões adicionais que a seguir pretendemos desenvolver, levando em conta a natureza das prestações a serem fornecidas pelo Poder Público e a maneira como, na prática, são arcados os seus respectivos custos.

---

quais seria necessário efetuar despesas - foi não só questionada pelos autores como demonstrada imprópria e inútil". **Ibid., loc. cit.**

<sup>407</sup> SARLET, Ingo. **Op. cit.**, p. 293.

<sup>408</sup> GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 208-209, nota de rodapé.

<sup>409</sup> **Ibid.**, p. 210-211.



### 3.1.3 O custo dos serviços públicos gerais e singulares

Não mais se duvida de que todos os direitos dependem de prestações estatais positivas em sentido amplo e de que, sejam quais forem tais prestações, elas envolvem custos significativos. Mas a partir disso não se deve concluir que inexistam diferenças substanciais nos critérios de arrecadação e direcionamento dos recursos públicos para fazer frente aos custos dos direitos de defesa e dos direitos a prestações em sentido estrito.

A inteligência de que todos os direitos tem custos, assertiva com a qual concordamos, traz à baila a frase cunhada por Milton Friedman, renomado economista da Escola de Chicago e prêmio Nobel de Economia em 1986: *Não existe almoço grátis!*<sup>410</sup>. Poderíamos, então, seguindo a mesma lógica, dizer que não existe direito grátis, porque todos os direitos, e especialmente aqueles que dependem da efetiva atuação do Estado, custam dinheiro.

Registre-se que não estamos empregando aqui a expressão "grátis" apenas no sentido de dispensar pagamento por parte de quem se beneficia dos bens ou dos serviços fornecidos pelo Estado. É juridicamente possível - e a própria Constituição alberga tal possibilidade - que direitos sejam usufruídos de forma gratuita. Cite-se a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais de que trata o art. 206, IV da Carta Magna, bem assim a educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (art. 208, I).

Gratuidade, todavia, não significa ausência de custos e seu pagamento, porque tudo que depende da prestação de serviços e do emprego de bens materiais tem um custo econômico para ser produzido e disponibilizado, excluindo-se apenas alguns poucos bens abundantes<sup>411</sup>. De fato, para executar as suas funções,

---

<sup>410</sup> Argumentando sobre o impacto dos custos governamentais, o economista americano proferiu a seguinte palestra: FRIEDMAN, Milton. **O mito do almoço grátis**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=bSnoOJ0EiOc>. Acesso em 06/06/2016.

<sup>411</sup> Ao longo deste estudo, por diversas vezes estaremos empregando o termo "bem" no sentido que lhe é dado pela Economia. Denomina-se *bem econômico* "todo aquele dotado de utilidade e cujo suprimento seja escasso. Em duas palavras, o bem econômico é aquele útil e escasso". NUSDEO, Fábio. **Op. cit.**, p. 29. Portanto, o conceito abarca não apenas os bens materiais (v.g. alimentos,

construindo obras públicas e fazendo funcionar a máquina administrativa, o Estado fiscal moderno, ainda que do tipo Estado Social<sup>412</sup>, vale-se de recursos materiais em grande parte fornecidos pelo mercado, sob regime de preços, assim como conta com o labor de pessoas físicas que, sob os mais variados vínculos, colocam a sua força de trabalho a serviço do interesse público, devendo ser por isso remuneradas<sup>413</sup>. Logo, se um serviço público que, sob o ponto de vista econômico, sempre terá um custo, vem a ser tratado juridicamente como "gratuito", o que na prática está acontecendo é que o indivíduo que se beneficia desse serviço não é o mesmo indivíduo que arca diretamente com o respectivo custo. Vale dizer, alguém está pagando a conta por ele ou, no mínimo, ele não está pagando sozinho esta conta.

Os recursos que o Estado despense no combate a um determinado incêndio não são diretamente arcados pelos proprietários dos imóveis atingidos pelas chamas, da mesma forma que a vítima de um roubo não assume os custos de manutenção dos serviços na delegacia ou das diligências de investigação policial voltadas para o seu caso; o cidadão atendido no serviço de emergência do hospital público não restitui o preço dos medicamentos que lhe foram aplicados ou o salário da enfermeira e do médico que lhe assistiram. O serviço estatal, nesse sentido específico, apesar de *gratuito* (para o beneficiado), tem custos, cabendo, sim, ao Estado direcionar os recursos necessários a cobri-los.

---

medicamentos, livros, roupas, veículos, imóveis etc.), mas, também, a prestação material de serviços por meio do trabalho humano.

<sup>412</sup> Segundo Nabais, "o Estado fiscal conheceu duas modalidades ou dois tipos ao longo da sua evolução: o Estado fiscal liberal, movido pela preocupação de neutralidade econômica e social, e o Estado fiscal social economicamente interventor e socialmente conformador. O primeiro, pretendendo ser um Estado mínimo, assentava numa tributação limitada - a necessária para satisfazer as despesas estritamente decorrentes do funcionamento da máquina administrativa do Estado, que devia ser tão pequena quanto possível. O segundo, movido por preocupações de funcionamento global da sociedade e da economia, tem por base uma tributação alargada - a exigida pela estrutura estadual correspondente". NABAIS, José Casalta. **Op. cit.**

<sup>413</sup> Como salienta Luciano Benetti, "numa economia capitalista e monetizada tudo passa a ter um preço para disponibilização e para utilização das pessoas. Portanto, mesmo que o constituinte entenda que exista um serviço público que deva ser prestado pelo Estado ou por alguma entidade privada que sirva como sua concessionária ou permissionária, em razão da sua essencialidade, este serviço custará um preço, e este preço terá que ser pago em moeda (aos fornecedores, servidores etc.). De modo que a realização de direitos sociais (como quaisquer outros) - via serviços públicos e políticas assistenciais - tem um custo, o qual será suportado pelo recolhimento de tributos". TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56.

Dizer, portanto, que todos os direitos são positivos (no sentido de demandarem ações estatais) e que tem um custo a ser financiado pelo Estado soa como uma trivialidade que dispensaria maiores digressões, não fosse a tentativa retórica de, calcado nisso, buscar-se justificativas constitucionais para que o Estado arque com os custos dos direitos sociais da mesma forma e na mesma amplitude com que o faz em relação aos direitos de defesa, sem atentar para o fato de que, num ou noutro caso, o modo como o Estado protege *gratuitamente* os direitos fundamentais há de levar em conta os interesses da comunidade como um todo e não apenas o interesse individual daquele que se beneficia do bem ou serviço prestado pelo Poder Público.

Não se discute que os serviços gratuitos prestados pelo Estado, na prática, beneficiam alguns indivíduos e não outros, variando as necessidades individuais. Alguém que jamais venha a ser vítima de um crime ou de um incêndio em sua propriedade nunca precisará procurar uma delegacia ou chamar os bombeiros, ao passo que um outro cidadão pode vir a usufruir de tais serviços com maior intensidade. O mesmo se diga do atendimento de saúde, onde as particularidades são mais evidentes a depender do quadro de cada paciente. Porém, mesmo se individualizando as prestações a cargo do Estado, o atendimento gratuito das necessidades segue parâmetros direcionados a todos os potenciais usuários do serviço público colocado à disposição da coletividade, levando-se em conta todos os indivíduos que possam estar na mesma situação de carência da prestação pretendida.

Ainda que se reconheça que a atuação estatal no sentido de proteger os direitos de primeira dimensão também demandam prestações positivas e custos consideráveis, tal se dá, em regra, por meio de serviços públicos gerais (*uti universi*), direcionados à coletividade<sup>414</sup>. Tais serviços geralmente são custeados com

---

<sup>414</sup> Na doutrina do Direito Administrativo, é clássica a distinção feita entre os serviços públicos individuais (*uti singuli*) e os coletivos (*uti universi*): “Serviços *uti singuli* são aqueles que têm por finalidade a satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos. Pelo conceito restrito de serviço público adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, só esta categoria constitui serviço público: prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pela comunidade. Entram nessa categoria determinados serviços comerciais e industriais do Estado (energia elétrica, luz, gás, transportes) e de serviços sociais (ensino, assistência e previdência social). Os serviços *uti universi* são prestados à coletividade, mas usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos. É o caso dos serviços de defesa do país contra o inimigo externo, dos serviços diplomáticos, dos serviços administrativos prestados internamente pela Administração, dos trabalhos de pesquisa científica, de

recursos oriundos da arrecadação de tributos unilaterais (impostos), isto é, tributos não vinculados a uma contraprestação específica em prol do contribuinte, ao contrário das taxas, que são tributos bilaterais, vinculados a uma contraprestação específica, assim como as tarifas e preços públicos.

Há serviços tais como a polícia, as forças armadas e a diplomacia, os quais, em razão do caráter indivisível, revelam-se essencialmente como "bens públicos" no sentido econômico, sendo, pois, custeados por impostos, de modo que os indivíduos que deles usufruem não arcam diretamente com seu custo na medida em que deles se beneficiam<sup>415</sup>. Outros serviços, por sua vez, apesar de divisíveis, satisfazendo distintas necessidades individuais, tem a sua gratuidade imposta pela Constituição, ou seja, ainda no sentido econômico, são "bens públicos por imposição constitucional", os quais também devem ser custeados por impostos<sup>416</sup>.

Dita imposição constitucional atende aos reclamos do Estado Social, na medida em que busca repartir solidariamente os custos na satisfação de necessidades individuais relacionadas a direitos fundamentais, nas áreas consideradas prioritárias pela Lei Maior. Eventual solução fiscal que se pretendesse dar ao custeio dessas necessidades, substituindo-se a tributação por meio de impostos pela tributação por meio de taxas, de maneira a impor a cada usuário do serviço público o correspondente pagamento das despesas decorrentes do seu atendimento, poderia implicar ofensa ao mandamento constitucional<sup>417</sup>.

---

iluminação pública, de saneamento". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 151.

<sup>415</sup> "Um bom número de tarefas do Estado, que constituem o núcleo clássico da estadualidade, tem a natureza de 'bens públicos'. É o que acontece com as tarefas estaduais relativas à polícia e às políticas externa, econômica, de defesa etc., as quais, porque satisfazem apenas necessidades coletivas, sendo insuscetíveis de individualização nas suas vantagens ou benefícios e de divisão dos correspondentes custos, tem de ser financiadas através de impostos". NABAIS, José Casalta. **Op. cit.**

<sup>416</sup> "Há tarefas estaduais que, embora satisfaçam necessidades individuais, sendo portanto seus custos suscetíveis de ser divididos pelos cidadãos, por imperativas constitucionais, não podem, no todo ou em parte, ser financiadas senão por impostos. Assim ocorre na generalidade dos atuais estados sociais, em que a realização de um determinado nível de direitos econômicos, sociais e culturais tem por exclusivo suporte financeiro os impostos. Como exemplo podemos referir, tendo em conta a Constituição portuguesa, a gratuidade do ensino básico, dos serviços de saúde para os que não podem pagá-lo, da segurança social relativamente aqueles que economicamente não podem contribuir para o sistema, dos serviços de justiça no respeitante aos que não podem suportar a respectiva taxa, etc. Pois bem, em casos deste tipo, que podemos considerar de 'bens públicos' por imposição constitucional, nos deparamos com tarefas estaduais que não de ser financeiramente suportadas por impostos". **Ibid.**

<sup>417</sup> Para Nabais, "uma tal solução atentaria contra o sentido essencial do Estado Social, pois, ao fazer apelo a um dominante sistema de taxas, corria o risco de cair numa situação a que *Adolfo Wagner*, tendo presente uma época em que o peso do Estado estava longe do atual, designou por 'comunismo a favor das classes possidentes'". **Ibid.**

A distinção das espécies de receitas, em razão da origem dos recursos e da contraprestação, também se aplica à realidade dos EUA. Como assinalam Holmes e Sunstein, os direitos individuais dos americanos, incluindo o direito à propriedade privada, costumam ser financiados por impostos (*taxes*) arrecadados junto à comunidade como um todo, não importando quem seja o beneficiário direto dos serviços, ao contrário do que acontece quando um serviço é financiado por taxas (*fees*) pagas em função do benefício especificamente fruído pelo contribuinte por meio do serviço. É precisamente essa fórmula de financiamento, por meio de impostos e não de taxas, que leva os autores a concluir que "direitos individuais são bens públicos, e não privados"<sup>418</sup>. Vale dizer, *públicos* porque custeados por todos e não apenas pelo titular do direito.

Destarte, uma vez custeados por impostos e por estarem colocados à disposição da coletividade como um todo, os serviços públicos gerais (*uti universi*), em regra, não devem comportar exigências divisíveis e diferenciadas por parte daqueles que deles necessitam. É o caso da segurança pública, colocada à disposição de todos os cidadãos de maneira geral e indivisível. Não se concebe, por exemplo, que um cidadão possa pleitear do Estado um reforço diferenciado de vigilância policial em sua residência, apenas com a pretensão de reduzir potencialmente o risco de assaltos. Como regra, terá de se contentar com os meios ordinários empregados pela polícia para diminuir a criminalidade que incomoda a todos, ainda que possa haver reforço de vigilância em determinados bairros, ruas ou até mesmo em prol de determinados indivíduos, por razões específicas de interesse público que justifiquem um tratamento diferenciado, mas sem prejuízo do serviço como um todo.

Os clássicos direitos fundamentais de primeira dimensão, ainda que tenham sido idealizados a partir de uma perspectiva liberal individualista, são também marcados por uma dimensão *objetiva*, considerado o seu significado para a vida social<sup>419</sup>. De modo que as políticas públicas adotadas nessa área (e, por

---

<sup>418</sup> "Os direitos individuais dos americanos, incluindo o direito de propriedade privada, são geralmente financiados por impostos, não por taxas. Esta importante fórmula de financiamento sinaliza que, sob as leis americanas, direitos individuais são bens públicos e não bens privados". HOMES, Sthefen; SUNSTEIN, Cass. **Op. cit.**, p. 21. Tradução livre.

<sup>419</sup> Enfocando as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, Marcos Sampaio leciona que a *dimensão objetiva* "protege o direito fundamental como um valor da coletividade, admitindo, deve-se frisar, que se possa, no caso concreto, haver uma supressão dele para um indivíduo. (...) A dimensão objetiva fundamenta restrições a direitos subjetivos individualistas, já que a satisfação de

consequente, a alocação de recursos orçamentários para fazer frente aos respectivos custos) devem ter em vista a satisfação de interesses da coletividade como um todo, sendo, por isso, planejadas e organizadas com base em estudos estatísticos que direcionem o melhor atendimento possível da demanda.

Já os direitos fundamentais de segunda dimensão, em que pese tenham uma dimensão objetiva que se revela por meio da prestação de serviços gerais colocados à disposição de toda a população sob a forma de serviços *uti universi* (v.g., hospitais, postos de saúde, escolas públicas, transporte etc.), contém a peculiaridade de, por força também da sua dimensão subjetiva, frequentemente demandarem a prestação de serviços públicos singulares (*uti singuli*), admitindo-se que cada indivíduo, por razões particulares, possa dirigir ao Estado uma pretensão voltada a prestação material essencialmente divisível, como a entrega de medicamento, a realização de procedimento cirúrgico complexo, a matrícula em estabelecimento de ensino público, o fornecimento de habitação etc. Sob o ponto de vista jurídico-econômico, são, como dito, "bens públicos por imposição constitucional" e, portanto, também custeados por impostos.

Destacando essa diferença de prestações nos dois tipos de direitos fundamentais, José Reinaldo de Lima Lopes explica que os custos dos direitos sociais não funcionam exatamente como os dos direitos de liberdade, devendo-se distinguir, por exemplo, a natureza das prestações entre os serviços de segurança e justiça e o serviços de saúde e educação<sup>420</sup>. Explica o seu ponto de vista, argumentando que segurança e justiça sempre foram tratados como bens coletivos e de caráter universal, isto é, postos à disposição do público em geral, de modo impessoal e organizados com base em estatísticas para atender adequadamente a todos os casos. Assim, "a parte que provoca a autoridade do Estado (tribunais ou polícia, por exemplo) não vai obter do Estado um serviço cujo custo varia consideravelmente em função dos interesses que quer defender"<sup>421</sup>. Inexiste uma

---

um direito fundamental de um indivíduo poderá comprometer direitos e bens jurídicos de toda a sociedade (...) quando se trata de um direito fundamental como direito subjetivo, parte-se da noção dele como pressuposto autorizador que permite ao titular do direito exigir, mesmo judicialmente, o cumprimento da obrigação objeto da norma". SAMPAIO, Marcos. **Op. cit.**, p. 69-71.

<sup>420</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Em torno da "reserva do possível"**. In: SARLET; TIMM, *op. cit.*, p. 156-159.

<sup>421</sup> **Ibid.**, p. 158.

relação direta e proporcional entre o custo de tais serviços estatais e o benefício que o interessado se propõe a obter<sup>422</sup>.

No caso dos direitos sociais, Lopes ressalta ainda que, a partir de quando foram desvinculados dos direitos trabalhistas e vieram se ampliando sob a forma de prestações assistenciais a cargo do Estado, eles adquiriram caráter universal (*uti universi*)<sup>423</sup>. Ao lado disso, considerando que tais prestações positivas buscam atender a variados tipos de necessidades individuais, de maneira semelhante às que são prestadas pela iniciativa privada no regime de mercado, abriu-se então possibilidade a que fossem supridas carências específicas de cada usuário, nos moldes de um serviço público singular (*uti singuli*), o que fica bem evidenciado quando se observa a variedade de atendimentos na área da saúde pública<sup>424</sup>. Contudo, adverte o autor, inobstante devam ser planejados pelo Poder Público levando em conta as diferentes prestações concretas, conforme a condição social e necessidade pessoal de cada usuário, não se pode perder de vista que todos os serviços sociais prestados pelo Estado, inclusive os de saúde e educação, sempre ostentam um caráter essencialmente universal<sup>425</sup>.

---

<sup>422</sup> "A liberdade exige, para ser gozada universalmente por todos, um aparelho ou uma autoridade mantida com recursos de todos. A manutenção da autoridade é um custo social e um custo distribuído segundo critérios definidos nos grandes arranjos políticos e tributários de qualquer sociedade. Quem precisa da defesa de seus direitos de liberdade ou mesmo de seus direitos patrimoniais tradicionais, gasta recursos públicos que serviriam ao pagamento e manutenção da infraestrutura estatal. Mas não há necessária relação entre o custo de um processo judicial em particular e o benefício que o interessado obtém desse processo. Uma ação de despejo de valores módicos ou mesmo pequenos vale-se exatamente dos mesmos recursos que uma ação de grande complexidade jurídica, ou de uma ação que envolva grandes recursos para as partes envolvidas. O custo do aparelho judicial não me parece diretamente proporcional aos interesses em jogo e não joga, neste aspecto, um papel distributivo". *Ibid.*, p. 157-158.

<sup>423</sup> "Inicialmente os direitos sociais se aplicavam apenas a determinados grupos, tidos por vulneráveis. Assim, direitos de seguro de acidentes de trabalho, direitos trabalhistas e outros mais determinados, diziam respeito apenas a quem tivesse um emprego ou estivesse em uma relação de trabalho formalmente definida. Com o sistema atualmente vigente no Brasil, os direitos sociais foram desvinculados dos direitos trabalhistas e foram chamados universais". *Ibid.*, p. 156.

<sup>424</sup> "Nem todos ficarão doentes da mesma doença e nem todos custarão mais ou menos a mesma coisa para serem tratados. E isto porque ao garantir um direito à saúde ou um direito à educação, o que se garante é realmente uma prestação positiva que será diferente conforme a condição social e pessoal de cada indivíduo ou grupo. Grupos de idade, ou de etnia, ou de gênero ou mesmo geográficos precisarão de coisas diferentes em proporções diferentes". *Ibid.*, p. 158.

<sup>425</sup> "A justiça e segurança são de acesso universal, mas sua organização assume caráter estatístico. (...) Os direitos à saúde e à educação tem caráter bastante semelhante, ressalvado o fato de suas respectivas prestações também estarem disponíveis no mercado como mercadorias que se podem adquirir individualmente. (...) O serviço de saúde (e um pouco menos o de educação) tem um custo que depende diretamente da espécie de interesse que se quer atender no caso concreto. (...) Nestes termos, a prestação do serviço requer um planejamento que se baseia em estatísticas. Isto não equivale a negar que as estatísticas não cobrem todos os casos singulares, mas o que se pode dizer é que a prestação, para ter algum caráter universal, deve sustentar-se 'no que acontece no mais das

Um simples olhar na história revela que enquanto os direitos fundamentais de liberdade foram idealizados a partir de uma dimensão essencialmente subjetiva e vieram aos poucos sendo relativizados sob o prisma da sua dimensão objetiva, ou seja, com vistas aos interesses da sociedade (v.g. a função social da propriedade), os direitos sociais parecem ter caminhado em sentido inverso, pois originariamente concebidos sob o ângulo do interesse da coletividade, vieram gradativamente sendo também marcados por uma forte dimensão subjetiva, como *direitos fundamentais sociais*, reconhecendo-se aos seus titulares o direito subjetivo de demandarem diretamente do Estado prestações individualizadas. Seja como for, são muito variáveis as necessidades individuais direcionadas a prestações materiais por parte do Estado, não se podendo ignorar as implicações coletivas decorrentes do custo do seu atendimento.

Trazendo a questão para o campo da ciência econômica, com vistas à *função alocativa* do governo e as necessidades experimentadas pelos indivíduos, pode-se dizer que as prestações fornecidas pelo Estado em caráter universal, para atender pretensões relacionadas a direitos fundamentais de primeira dimensão, normalmente tem o seu orçamento alocado com vistas ao fornecimento geral de bens de consumo *não rival* (ou coletivos), ou seja, conforme um padrão em que o consumo por um indivíduo não afete o consumo por outro<sup>426</sup>.

O padrão de consumo não rival se observa facilmente em serviços públicos tais como os de defesa civil, o corpo de bombeiros e o policiamento em geral, eis que colocados à disposição de todos de maneira uniforme. Ainda que determinado indivíduo necessite de uma prestação por parte de algum desses serviços, isso não afetará o interesse dos demais indivíduos que podem ser atendidos segundo o mesmo padrão, dentro das reais possibilidades do serviço.

---

vezes'. As regras não são feitas para os casos excepcionais, e tampouco o são os planos". **Ibid., loc. cit.**

<sup>426</sup> "O consumo de um bem é *não rival* (ou não satisfaz o princípio da exclusão) quando o consumo por um indivíduo não diminui a quantidade a ser consumida pelos demais indivíduos. O serviço meteorológico é um exemplo de bem de consumo não rival". VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 194. Fábio Nusdeo, na mesma linha, aponta que os bens coletivos "não estão sujeitos ao princípio da exclusão, ou seja, eles podem atender concomitantemente à necessidade de um grupo mais ou menos amplo de pessoas e, até mesmo, dos cidadãos de um país, como um todo. (...) um grande número de bens apresenta esse caráter coletivo. Um concerto, uma aula, um ônibus ou o metrô, uma praça, uma estrada, um teatro, um estádio. Em comum eles tem a característica supradefinida de poderem atender ao mesmo tempo um grupo razoavelmente grande de pessoas. Daí a ideia de coletividade". NUSDEO, Fábio. **Op. cit.**, p. 35.



Quando a prestação se dá em caráter singular - como costuma acontecer em grande parte das prestações materiais relacionadas a direitos fundamentais sociais - no mais das vezes está-se diante de bens de consumo *rival* (ou exclusivos), em que o consumo de um bem por determinado indivíduo exclui automaticamente o consumo por outros indivíduos<sup>427</sup>. Tal ocorre, v.g., quando se pleiteia do Estado a internação num leito de UTI de hospital da rede de saúde pública, que enquanto ocupado por um indivíduo, não poderá servir a outro; ou a matrícula numa universidade pública em que haja número limitado de vagas frente à quantidade de estudantes interessados; ou a inclusão em cadastro de acesso a moradias populares construídas pelo Estado.

Noutro giro, a depender do incremento de produção, dos avanços tecnológicos e do barateamento dos custos envolvidos, certos bens de consumo rival podem vir a ter a sua disponibilidade ampliada no mercado, de maneira a suprir necessidades de um número cada vez maior de usuários, adquirindo, com isso, um padrão de consumo semelhante aos dos bens de consumo não rival. Da mesma forma, políticas públicas poderão fazer com que bens de consumo rival venham a alcançar um nível de disponibilidade que os aproxime do padrão de consumo não rival.

Assim ocorre com determinadas prestações individuais relacionadas a serviços públicos de caráter geral, mas cuja dotação orçamentária já esteja planejada de modo a permitir um atendimento diferenciado consoante a necessidade específica de cada usuário. Cite-se o serviço público voltado ao fornecimento de medicamentos de alto custo, política pública que já foi adotada pelo Estado brasileiro

---

<sup>427</sup> "A função alocativa do governo está associada ao fornecimento de bens e serviços não oferecidos adequadamente pelo sistema de mercado. Esses bens, denominados *bens públicos*, tem por principal característica a impossibilidade de excluir determinados indivíduos de seu consumo, uma vez delimitado o volume de produção. O *princípio da exclusão* diz que quando o consumo do indivíduo A de determinado bem implica que ele tenha pago o preço do bem, o indivíduo B, que não pagou por esse bem, será excluído de seu consumo. Nesse sentido, diz-se que o consumo de um bem é *rival* (ou de consumo excludente) quando o consumo realizado por um agente exclui automaticamente o consumo por outros indivíduos (o consumo de um cafezinho é um exemplo)". VASCONCELOS, Marco; GARCIA, Manuel. **Op. cit.**, p. 194. Ressalte-se serem distintos os sentidos dados à expressão "bem público" no campo do Direito e da Economia, o que não afasta a lógica do raciocínio aqui construído. A nomenclatura varia, preferindo alguns autores valer-se da denominação *bens exclusivos*, que "são aqueles aptos a atenderem, a cada momento, à necessidade de um único indivíduo, como os alimentos e o vestuário. A porção de carne ou de peixe, ao saciar a fome de alguém, não estará saciando a fome de qualquer outro. A gravata quando ornamenta o pescoço do senhor A não pode estar no do senhor B. Diz-se que para esse tipo de bens vige o princípio da exclusão, a significar exatamente o que se acabou de dizer, isto é, o uso de um bem por parte de alguém *exclui* deste mesmo uso qualquer outra pessoa". NUSDEO, Fábio. **Op. cit.**, p. 35.

mediante a elaboração de uma relação nacional de medicamentos disponíveis pelo SUS, conforme veremos em tópico posterior. Porém, é preciso atentar que essa possibilidade sempre depende de uma série de variáveis atreladas ao padrão de consumo geral, do qual o Estado não pode se desvincular.

A distinção entre bens de consumo rival (exclusivos) e não rival (coletivos) não é da tradição dos estudos jurídicos, eis que elaborada para servir à ciência da Economia, como critério classificatório de bens econômicos. Sem embargo, a dicotomia será aqui empregada de maneira adequada, pela simples razão de que todos os serviços públicos devem ser tomados como bens econômicos, pois, como já vimos anteriormente, demandam custos e direcionamento de recursos por parte do Estado. Isso se aplica, inclusive, no âmbito das necessidades individuais envolvendo direitos sociais, por mais delicadas e trágicas que sejam as escolhas em termos de alocação dos recursos públicos disponíveis.

Os direitos sociais, tal como dispostos na Constituição Federal de 1988, a princípio devem ter a sua fruição razoavelmente garantida a todos, na condição de bens coletivos (consumo não rival), conforme as políticas públicas adotadas e mediante um planejamento orçamentário integrado que leve em conta as demandas da coletividade direcionadas ao Estado. A sua fruição individual, por sua vez, quando invocada sob a roupagem de um direito subjetivo, *a priori* os coloca na condição de bens exclusivos (de consumo rival), tornando necessário sopesar todos os aspectos jurídicos e econômicos envolvidos na decisão alocativa, para tanto considerando não apenas o direito fundamental que se pretende seja prioritariamente atendido pelo Estado, mas, também, eventuais direitos fundamentais cujas pretensões deixarão de ser atendidas em razão desta prioridade.

Tudo isso deve ser levado em conta quando se trata de delimitar o dever do Estado em termos de prestações materiais a serem fornecidas à população, daí porque não se olvida existir, em algum limite, uma margem de gastos possíveis de serem feitos pelo governo ou, em outras palavras, uma intransponível *reserva do possível*.

## 3.2 REGIME JURÍDICO DA RESERVA DO POSSÍVEL

### 3.2.1 Origem e importação para o direito brasileiro

Pode-se afirmar que a *reserva do possível* é uma categoria da ciência jurídica cuja criação deu-se por influência de um princípio clássico da ciência econômica, qual seja o *princípio da escassez*.

Consoante explica Ana Paula de Barcellos, a expressão "procura identificar o fenômeno econômico da limitação de recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas"<sup>428</sup>, de maneira que "pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo"<sup>429</sup>.

A essência do fenômeno econômico está na administração de *bens escassos*, tendo o conceito científico de Economia sido construído a partir do elemento *escassez*, enquanto fenômeno social sempre presente em qualquer agrupamento humano e em todos os tempos<sup>430</sup>.

---

<sup>428</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

<sup>429</sup> **Ibid.**, p. 237.

<sup>430</sup> A concepção de Economia como a ciência dos recursos escassos é atribuída ao economista britânico Lionel Robbins, que "definiu-a como ciência das ações humanas diante de recursos limitados com vários usos. Baseou sua definição no fato de que as necessidades humanas são infinitas, mas há apenas uma quantidade finita de recursos. Quando uma carência é atendida, outra lhe toma o lugar. Contudo, existem apenas recursos limitados (terra, mão de obra, empreendedorismo e capital) para satisfazer esses desejos. Escassez significa que nem todos os desejos podem ser atendidos. (...) A tensão entre necessidades ilimitadas e recursos limitados é a base da economia. Todo recurso tem um uso alternativo - por exemplo, se um campo é usado como pasto, ele não pode dar uma safra ao mesmo tempo. Isso significa ter de decidir a melhor maneira de usar os recursos. Robbins acreditava que esse fosse o problema de qualquer sociedade - decidir quais e quantos bens produzir, a fim de satisfazer os consumidores. É a própria escassez de recursos que lhes dá o valor que têm. Hoje a definição de Robbins é bastante aceita, mas há quem diga que a economia deve ser vista com mais amplitude - uma investigação de como as sociedades geram recursos ao longo do tempo". ROSA, Carlos S. Mendes (tradutor). **O livro da economia**. São Paulo: Globo, 2013, p. 171.

A ciência econômica é, na expressão de Buchholz, o "estudo da escolha"<sup>431</sup>. Como pontuam Marco Antônio Vasconcellos e Manuel Garcia, a Economia investiga "como o indivíduo e a sociedade decidem (escolhem) empregar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre as várias pessoas e grupos da sociedade, a fim de satisfazer as necessidades humanas"<sup>432</sup>. Se os recursos fossem livres e ilimitados frente às necessidades, ressalta Flávio Galdino, "sequer existiria a Economia, que se dedica precipuamente à questão de como produzir o máximo de bens econômicos a partir da escassez de recursos"<sup>433</sup>.

O problema da escassez é inexorável e se faz presente em todos os casos nos quais haja recursos limitados contrapostos a necessidades humanas<sup>434</sup>, o que ocorre sob qualquer nível de crescimento ou desenvolvimento e por mais tecnologia que se empregue<sup>435</sup>. Mesmo com a elevação do padrão de vida, a escassez se apresentará em algum grau, variando tão somente o tipo de necessidade<sup>436</sup>, daí ser ilusório imaginar que sociedades de países desenvolvidos e ricos não enfrentem contingências dessa natureza<sup>437</sup>.

---

<sup>431</sup> Na lição de Buchholz, a mensagem essencial da Economia é simples: "os seres humanos devem fazer escolhas difíceis. Nós não estamos mais no Jardim do Éden. O mundo não flui em leite e mel. Temos que escolher entre ar puro e carros velozes, casas maiores e parques maiores, mais trabalho e mais diversão. Os economistas não nos dizem que qualquer uma dessas coisas seja ruim. Eles apenas nos dizem que nós não podemos necessariamente ter todas elas - todas de uma vez. A ciência econômica é o estudo da escolha. Ela não nos diz o que escolher. Apenas nos ajuda a entender as consequências das nossas escolhas". BUCHHOLZ, Todd G. **Novas ideias de economistas mortos**. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 13-14.

<sup>432</sup> VASCONCELLOS, Marco; GARCIA, Manuel. **Op. cit.**, p. 2.

<sup>433</sup> GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 156.

<sup>434</sup> "A lei da escassez é uma lei férrea e incontornável, tendo submetido os homens ao seu jugo desde sempre, levando-os a se organizarem e a estabelecerem entre si relações específicas a fim de enfrentá-la ou, melhor falando, conviver com ela, atenuando-lhe o quanto possível a severidade". NUSDEO, Fábio. **Op. cit.**, p. 24.

<sup>435</sup> "Tal limitação é insuperável, malgrado os sucessos da tecnologia em empurrar sempre adiante o ponto de ruptura, quando o exaurimento dos bens disponíveis à espécie humana levaria, senão ao colapso, pelo menos à progressiva estagnação de todo o processo econômico, o qual, em última análise, consiste na administração dos recursos escassos à disposição dos habitantes deste planeta. Sim, porque os recursos escassos são sempre escassos, em maior ou menor grau, não importa". **Ibid.**, p. 24.

<sup>436</sup> "Em qualquer sociedade, os *recursos produtivos* ou *fatores de produção* (mão de obra, terra, matérias-primas, dentre outros) são limitados. Por outro lado, as necessidades humanas são ilimitadas e sempre se renovam, por força do próprio crescimento populacional e do contínuo desejo de elevação do padrão de vida". VASCONCELLOS, Marco; GARCIA, Manuel. **Op. cit.**, p. 2.

<sup>437</sup> "Independentemente do grau de desenvolvimento do país, nenhum deles dispõe de todos os recursos necessários para satisfazer todas as necessidades da coletividade. Tem-se então um problema de escassez: recursos limitados contrapondo-se a necessidades humanas ilimitadas. Em função da escassez de recursos, toda sociedade tem de escolher entre alternativas de produção e de distribuição dos resultados da atividade produtiva entre os vários grupos da sociedade". **Ibid.**, **loc.cit.**

Aumentando o padrão de vida da população, novas necessidades surgem e, ao lado delas, a exigência dos cidadãos perante o Poder Público no sentido de serem assegurados bens e serviços que, direta ou indiretamente, viabilizem o suprimento de tais necessidades<sup>438</sup>. Ademais, ainda que em determinados países seja alcançado um desejado padrão de desenvolvimento, basta haver um crise em determinado setor estratégico - como, por exemplo, o da geração de energia - para que, nas palavras de Edvaldo Brito, "apareçam apavorantes ilusões e desilusões quanto ao desenvolvimento"<sup>439</sup>.

Sendo constante o problema da escassez e tendo o Estado assumido o papel de propiciar a satisfação de parte considerável das necessidades individuais e coletivas, caberá ao Poder Público tomar decisões alocativas dos recursos disponíveis para fazer frente a tais demandas, o que, como aponta Dirley da Cunha Júnior, insere-se "no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da composição dos orçamentos públicos"<sup>440</sup>.

Não obstante se possa localizar ainda na Antiguidade ou na Idade Média antecedentes remotos da influência do princípio econômico da escassez no Direito<sup>441</sup>, a doutrina constitucionalista costuma destacar que o argumento jurídico da *reserva do possível*, nos moldes como hoje o compreendemos, foi inaugurado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1972, ao se decidir o caso *numerus clausus* (BVerfGE 33, 303), no qual se questionou o número insuficiente de vagas no curso superior de Medicina<sup>442</sup>, tendo a Corte, naquela

---

<sup>438</sup> "Essa é a *questão central do estudo da Economia*: como alocar recursos produtivos limitados para satisfazer todas as necessidades da população. Evidentemente, se os recursos não fossem limitados, ou seja, se não existisse escassez, não seria necessário estudar questões como inflação, desemprego, crescimento, déficit público, vulnerabilidade externa e outras. Mas a realidade não é assim, e a sociedade tem de tomar decisões sobre a melhor utilização de seus recursos, de forma a atender ao máximo das *necessidades humanas*". **Ibid., loc. cit.**

<sup>439</sup> BRITO, Edvaldo. **Op. cit.**, p. 21.

<sup>440</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 711.

<sup>441</sup> Pode-se de certa forma relacionar a reserva do possível ao preceito advindo do Direito Romano segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*). Aponta-se, ainda, que a racionalidade subjacente à reserva do possível encontra-se no "pensamento do *nec ultra vires* ou *secundum vires*, de acordo com o qual as comunidades deveriam cuidar convenientemente dos seus pobres *na medida de suas forças*, ficando assim a caridade, a filantropia e a assistência social condicionadas aos recursos disponíveis". Tal pensamento "remonta pelo menos ao século VI de nossa Era, tendo sido registrada nos anais do II Concílio de Tours, ocorrido na cidade francesa homônima, no ano de 576 d. C.". SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 128.

<sup>442</sup> "Em dois processos envolvendo o acesso de cidadãos ao curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique, as Cortes Administrativas solicitaram uma decisão da Corte Constitucional Federal a respeito da compatibilidade entre certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso (*numerus clausus*), e a Lei Fundamental. No lapso de tempo havido entre 1952 e 1967, o

ocasião, recusado a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade de vagas necessária a atender a todos os indivíduos interessados.

A cláusula da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) foi então empregada como parâmetro de razoabilidade, levando em conta aquilo que, racionalmente falando, um cidadão alemão poderia exigir da sociedade e do Poder Público<sup>443</sup>, tendo o Tribunal Constitucional aparentemente dado destaque secundário à questão financeira<sup>444</sup>. Sem embargo, examinando-se todos os fundamentos esposados pela Corte, percebe-se que não se olvidou do inevitável condicionamento das prestações materiais onerosas às possibilidades orçamentárias do erário, haja vista, inclusive, todo o conjunto das políticas públicas de que cumpre ao Estado cuidar, sempre ponderando entre os interesses individuais e os interesses da coletividade<sup>445</sup>. Apontou-se no julgamento que, na tensão indivíduo-coletividade, o legislador deve tomar em consideração as exigências do

---

número de estudantes nas universidades científicas da RFA praticamente dobrara; o número de primeiro-anistas passou de 25.000 para 51.000. O desenvolvimento das universidades, entretanto, não acompanhou esses números. Para que isso fosse necessário, as esferas governamentais teriam de disponibilizar mais de 7,7 bilhões de marcos, valores irrealistas se considerada a situação alemã do pós-guerra. Por conta disso, nos anos 60, cada vez mais escolas recorreram ao auxílio da regra do *numerus clausus*, existente desde os anos imediatos ao pós-guerra. O número de vagas para o ensino superior era limitado, e de fato não poderia atender a toda a população. Faltava, todavia, a base constitucional para esta regra. O recurso ao Tribunal Constitucional buscou solucionar esse problema". OLSEN, Ana. **Op. cit.**, p. 215.

<sup>443</sup> "Naquele caso, julgado em 18 de julho de 1972, analisou-se o art. 12, §1º, da Lei Fundamental, segundo o qual: *Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen* (todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação). Na referida decisão, esses direitos foram cotejados à luz dos princípios da igualdade e do Estado Social. Ali o que se discutiu foram os diversos critérios de admissão ao ensino superior, bem como a situação dos candidatos que se inscreveram em mais de uma universidade ou em mais de um curso de graduação. Como solução a esses problemas, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, *Bundesverfassungsgericht*, decidiu que algumas prestações estatais ficam sujeitas àquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade de forma razoável, ou seja, há prestações que ficam restritas a uma reserva do possível". KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 69-70.

<sup>444</sup> "A questão central, entretanto, não parece ter sido financeira, enquanto escassez absoluta de recursos, mas sim dizia respeito à razoabilidade com que a alocação destes recursos poderia ser demandada. Mesmo que o Estado dispusesse dos recursos, segundo a reserva do possível instituída pelo tribunal alemão, não se poderia impor a ele uma obrigação que fugisse aos limites do razoável, tendo em vista os fins eleitos como relevantes pela Lei Fundamental". OLSEN, Ana. **Op. cit.**, p. 219. "O Tribunal entendeu que a prestação social não está limitada apenas pela disponibilidade financeira, mas, também, ao que razoavelmente o indivíduo pode esperar da comunidade, reiterando que cabe ao legislador, em primeira linha, concretizar o direito". CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 181.

<sup>445</sup> "Portanto, verificou-se que o Estado Alemão estava fazendo ou tinha feito tudo que estava ao seu alcance a fim de tornar o ensino superior acessível. Exigir mais, para o fim de satisfação individual de cada cidadão, obrigando o Estado a negligenciar outros programas sociais, ou mesmo comprometer suas políticas públicas, não se mostrava razoável". OLSEN, Ana. **Op. cit.**, p. 219.

equilíbrio da economia no seu conjunto, como, aliás, estabelece expressamente o art. 109, §2º, da Lei Fundamental alemã<sup>446</sup>.

Na sua origem germânica, portanto, esculpiu-se a reserva do possível a partir de premissas prioritariamente calcadas na *razoabilidade* das pretensões individuais perante o Estado e até mesmo quando existam recursos públicos disponíveis, sem desconsiderar as situações em que o obstáculo à concretização de prestações poderá ser também orçamentário, cabendo ao legislador, nesse caso, compatibilizar a realização dos direitos individuais com os interesses da coletividade, como é da essência do modelo de Estado Social.

Percebe-se que, segundo os parâmetros de razoabilidade que vieram guiando a Corte alemã desde o caso *Numerus Clausus*, ao delimitar o campo de exigibilidade dos cidadãos frente ao Estado, tomou-se como ponto de partida a premissa de que existe um padrão mínimo de prestações a serem fornecidas pelo Poder Público em cada momento histórico. Nessa linha de argumentação, Karine Cordeiro cita outro caso emblemático, objeto de julgamento pelo Tribunal Constitucional em 1975, no qual se assentou que a liberdade de conformação do legislador quanto à forma e extensão das obrigações estatais relacionadas a direitos fundamentais não poderia ficar aquém do mínimo necessário a garantir a dignidade da pessoa humana<sup>447</sup>. Por outro lado, uma vez superado esse padrão mínimo, o exame de razoabilidade da prestação haveria de forçosamente levar em conta a capacidade do Estado e o impacto orçamentário, considerando os inevitáveis custos da gama de serviços públicos em prol da coletividade.

Vidal Serrano indica, então, que o regime jurídico da reserva do possível, tal como originalmente construído na Alemanha, obedeceu a dois requisitos essenciais. Em primeiro lugar, exigiu-se uma "observância, intransigente e incondicionada, do mínimo vital"<sup>448</sup>. Em segundo lugar, levou-se em conta a "realização de outros direitos sociais condicionada às possibilidades do orçamento, desde que

---

<sup>446</sup> Fabiana Kelbert transcreve o teor do referido dispositivo constitucional: "*Bund und Länder haben bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen*" (A Federação e os Estados devem tomar em consideração no seu regime orçamentário as exigências do equilíbrio da economia no seu conjunto). KELBERT, Fabiana. **Op. cit.**, p. 74. Tradução da autora.

<sup>447</sup> Refere-se à decisão BVerfGE 40, 121, considerado o *leading case* envolvendo o direito a um mínimo existencial. CORDEIRO, Karine. **Op. cit.**, p. 180.

<sup>448</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal. **Op. cit.**, p. 176.

comprovado o esforço proporcional do Estado em dar resposta à respectiva demanda social"<sup>449</sup>.

Entrementes, assevera-se que tais parâmetros, na sua origem fixados a partir das condições sociais existentes na Alemanha, não podem ser simploriamente transportados para a realidade brasileira, cabendo examinar, de modo mais crítico, como se deu a "importação" da tese jurídica da reserva do possível, tema que ainda vem alimentando grandes discussões na doutrina brasileira. Essa, aliás, é uma crítica que se aplica a qualquer recepção de teorias jurídicas desenvolvidas no exterior<sup>450</sup>.

Alinie da Matta Moreira compartilha da preocupação doutrinária "acerca da mera 'importação' da reserva do possível, sem o devido cuidado com a manutenção do seu sentido originário e com a melhor forma de aplicá-la à realidade brasileira"<sup>451</sup>. Também Fabiana Kelbert assevera ser "duvidoso que se possa compreender a reserva do possível, no caso do direito constitucional brasileiro, nos mesmos termos em que foi desenvolvida na doutrina e jurisprudências alemãs"<sup>452</sup>. Ana Carolina Olsen, por sua vez, ressalta que "a reserva do possível deve ser trazida para o contexto sócio-político-econômico brasileiro: aqui, o Estado não faz tudo que está ao seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais"<sup>453</sup>. Aduz Olsen que, mesmo não se podendo comparar a economia brasileira com a alemã, "isso não afasta a obrigação de dotação orçamentária para o cumprimento dos mandados constitucionais"<sup>454</sup>.

De certa forma há de se concordar que a cláusula da reserva do possível vem sendo suscitada no Brasil de forma simplória e genérica, praticamente como sinônimo de limite orçamentário para os gastos estatais com prestações sociais, argumento de que se tem lançado mão na defesa incondicional da Fazenda Pública,

---

<sup>449</sup> **Ibid.**

<sup>450</sup> Como adverte Virgílio Afonso da Silva, "não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderadas as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, tudo o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis". SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115.

<sup>451</sup> MOREIRA, Alinie. **Op. cit.**, p. 55.

<sup>452</sup> KELBERT, Fabiane. **Op. cit.**, p. 74.

<sup>453</sup> OLSEN, Ana. **Op. cit.**, p. 223.

<sup>454</sup> **Ibid.**, p. 224.



ignorando-se que, mesmo em território alemão, a jurisprudência levou em conta parâmetros de razoabilidade das prestações positivas a cargo do Estado em cada contexto social. O impacto nas despesas públicas é um dado relevante a considerar, mas não pode ser o único.

Com a autoridade de quem nasceu em solo tedesco e concluiu o doutorado em Direito pela Freie Universität Berlin, Andreas Krell considera uma *falácia* o emprego da construção jurisprudencial da reserva do possível na forma como inadvertidamente transportada para o direito brasileiro. Considerando tal falácia fruto de um direito constitucional comparado equivocado, o autor, atualmente radicado no Brasil e lecionando na UFAL e na UFPE, adverte que "os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Européia"<sup>455</sup>. Também reputando completamente sem sentido a aplicação de teorias hauridas de países desenvolvidos ou centrais a um país em desenvolvimento ou periférico como o Brasil, Dirley da Cunha Júnior assevera que "nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações"<sup>456</sup>.

Tais críticas doutrinárias foram acolhidas por juízes e tribunais, firmando-se a jurisprudência brasileira no sentido de que a cláusula da reserva do possível não pode ser aleatoriamente invocada, senão diante de um justo motivo objetivamente aferível, entendimento este adotado pelo Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, desde a clássica decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 e que teve como relator o ministro Celso de Mello<sup>457</sup>.

---

<sup>455</sup> KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 53. Daí a advertência do autor no sentido de que "uma boa parte das teorias alemãs na área do Direito Público deve ser estudada com cuidado, antes que possam ser *transportadas* e aplicadas em outros países que possuem cultura, história e condições políticas e sócio-econômicas bem diferentes". *Ibid.*, p. 13.

<sup>456</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Op. cit.*, p. 711 e 716.

<sup>457</sup> "Já proclamou esta Suprema Corte que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política 'não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado' (RTJ 175/1212-1213, rel. Min. Celso de Mello). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à reserva do possível' (Stephen Holmes/Cass R. Sunstein, 'The

Nessa esteira, o Pretório Excelso já firmou posição no sentido de que é dever do Estado executar prestações materiais que assegurem à população as condições mínimas de desfrute dos direitos sociais, naquilo que se convencionou designar como *mínimo existencial*<sup>458</sup>. Daí decorre a inoponibilidade da cláusula da reserva do possível frente ao núcleo intangível dos direitos fundamentais tutelados<sup>459</sup>, de modo que, ainda que diante da insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, cabe ao Estado optar por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes ("escolhas trágicas"), adotando políticas públicas que tomem como parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana e a intangibilidade do mínimo existencial<sup>460</sup>.

---

Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade". **STF, ADPF 45** - rel. Min. Celso de Mello, DJ de 04/05/2004.

<sup>458</sup> "A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança". **STF, ARE 639.337** - rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.09.2011.

<sup>459</sup> **STF, ARE 860.979** - rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 14/04/2015.

<sup>460</sup> "A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de

Seguindo a linha abraçada pelo STF, consideramos que o exame da reserva do possível não deve realmente se restringir aos limites financeiros estabelecidos nas leis orçamentárias, o que, contudo, não significa afastar por completo qualquer argumento calcado na escassez de recursos públicos disponíveis, haja vista, inclusive, a grande demanda de prestações sociais que, por força de mandamentos constitucionais, ficaram a cargo do Estado brasileiro.

A reserva do possível não é uma categoria exclusiva dos países desenvolvidos, nem se pode rigorosamente dizer que tenha sido criada pelo direito germânico, eis que, como já ressalvamos, a sua essência remonta a valores juridicamente aclamados desde a Antiguidade e a Idade Média. O que fez o moderno Direito alemão, por meio da sua Corte Suprema, ao julgar os casos *Lüth* e *Numerus Clausus*<sup>461</sup>, foi apenas traçar novas bases de argumentação jurídica para o tratamento que, no atual contexto civilizatório e do Estado Democrático de Direito, cumpre seja dado ao conflito entre os direitos fundamentais, na sua perspectiva subjetiva, e os valores comunitários que animam a sua perspectiva objetiva, de modo a se concluir sobre aquilo que pode efetivamente ser exigido do Estado.

Na percepção de Saulo Casali, alguns autores, abraçando, como diz Galdino, um *modelo teórico da utopia*, vem insistindo em menosprezar os custos<sup>462</sup>.

Uma primeira vertente considera a carência de recursos como *mero interesse financeiro e secundário do Estado*, localizado num patamar moral inferior ao direito material cuja efetividade se impõe. Casali critica este modo de argumentação, salientando tratar-se de "perfeito exemplo de utilização do argumento de dissociação conforme Perelman, em que se busca convencer pelo descrédito forçado a um argumento"<sup>463</sup>. Com isso, "olvida-se que as escolhas orçamentárias são também escolhas morais e que o orçamento é um produto ético"<sup>464</sup>.

A segunda vertente de menosprezo dos custos dá-se na prática usual da *microjustiça*, imaginando-se a pouca expressão de condenações pontuais individuais e que seriam perfeitamente absorvíveis no orçamento global. Assim, cuida-se de

---

nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana". **STF, ARE 639.337** - rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.09.2011.

<sup>461</sup> Já explicamos linhas atrás em que consistiu o caso *Numerus Clausus*. Sobre o caso *Lüth*, vide item 2.2.4.

<sup>462</sup> BAHIA, Saulo. **Op. cit.**, 2014.

<sup>463</sup> **Ibid.**

<sup>464</sup> **Ibid.**

examinar, em cada caso concreto, se existem ou não os recursos necessários a garantir a efetividade do direito, de forma que "se há recurso financeiro, emprega-se o independentemente da escolha política acerca do emprego feita por outros Poderes", ou seja, "somente a reserva do possível material ou fática é levada em consideração"<sup>465</sup>. O autor também lança críticas a esta leitura, considerando que a microjustiça pode inadvertidamente causar danos graves à macrojustiça, além de afrontar o princípio da isonomia<sup>466</sup>. Refuta também argumentos isoladamente calcados na notória *ineficiência* no emprego de recursos públicos<sup>467</sup>, bem como na *urgência*<sup>468</sup>.

Deveras, cumpre recorrer a critérios de razoabilidade no emprego dos recursos estatais, levando em conta o próprio sistema capitalista e de autonomia dos agentes econômicos, tal como adotado no Brasil, em que os custos dos bens e serviços obedecem a um regime de preços calcado no equilíbrio entre a oferta e a demanda e na liberdade de mercado<sup>469</sup>. Assim, ainda que bens e serviços reputados essenciais possam ser fornecidos pelo Estado gratuitamente ou a preços módicos, em benefício dos usuários dos serviços públicos sociais e para se garantir o mínimo existencial, a maior parte desses bens e serviços não é produzida diretamente pelo Estado, mas, sim, por ele adquirida junto ao mercado e repassada à sociedade

---

<sup>465</sup> **Ibid.**

<sup>466</sup> "Tal prática ignora que o somatório das condenações individuais pode ter efeitos ou consequências alarmantes (há estados da Federação brasileira onde 50% do orçamento estadual para a saúde são consumidos em compras de medicamentos sob ordem judicial), bem ainda a quebra do princípio da isonomia dela decorrente (sendo, no mínimo, cínica a alegação de que o direito não socorre aos que dormem e não ingressam no Judiciário, já que o Poder Público não pode e não deve desenvolver políticas prestacionais exclusivamente aos que a reclamem judicialmente, e sim, eticamente falando, a todos que dela necessitem)". **Ibid.**

<sup>467</sup> "Outro argumento amiúde utilizado é o da compensação por ineficiência. Dizendo-se que o orçamento é mal gasto, ou que a corrupção consome recursos que poderiam ser gastos de melhor forma. Trata-se de um sofisma, pois se usa o mal emprego do recurso como premissa de um emprego posterior de recursos sem nenhuma análise de pertinência deste emprego posterior". **Ibid.**

<sup>468</sup> "Outro argumento é o da urgência. Apesar das alegações de que a pretensão de atendimento médico fosse um privilégio em detrimento de outros pacientes necessitados, talvez em pior situação, decidiu-se que a demora no tratamento poderia custar a vida do autor, sobrepondo-se a urgência da proteção a este direito fundamental individual ao "interesse de cunho político ou material". **Ibid.**

<sup>469</sup> O sistema econômico de autonomia se difere substancialmente do sistema de autoridade, haja vista a plena separação dos planos decisórios político e econômico, "ou seja, enquanto o Estado circunscreve-se ao primeiro deles, as decisões econômicas, próprias do segundo, estarão entregues aos particulares, aos cidadãos, quer agindo individualmente, quer atuando agrupadamente, como famílias, associações, sociedades, cooperativas, sindicatos e quaisquer outros entes coletivos. E, para esse fim, cada uma dessas pessoas ou entidades constitui-se num centro decisório independente ou autônomo, sendo genericamente chamadas de agentes econômicos. Daí o nome de *sistema de autonomia* ou *descentralizado*, porque as decisões são deixadas à autonomia da vontade de cada agente, estando por eles disseminadas e, portanto, descentralizadas em relação ao poder político". NUSDEO, Fábio. **Op. cit.**, p. 94.

mediante políticas públicas distributivas. Vale dizer, o próprio Estado, mesmo dotado de grande poder de compra e dispondo de instrumentos de controle do abuso do poder econômico, acaba por também se submeter ao regime de preços do mercado.

Para que o Poder Público possa assegurar tratamento igualitário a todos os que necessitam de suas prestações positivas, não se revela factível desobedecer a parâmetros racionais de emprego dos recursos disponíveis, os quais se aplicam não apenas no Brasil, senão em todos os países que adotam um modelo de Estado Social e Democrático de Direito segundo as regras do livre mercado. Por isso, conforme veremos no tópico posterior, o caráter normativo da reserva do possível deve ser compreendido, entre nós, como um princípio geral implicitamente extraído da Constituição Federal de 1988, a partir de uma leitura sistemática dos princípios fundamentais, dos princípios gerais de tributação e orçamento e dos princípios gerais da ordem econômica.

### **3.2.2 A reserva do possível como princípio constitucional**

As divergências doutrinárias em torno da reserva do possível começam pela terminologia e por sua categorização jurídica. Além de se falar em *teoria* ou *cláusula*, alguns autores utilizam também os termos *princípio* ou *postulado*, enquanto outros levantam dúvidas sobre o caráter normativo de tal figura, preferindo localizá-la no campo dos fatos.

Considerando que na concepção tridimensional do Direito, tal como preconizada por Miguel Reale, argumentos jurídicos podem estar lastreados em fatos ou normas, ambos submetidos a valores na sua percepção<sup>470</sup>, cumpre então investigar qual seria a natureza jurídica da reserva do possível: se atua como mero *fato* que influencia na aplicação do Direito, ou se, para além disso, opera como *norma* a vincular a decisão do aplicador.

---

<sup>470</sup> REALE, Miguel. **Op. cit.**, p. 65.

Negando-lhe o caráter de espécie normativa, Ana Carolina Lopes Olsen prefere localizar a reserva do possível estritamente no campo dos fatos, considerando-a tão somente "uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais"<sup>471</sup>, razão pela qual critica o emprego das expressões *princípio*, *cláusula* ou *postulado*. Fabiana Kelbert, na mesma linha, entende que, apesar de figurar como um limite fático e jurídico à plena realização dos direitos fundamentais sociais, não se pode extrair um conceito de reserva do possível diretamente do direito constitucional brasileiro<sup>472</sup>. Sob esse prisma, a reserva do possível haveria de ser compreendida como um elemento material *externo* ao direito, ainda que possa eventualmente operar como barreira fática à efetividade de direitos fundamentais.

Discordamos desse posicionamento. Se é certo que a reserva do possível está atrelada a fatos relacionados com o fenômeno econômico da escassez, não vemos porque não considerá-la também como um vetor normativo dotado de alto grau de abstração e passível de ponderação nos mesmos moldes dos princípios e das cláusulas gerais. Optamos aqui por seguir a opinião de Rafael Lazari, quando o autor aponta a natureza normativa do *princípio da reserva do possível*, que deve ter a sua força relativa e dimensão de peso analisada em cada caso concreto, "como forma de assegurar que prevaleça em alguns casos, sucumba em outros, mas jamais seja esquecido"<sup>473</sup>.

Não iremos aqui incursionar no debate acerca da distinção, feita por alguns autores, entre *princípios* e *postulados*<sup>474</sup>. Não obstante tenhamos optado por considerar a reserva do possível como um princípio, tratá-la como postulado em nada afetaria as nossas conclusões. O que nos importa é asseverar que, seja como

---

<sup>471</sup> OLSEN, Ana. **Op. cit.**, p. 200. Salienta a autora parecer "inadequado conceber a reserva do possível como espécie normativa. A reserva do possível não prescreve um determinado estado de coisas a ser atingido, não corresponde a um mandado de otimização. Ainda que se admita a possibilidade de ponderação da reserva do possível, este elemento, por si só, não parece suficiente para identificá-la como um princípio, já que mesmo bens jurídicos podem ser ponderados. Em verdade, o que se pondera é a escassez de recursos apresentada pela reserva do possível, com o comando normativo do direito fundamental social". **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>472</sup> KELBERT, Fabiana. **Op. cit.**, p. 78. Nesse ponto identificamos certa contradição na assertiva da autora quando, após falar em "limite fático e jurídico", conclui não ter a reserva do possível assento constitucional. Ora, se existe um limite *jurídico*, este limite tem que ser compatível e extraído, ainda que implicitamente, de uma norma da Constituição, caso contrário seria inconstitucional.

<sup>473</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia normativa da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 68.

<sup>474</sup> Tratando os postulados como condições essenciais de compreensão do Direito (postulados hermenêuticos) e de estruturação da aplicação concreta do Direito (postulados aplicativos), enquanto *normas de segundo grau*, confira-se: AVILA, Humberto. **Op. cit.**, p. 163 e ss.

princípio, seja como postulado, a reserva do possível não é um mero limite fático, mas, sim, um parâmetro *normativo* a ser observado.

A tentativa de se negar caráter normativo à reserva do possível tem por objetivo desqualificá-la como elemento decisório de raiz constitucional, impondo-lhe um *minus* no debate em torno da efetivação de direitos fundamentais sociais, quando comparada com outros importantes argumentos de que se costuma lançar mão, passando a falsa impressão de que o problema da escassez seria apenas uma questão político-ideológica e não propriamente jurídico-científica<sup>475</sup>. Ora, já há algum tempo o Direito contemporâneo vem sendo inundado por valores decorrentes de diferentes visões de mundo culturalmente reconhecidas e aceitas pela comunidade jurídica, tornando cada vez menos nítida a linha divisória que outrora já se desenhou entre Direito e Moral, fenômeno jurídico pós-moderno que se consolidou com o atual prestígio atribuído aos *princípios*, enquanto normas jurídicas dotadas de alta carga axiológica e com função transformadora<sup>476</sup>.

Se, por um lado, os princípios jurídicos não são simples valores situados nos planos axiológico e teleológico, por outro lado, com eles inevitavelmente se relacionam no momento em que incorporados ao plano deontológico da Constituição<sup>477</sup>. Na verdade, todos os valores incorporados à Constituição possuem algum viés ideológico em torno das suas finalidades, estando a Lei Fundamental - quando se cuida de estabelecer normas balizadoras da ordem política, econômica e social, - impregnada de *elementos socioideológicos*, como assinala José Afonso da

---

<sup>475</sup> Rafael Lazari salienta que admitir a reserva do possível como uma mera condição da realidade "implica retirá-la do prisma jurídico para reposicioná-la no campo político, o que enfraqueceria, e muito, sua possível defesa pelo Estado quando instado a concretizar direitos fundamentais, frente às alegações de proibição de retrocesso, de mínimo existencial e de núcleo essencial dos direitos fundamentais, argumentos essencialmente jurídicos. Isso desequilibraria por completo a equivalência de argumentos entre Estado e particular (prejudicando a 'paridade de armas', portanto), configurando a falaciosa ideia de que o Estado está sempre vinculado a um pedido individual de suprimento judicial fundamental". *Ibid.*, p. 66-67.

<sup>476</sup> Com a crise da modernidade jurídica "abriu-se margem para que fossem oferecidos novos tratamentos cognitivos ao fenômeno jurídico, de molde a conceber o ordenamento jurídico como um sistema plural e, portanto, aberto aos influxos dos fatos e valores da realidade cambiante. Desse modo, foi sendo erguido um novo paradigma de reflexão - o pós-positivismo. (...) Nesse contexto de delineamento de um sistema jurídico principiológico, a obra de Ronald Dworkin impõe-se como um divisor de águas no debate da filosofia pós-moderna do direito. Isso porque sublinha a importância dos princípios jurídicos como elementos de articulação entre direito e moral, fundamentando uma crítica ao positivismo analítico". SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 224-225.

<sup>477</sup> Após asseverar que "os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles", Humberto Ávila explica que "os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover". ÁVILA, Humberto. **Op. cit.**, p. 104.

Silva<sup>478</sup>. Sendo assim, no contexto de um sistema jurídico principiológico, tratando-se de identificar os valores extraídos da Constituição que atuam com força normativa, reputar de "científico" o que convém e "ideológico" o que não convém é que nos parece, com a devida *venia*, exercício de ideologia camuflado sob o manto de um discurso pretensamente científico.

Como princípios constitucionais podem e devem ser considerados todos os valores reputados importantes pelo legislador constituinte e que, por tal motivo, foram *juridicizados* explícita ou implicitamente na Constituição, como informadores da ordem jurídica nacional sob a forma de princípios fundamentais, gerais ou setoriais, daí porque a reserva do possível pode ser perfeitamente encaixada nesta categoria jurídica, a partir de uma leitura constitucional.

A reserva do possível serve de apoio argumentativo no sentido de se atingir um estado ideal de coisas no qual se busca assegurar a máxima eficácia dos direitos sociais, porém sem deixar de levar a sério a escassez dos bens econômicos, bem como funcionando como vetor axiológico a ser conjugado com outros parâmetros decisórios relevantes. Por isso, deve ser tratada como norma jurídica dotada de força principiológica, implicitamente extraída da Constituição como corolário dos princípios orçamentários, da ordem econômica, da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência, da igualdade, dentre outros.

É nítida a relação entre a reserva do possível e a razoabilidade e proporcionalidade no emprego dos recursos financeiros do erário, dentro daquilo que pode ser exigido pelos cidadãos do Estado, considerando toda a gama de serviços públicos prestados em prol da coletividade, para que se garanta a eficiência nos resultados e sejam assegurados benefícios ao maior número possível de pessoas<sup>479</sup>, tal como se espera de um regime democrático<sup>480</sup>. Outrossim, a reserva

---

<sup>478</sup> "Esses elementos são o conjunto de normas que revelam o caráter de compromisso das Constituições modernas entre o Estado Liberal e o Estado Social intervencionista. O primeiro firmou a restrição dos fins estatais, consagrando uma declaração de direitos do homem, como *estatuto negativo*, com a finalidade de proteger o indivíduo contra a usurpação e os abusos do poder; o segundo busca suavizar as injustiças e as opressões econômicas e sociais que se desenvolveram à sombra do Liberalismo". SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.719.

<sup>479</sup> "Pisarello ensina que os poderes públicos não podem ser obrigados a cumprir com o impossível, devendo demonstrar, no entanto, que estão empregando o máximo de seus esforços e recursos para garantir os direitos pleiteados, que estão recolhendo e difundindo informação suficiente sobre as necessidades existentes, que estão supervisionando o cumprimento dos planos existentes e formulando planos futuros e que prevejam soluções de curto, médio e longo prazo para os grupos mais necessitados. Segundo o autor, os tribunais podem reservar-se a possibilidade de controlar a



do possível pode ser encarada sob o prisma da igualdade, na medida em que a alocação de recursos públicos escassos deve se dar com vistas a todos que se encontram na mesma situação de carência na efetivação de seus direitos fundamentais<sup>481</sup>.

O significado da reserva do possível remete a um importante valor jurídico que há de ser respeitado, sobretudo nos casos difíceis envolvendo a efetivação de direitos fundamentais, sob pena de se comprometer a própria eficiência do sistema de recursos operacionalizados pelo Poder Público em prol da justiça social. A ideia geral é a de que o Estado somente pode assegurar prestações positivas na medida das suas disponibilidades materiais e orçamentárias<sup>482</sup>, o que, como será abordado mais à frente, comporta alguns desdobramentos com vistas ao grau de escassez que se esteja enfrentando.

Por ora, importa frisar que o princípio da reserva do possível insere-se dentre os chamados *princípios-condição* da justiça social, os quais abarcam todos os princípios constitucionais conformadores das ordens econômica e social, haja vista que "a determinação constitucional segundo a qual as ordens econômica e social tem por fim realizar a justiça social constitui uma *norma-fim*"<sup>483</sup>. Desta forma, todos

---

razoabilidade destas respostas. Assim, decisões fundamentadas na reserva do possível - tanto no sentido de concretizar quando de negar uma prestação - deverão passar pelo crivo da proporcionalidade, sob pena de ocorrer uma violação injustificada a direito fundamental". KELBERT, Fabiana. **Op. cit.**, p. 94. "Como quer a teoria ampla do suporte fático e a teoria externa, os direitos postulados pelo particular em face do Estado e os direitos da coletividade existem, num primeiro momento, na sua máxima extensão (...) quando direitos sociais prestacionais entram em conflito, a escassez de recursos exige uma análise razoável dos direitos na maior medida possível, sem a violação do núcleo essencial de qualquer um deles. (...) A proporcionalidade e a razoabilidade atuam como um critério de aferição da validade da reserva do possível, que deve ser aplicado no exame de cada circunstância concreta". MOREIRA, Alinie. **Op. cit.**, p. 151.

<sup>480</sup> Sérgio Moro aponta que, "por força do argumento democrático, já se afirmou que as interpretações judiciais exigem uma 'reserva de consistência' para se sobreporem às interpretações legislativas. (...) Na interpretação de algumas dessas normas, especialmente das que veiculam direitos a prestações materiais, como o direito à educação ou à saúde, o juiz deve agir com redobrada cautela. Ele não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto. Por outro lado, o atendimento de determinada pretensão a prestações materiais pode esvaziar outras. Nessas hipóteses, pode-se falar no limite da 'reserva do possível' como faceta especial da reserva de consistência". MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004, p. 201-204.

<sup>481</sup> "A justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça". AMARAL, Gustavo. **Op. cit.**, 2001, p. 39.

<sup>482</sup> Como escreve Vidal Serrano, "a teoria em análise parte do pressuposto de que as prestações estatais estão sujeitas a limites materiais ingêntos, oriundos da escassez de recursos financeiros pelo Poder Público. Logo, a ampliação da rede de proteção social dependeria da existência de disponibilidades orçamentárias para tanto". NUNES JÚNIOR, Vidal. **Op. cit.**, p. 172.

<sup>483</sup> SILVA, José. **Op. cit.**, 2014, p. 33.

os princípios informadores da ordem econômica (tais como a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego), assim como outros princípios extraídos implicitamente da Constituição (dentre os quais, a reserva do possível), devem estar em harmonia com o *princípio-fim*, "que é a realização da justiça social, a fim de assegurar a todos existência digna"<sup>484</sup>. Vale dizer, não há como assegurar uma existência digna a todos, no maior grau possível, ignorando-se o princípio da reserva do possível.

### 3.2.3 A reserva do possível e o conteúdo dos direitos fundamentais

Uma vez reconhecida a natureza normativa da reserva do possível, como princípio jurídico implicitamente extraído da Constituição, cabe examinar de que modo esse princípio vem a repercutir no conteúdo dos direitos fundamentais.

Conforme exposto no item 2.2.2, distintas teorias procuraram investigar estruturalmente o conteúdo dos direitos fundamentais, destacando-se as teorias externa e interna, calcadas nas ideias de suporte fático amplo e restrito das normas constitucionais. Vimos que, segundo a teoria interna, o conteúdo dos direitos fundamentais são fixados conforme *limites imanes* identificados pelo legislador ou pelo aplicador nos casos concretos, ao passo que, pela teoria externa, haveria um amplo direito preexistente e potencialmente presumido (direito *prima facie*), porém, passível de *restrições* que podem vir impedir a sua configuração em definitivo. Nos casos problemáticos, a teoria externa busca *constituir* restrições a direitos fundamentais, enquanto a teoria interna simplesmente *declara* limites previamente existentes em tais direitos<sup>485</sup>.

---

<sup>484</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>485</sup> "Segundo os adeptos da teoria externa, os direitos fundamentais não possuem delimitação apriorística. Existem direitos fundamentais *prima facie* que, posteriormente, através da metódica da *ponderação (Abwägung)*, são desenvolvidos para a verificação de seu caráter *definitivo*, após a identificação de eventuais restrições e a verificação da proporcionalidade destas. (...) Já de acordo com os adeptos da teoria interna ou dos limites imanes, os direitos fundamentais não podem ser

Já dissemos, outrossim, que sem embargo das incompatibilidades entre as duas teorias, é possível utilizar simultaneamente as noções de *limites* e *restrições* como aspectos distintos de uma mesma situação de direito fundamental e que não são necessariamente excludentes.

Trazendo a questão para o campo da reserva do possível e buscando traçar de que modo ela se apresenta no exame do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, levando em conta a variação no grau de escassez dos recursos necessários a atender as pretensões fundamentais, pode-se então apontar três correntes doutrinárias, as duas primeiras afinadas respectivamente com as teorias interna e externa, e a terceira fundada numa visão eclética que procura conciliar as categorias essenciais de ambas as teorias.

Nesse passo, tem-se: I) a reserva do possível vista como *limite* ao direito fundamental e, portanto, integrando a essência do seu conteúdo; II) a reserva do possível vista como *restrição* ao direito fundamental, estando fora do seu conteúdo essencial; III) a reserva do possível vista tanto como *limite* quanto como *restrição* ao direito fundamental.

A adoção da teoria interna conduz à primeira tese de que os custos envolvidos nas prestações onerosas a cargo do Estado operam como limites intrínsecos dos direitos fundamentais sociais, ou seja, mais do que meras restrições que impedem a sua efetividade, os custos integram o próprio conteúdo dos direitos e a sua essência.

Assim se posiciona Flávio Galdino, defendendo um *conceito pragmático de direito subjetivo* que leve em conta a realidade concreta e as contingências no tempo e no espaço antes de se fixar o conteúdo dos direitos<sup>486</sup>. Aponta o exemplo do direito à assistência médica, atualmente compreendido como um direito fundamental

---

restringidos, visto que seus limites já se encontram traçados de antemão, sendo que a tarefa reconhecimento do acobertamento ou não acobertamento de situações concretas no âmbito de proteção de um direito fundamental é apenas uma tarefa aclaradora dos limites imanentes dos direitos fundamentais, levada a cabo pela jurisprudência". SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 261-262.

<sup>486</sup> "Tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez dos referidos recursos públicos. Se assim é, os custos dos direitos devem influir na sua conceituação. (...) Os autores recomendam, então, uma revisão do conceito de direito subjetivo (right), no sentido de fazer nele incluir a perspectiva dos custos - sugestão acolhida no presente estudo. Talvez pudéssemos nós chama-lo 'conceito pragmático de direito subjetivo'. Em primeiro lugar, tais direitos não podem ser considerados absolutos. Afirma-se peremptoriamente: nada que custa dinheiro é absoluto. Não é possível formular uma definição de direito abstraindo da realidade concreta, ou seja, das condições de cada tempo e lugar- daí falarmos nós em conceito pragmático". GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 210-211

social em razão da existência de recursos públicos disponíveis para fazer frente à demanda por saúde, o que não ocorria há alguns séculos, quando a escassez de recursos levava a que a sociedade aceitasse com naturalidade a ausência de assistência médica por parte do Poder Público, prevalecendo, na época, as prestações religiosas, preferindo-se a assistência de um padre do que a de um médico<sup>487</sup>. Conclui o autor que "o tempo e o lugar, as prioridades e os recursos, tudo isto decididamente influi sobre a configuração dos direitos e sobre a respectiva exigibilidade"<sup>488</sup>.

Sob esse prisma, no lastro da teoria interna, a reserva do possível estaria contida na essência do direitos fundamentais, funcionando como um dos seus limites imanentes e, por isso, condicionando o reconhecimento da sua dimensão positiva.

Tal posicionamento, que encontra antecedente no pensamento de Friedrich Müller<sup>489</sup>, tem sido alvo de severas críticas, como o faz Ana Carolina Olsen, ressaltando que a perspectiva da reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais aumentaria muito o risco de arbitrariedades por parte das autoridades públicas, haja vista a alta carga de discricionariedade de que dispõem no reconhecimento do âmbito normativo desses direitos, enfraquecendo todo o seu sistema de proteção, na medida em que "sua caracterização como limite imanente dificulta o controle da atividade de alocação de recursos pelos poderes públicos"<sup>490</sup>.

Na esteira da segunda corrente supra destacada, Olsen compreende a reserva do possível enquanto *restrição* aos direitos fundamentais sociais, enquadrando-a na teoria externa, ou seja, tomando-a "como um elemento externo

---

<sup>487</sup> **Ibid.**, p. 211.

<sup>488</sup> **Ibid.**, p. 212.

<sup>489</sup> "A escassez de recursos, neste sentido, é reconhecida como dado de realidade a ser observado quando da definição do âmbito normativo de direito fundamental social. A reserva do possível diria respeito justamente à apreciação desta escassez como *condição de possibilidade* de reconhecimento do direito: se for possível deduzir a viabilidade prática do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível fazê-lo, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo, e por esta razão, não gozaria de proteção jurídica. Assim, uma pretensão a um medicamento capaz de fornecer a cura definitiva para a AIDS mostra-se como flagrantemente impossível. Logo, esta pretensão não se encontra dentro do âmbito normativo do direito à saúde, de modo que não seria juridicamente exigível. Não há este direito, assim como não haveria o direito de o pintor pintar um quadro em um cruzamento de ruas, interrompendo o trânsito, no exemplo fornecido por Friedrich Müller". OLSEN, Ana. **Op. cit.**, p. 188-189.

<sup>490</sup> **Ibid.**, p. 191.

ao direito fundamental, que acaba modificando e reduzindo sua eficácia"<sup>491</sup>. Salaria a necessidade de ponderação e fundamentação, como dois elementos de grande importância e sem os quais não se poderá afastar efetividade dos direitos fundamentais prestacionais, servindo a ponderação para diferenciar os casos de escassez essencial (real impossibilidade) dos casos de mera impossibilidade contingencial (alocação de recursos para fins diversos), de maneira que "a escolha da alocação de recursos feita para um determinado fim, e não para outro, necessitará de justificação"<sup>492</sup>.

Desta feita, a partir do momento em que se reconhece a incidência de uma norma de direito fundamental num determinado caso, será preciso, para negar-lhe efetividade, esclarecer quais são as *restrições* que lhe reduzem a dimensão de peso, impedindo que o comando normativo prevaleça, exercitando-se, com isso, o controle da atividade discricionária por obediência a mandamentos constitucionais.

Na linha defendida no presente estudo, como já deixamos antever no item 2.2.2, optamos por seguir a terceira corrente, considerando a dupla face da reserva do possível, a depender do caso funcionando como *limite* ou como *restrição* ao direito fundamental.

É com essa visão eclética que Sgarbossa aponta uma ambivalência semântica no enfrentamento do tema da reserva do possível, ora lhe conferindo o significado de limite fático, ora lhe tratando como uma restrição jurídica, tudo a depender do *grau de escassez* enfrentado na satisfação da pretensão fundamental invocada. Entende o autor que se a escassez for real, isto é, quando não houver efetivamente meios econômicos para suprir a pretensão, a reserva do possível opera como *limite*. Já quando a escassez for ficta, no sentido de uma barreira meramente orçamentária de natureza jurídica, a reserva do possível atua como *restrição*<sup>493</sup>. Escudando-se na lição de Canotilho, Sgarbossa salienta que primeiro é

---

<sup>491</sup> **Ibid.**, p. 193. Aduz Olsen: "Nestas condições, tem-se de um lado, a norma de direito fundamental em sua amplitude, e de outro, a reserva do possível, relacionada à escassez dos recursos necessários à efetivação deste direito". **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>492</sup> **Ibid.**, p. 196.

<sup>493</sup> "Vista a distinção entre a reserva do possível baseada na escassez real ou econômica e a reserva do possível com base na escassez ficta ou jurídica, está-se aqui, pois, a propugnar entendimento segundo o qual os direitos fundamentais possuem *limites* ou *Grenze* - o que é compatível com a corrente dos limites imanentes - e que podem eventualmente sofrer *restrições* ou *Einschränkung* - o que é compatível com a teoria externa, sendo que a *escassez real implica limites dos direitos fundamentais, ao passo que a escassez jurídica implica restrições a tais direitos*". SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 265.

preciso conhecer o *âmbito de proteção da norma*, definido pelos limites do direito fundamental, somente após o que será possível verificar a incidência de eventuais restrições ao direito, as quais poderão estar previstas na Constituição (restrição constitucional expressa) ou ser impostas pelo legislador mediante autorização constitucional (reserva de lei restritiva)<sup>494</sup>.

Por outro lado, mesmo partindo da ideia de um suporte fático amplo e considerando que a reserva do possível pode vir não apenas a *limitar*, mas também a *restringir* o conteúdo de um direito fundamental, entendemos que haverá sempre de se recorrer a mecanismos de ponderação ou sopesamento de princípios constitucionais na resolução dos problemas jurídicos.

Não concordamos com os doutrinadores que consideram a ponderação de princípios constitucionais uma técnica de solução de conflitos normativos exclusiva da teoria externa, nem entendemos que tal sopesamento seja incompatível com as premissas da teoria interna. Conforme antes salientamos, ambas as teorias propiciam soluções que levam em conta as particularidades dos casos concretos, ponderando os bens e valores envolvidos. A diferença está apenas em que, na teoria externa, dita ponderação ocorre posteriormente ao reconhecimento do direito (que de *prima facie* pode se converter em *definitivo*), ao passo que, na teoria interna, a ponderação é feita em momento anterior, quando da compreensão do fenômeno jurídico como um todo, não se falando em direito até que se examine até onde vai o âmbito de proteção da norma constitucional.

Seja como limite, seja como restrição, a aplicação da reserva do possível desafiará sempre a ponderação de valores consubstanciados em princípios constitucionais que poderão incidir conjuntamente nos casos concretos, com variadas dimensões de peso a depender de cada situação. Não obstante a posição central já firmada pelo STF, afastando a cláusula da reserva do possível em situações nas quais esteja em jogo a implementação de prestações materiais necessárias a se garantir a intangibilidade do *mínimo existencial*, o tema precisa ser ponderado com seriedade em cada caso concreto, pois o mero apelo retórico a

---

<sup>494</sup> **Ibid.**, p. 271. Registre-se aqui a crítica de Virgílio Afonso da Silva a tal interpretação que se deu ao posicionamento de Canotilho, asseverando que quando o mestre lusitano fala em "limites imanentes" emprega a expressão no sentido de restrições *a posteriori*, fruto de uma ponderação de princípios nos casos concretos e de modo a afastar, em definitivo, uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito do direito. Assim, "se houve intervenção externa (*a posteriori*) ao direito, houve *restrição*, e não a declaração de limites imanentes". SILVA, Virgílio. **Op. cit.**, 2010, p. 166.

jargões simpáticos ou politicamente corretos de defesa da justiça social pode, na prática, vir a resultar em injustiça social por falta de planejamento, não se podendo ignorar a complexidade da realidade fática subjacente às decisões políticas. O próprio STF já vem atentando para isso ao decidir sobre pretensões que, apesar de fundadas no mínimo existencial, desrespeitem parâmetros razoáveis de possibilidades financeiras do Estado<sup>495</sup>.

Faz-se necessário ter mais atenção à realidade dos fatos no momento da aplicação do Direito, sobretudo quando se cuida de adotar políticas públicas que devem prioritariamente estar voltadas ao atendimento de uma gigantesca população carente, como é o caso da brasileira, em que milhões de cidadãos, e não apenas uma parte deles, tem direito a um tratamento digno em termos de chances de acesso aos bens econômicos escassos fornecidos pelo Estado. Cumpre atentar para o *princípio da realidade* no Direito Público, segundo o qual os atos da administração pública devem ter por base situações reais, visando atingir bons resultados de modo realista e não apenas retórico ou bem-intencionado<sup>496</sup>.

Para que se pondere adequadamente o princípio da reserva do possível em cada caso concreto, é preciso examinar o grau de escassez de recursos envolvido no problema, conforme será explanado a seguir.

---

<sup>495</sup> Cite-se o extenso debate travado no julgamento dos Recursos Extraordinários 566471 e 657718, acerca do fornecimento de medicamentos de alto custo ainda não disponíveis na lista do SUS e de medicamentos não registrados na ANVISA. O tema será abordado no capítulo final deste estudo (item 4.3.3).

<sup>496</sup> "Se o Direito Público do século XXI não é mais aquele monte de palavras bonitas com resultado zero, também o Direito Administrativo dos dias de hoje é Direito comprometido com o contexto no qual vai ser aplicado e com o adiantamento das consequências dessa ou daquela linha de ação. (...) em muitos casos atuais ainda se editam leis e atos administrativos afastados de bases reais e de exequibilidade prática. São os casos de legislação-álibi (e de administração-álibi): o legislador/administrador resolve dar satisfação à opinião de senso comum (e/ou a seus eleitores) impondo obrigações impossíveis. Imposição de gratuidades em negócios privados sem indicação de custeio, criação de órgãos públicos fiscais do nada — a imaginação é farta. (...) Por caricaturais que sejam, as violações ao princípio da realidade mostram dados típicos de nosso pensamento público: ausência de planejamento, externalização de deveres, e, acima de tudo, a tendência a pretender que o mundo mude graças à edição de atos formais. Nunca mudou. O mundo e o Direito estão associados numa interação tensa, dinâmica, muitíssimo complexa". MENDONÇA, José Vicente Santos de. **O princípio da realidade no direito administrativo**. Revista Consultor Jurídico, 18 de março de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mar-18/quando-direito-ignora-realidade-ela-vinga-ignora-direito>. Acesso em: 09/10/2016.

### 3.3 PARÂMETROS APLICATIVOS DA RESERVA DO POSSÍVEL

#### 3.3.1 Os graus de escassez

Do que foi dito nos tópicos antecedentes, podemos afirmar, em linhas gerais, que o princípio jurídico da *reserva do possível* está para o Direito assim como o *princípio da escassez* está para a Economia. Não sendo a abundância a regra da realidade, o Direito não pode ignorar que a escassez será sempre um dado contextualmente insuperável.

Não se trata aqui da escassez como mera ficção jurídica, da qual pode se valer o Direito, pois mesmo as categorias fictícias, ainda que sem um correspondente exato no mundo natural, são apenas adaptações conceituais de um conjunto de fenômenos empíricos e que, portanto, não chegam ao ponto de violentar ou subverter os dados da realidade<sup>497</sup>. O que se quer afirmar é que o Direito não pode obrigar a fazer algo que seja impossível, como aliás já diziam os romanos (*ad impossibilia nemo tenetur*).

Ignorar a escassez que consubstancia a impossibilidade econômica, mais do que ficção jurídica, seria uma ilusão de justiça alimentada por uma promessa que já se sabe de antemão não se poder cumprir. Ao invés de se tentar driblá-la retoricamente, é mais louvável que se busque instituir regras jurídicas que ajudem a lidar com a escassez da melhor forma possível<sup>498</sup>. A escassez a que aqui se refere

---

<sup>497</sup> Cite-se a pessoa jurídica, a própria noção de Estado e outros institutos jurídicos. Como já dissemos em outra oportunidade, "as normas do Direito, em sua grande parte, servem-se das categorias que já são objeto de conhecimento das ciências naturais, dando-lhes significação compatível com a realidade empírica. Mas o Direito também cria suas próprias realidades, sem correspondente empírico no mundo natural, como acontece com as chamadas *ficções* jurídicas". CARNEIRO NETO, Durval. **Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade**. Salvador: JusPodivm, 2008.

<sup>498</sup> "Bens escassos são aqueles que não podem ser usufruídos por todos. Requer-se, pois, que sejam distribuídos segundo as regras e regras que pressupõem o direito igual ao bem e, ao mesmo tempo, a impossibilidade de uso igual e simultâneo. Há impossibilidade econômica quando, a despeito de existirem condições de outra ordem para a criação do bem, por motivos variados a provisão do bem não se pode fazer sem o sacrifícios de outros bens. O exemplo mais banal de escassez é o das ruas. Se todos os automóveis de uma cidade, ou mesmo se todos os habitantes de uma cidade confluírem simultaneamente para uma mesma praça ou rua, é quase certo de que não haverá lugar para todos.



como incontornável, no entanto, é a *escassez real*, ou seja, aquela em que, num quadro de disponibilidade de recursos frente a uma determinada demanda, fique claro não ser possível atender a todos os interessados.

O bem é ou se torna realmente escasso quando não existe em quantidade suficiente a suprir todas as necessidades individuais numa determinada comunidade. Essa escassez, decerto, pode variar em função das circunstâncias em que surgem tais necessidades e do contexto tecnológico, daí o seu grau sempre relativo<sup>499</sup>. Os graus de escassez tem sido mencionados pelos autores ao tratarem da reserva do possível, destacando ser preciso analisar cuidadosamente as situações em que a escassez de recursos justifica limites ou restrições a direitos fundamentais sociais ou, ao contrário, não deve ser alegada com tal intuito.

Gustavo Amaral e Danielle Melo asseveram que "a escassez, em maior ou menor grau, não é um *acidente* ou um *defeito*, mas uma *característica implacável*", aduzindo que "não se trata de algo 'mau', mas sim de uma característica inexorável"<sup>500</sup>. Aludem à terminologia inglesa *trade-off*, traduzindo a ideia de alocação de recursos escassos a envolver sempre "a escolha do que atender e do que não atender"<sup>501</sup>. Também Flávio Galdino fala em *trade-off* ao tratar da contínua necessidade de se fazer escolhas diante da escassez, salientando que tais escolhas são implementadas tanto pelo Estado quanto pelas pessoas em geral, na rotina dos seus interesses particulares<sup>502</sup>.

---

Por isso, é compreensível que se estabeleçam regras que distribuam o uso da rua: horários diferentes, usos diferentes em dias diferentes e assim por diante. Todos tem direito de usar a rua, mas como o uso simultâneo e desordenado não é possível, alguma distribuição do uso torna-se necessária". LOPES, José. **Op. cit.**, p. 162.

<sup>499</sup> Fábio Nusdeo explica "ser a escassez um conceito relativo e não absoluto. E não apenas quantitativo. Ou seja, um produto qualquer, mesmo sem ter alterada a sua disponibilidade física, pode se tornar mais ou menos escasso em função da extensão da necessidade que lhe cabe atender, a qual pode variar ao longo do tempo. Em termos mais técnicos poder-se-ia dizer que a escassez decorre da maior ou menor procura. Assim, o estoque de 1.000 pares de sapatos de um dado tipo e cor pode, repentinamente, vir a se mostrar exíguo, caso, por uma questão de moda, por exemplo, aumentar o desejo da população de tê-los, pressionando a sua procura. Vice-versa, o mesmo número de 1.000 pares de sapatos poderá se revelar abundante se quase ninguém os quiser". NUSDEO, Fábio. **Op. cit.**, p. 26.

<sup>500</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET; TIMM, *op. cit.*, 2013, p. 91-92.

<sup>501</sup> "Preferir empregar um dado recurso para um dado fim significa não apenas compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com o recurso que está sendo consumido, em todas as demais direções possíveis". **Ibid.**, p. 92.

<sup>502</sup> "Se não há recursos públicos para prestar educação, lazer, infraestrutura básica e saúde em uma dada sociedade em um dado momento, será necessário optar por um ou por alguns deles - efetuando *trade-offs*, expressão de difícil tradução mas que pretende designar essa situação de escolha efetuada dentro do conjunto de oportunidades. Um exemplo simples pode ajudar. Na verdade, todos

Nesse diapasão, a doutrina se vale da classificação esboçada por Jon Elster ao indicar quatro situações de escassez, levando em conta a disponibilidade dos bens, a saber: I) a escassez natural *severa*; II) a escassez natural *suave*; III) a escassez *quase-natural*; e IV) a escassez *artificial*<sup>503</sup>.

A *escassez natural severa* ocorre quando determinado bem somente existe numa determinada quantidade e nada pode ser feito para aumentar a sua oferta. É o caso das obras de arte raras como as pinturas de Rembrandt<sup>504</sup>. Já na *escassez natural suave*, é até possível aumentar a oferta, mas ainda assim tal aumento não será suficiente a atender a todos os interessados. Tal acontece com as reservas de petróleo e o fornecimento de órgãos para transplante<sup>505</sup>.

A *escassez quase-natural* dá-se quando a oferta de bens pode ser aumentada ao ponto de satisfazer todos os interessados, mas apenas por condutas espontâneas dos que dispõem dos recursos, sem que se deva coagi-los. Tem-se como exemplos a oferta de crianças para adoção, a doação de sangue ou a doação de esperma para inseminação artificial<sup>506</sup>.

Por fim, a *escassez artificial* verifica-se em situações nas quais o governo pode, se assim se decidir politicamente e de acordo com a Constituição, tornar o bem acessível de maneira a satisfazer a todos, como ocorre, por exemplo, na dispensa do serviço militar e na oferta de vagas em jardins de infância<sup>507</sup>.

Tal classificação revela-se útil para propiciar um ponderado exame dos deveres e responsabilidades do Estado na efetivação de direitos fundamentais sociais, sendo adequado analisar cada situação de escassez, verificando a

---

os dias as pessoas fazem essas opções. Uma família estuda o seu orçamento e faz opções por (i) lazer sofisticado ou (ii) ensino de qualidade, dentre outras despesas. Partindo-se da premissa de que os recursos da família são limitados, é necessário efetuar *trade-offs*. Assim, por exemplo, quanto maior se tornar a despesa com ensino de qualidade, menos recursos sobrarão para o lazer sofisticado. Com o Estado acontece exatamente a mesma coisa. Também o Estado efetua *trade-offs* todos os dias. Também o Estado possui recursos escassos, vivenciando a necessidade de realizar escolhas, sacrificando ainda que parcialmente outras opções que se apresentavam no conjunto de oportunidades disponíveis". GALDINO, Flávio. **Op. cit.**, p. 160.

<sup>503</sup> Autores tem se baseado na obra de Elster (*Local Justice*. New York; Russel Sage Foundation, 1992), inclusive citando os mesmos exemplos nela colocados. AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Op. cit.**, 2013, p. 91-92. No mesmo sentido, SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 218.

<sup>504</sup> AMARAL, Gustavo. **Op. cit.**, 2001, p. 134; SGARBOSSA, *op. cit.*, p. 218.

<sup>505</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Op. cit.**, 2013, p. 91; SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 218.

<sup>506</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Op. cit.**, 2013, p. 92; SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 218.

<sup>507</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Op. cit.**, 2013, p. 92; SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 218.

concomitante presença dos requisitos de *disponibilidade fática* e *disponibilidade jurídica* dos recursos materiais necessários a tal efetivação<sup>508</sup>.

Quando o quadro é de escassez natural (severa ou suave), tem-se efetivamente uma *limitação real de recursos* para atender a todos os que deles necessitam, a qual, não havendo como ser superada, deve sempre ser enfrentada com racionalidade e atenção aos parâmetros da ciência econômica, de modo a se decidir a melhor maneira de se empregar os recursos disponíveis, não se podendo exigir do Estado o fornecimento universal de um bem naturalmente escasso<sup>509</sup>.

Referindo à hipótese dos transplantes de órgãos para atender pretensões de pacientes necessitados, Ana Carolina Olsen ressalta que "não se pode pleitear um transplante de fígado sem que o órgão em questão esteja disponível", pois "o Estado não poderá ser condenado a tirar a vida de um cidadão para disponibilizar o fígado necessário ao transplante"<sup>510</sup>. Ocorre aí uma *indisponibilidade jurídica absoluta* dos meios, o que não pode ser ignorado pelo Estado.

Os efeitos jurídicos da escassez quase-natural, por sua vez, do ponto de vista do Direito, são semelhantes aos da escassez natural, na medida em que a satisfação de todos os potenciais interessados dependeria de uma ação espontânea por parte das pessoas em condições de disponibilizar os recursos necessários, não havendo como o Estado garantir o pleno atendimento fora dessa hipótese, por não se poder impor juridicamente tal oferta.

Diz-se "quase-natural" porque, ainda que faticamente possível ao Estado obrigar as pessoas a disponibilizarem os seus recursos (por exemplo, impondo a todas as famílias ofertarem alguma de suas crianças à adoção ou que todo indivíduo

---

<sup>508</sup> "O objeto previsto na norma deve estar disponível para o agente público destinatário, ou seja, os meios necessários à realização da prestação normativamente prevista devem estar disponíveis, tanto fática, quanto juridicamente. Não basta a existência dos recursos, o Estado deve ter a capacidade jurídica para dispor deles". OLSEN, Ana. **Op. cit.**, p. 205.

<sup>509</sup> "A impossibilidade de satisfazer determinada necessidade com base em uma situação de escassez real ou econômica caracteriza uma limitação fática à normatividade, um choque entre realidade concreta, independente do desígnio humano, e comando normativo". SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 219. "Na medida em que a aplicação dos direitos fundamentais sociais a prestações está condicionada pela realidade, é certo que o intérprete não poderá demandar dos poderes públicos o que for logicamente impossível, ou seja, não se pode exigir o absurdo. Por exemplo: embora a Constituição preveja como direito fundamental de todo cidadão o direito à saúde, não poderá o titular deste direito pleitear em juízo o fornecimento do remédio capaz de promover a cura para a AIDS. Trata-se de prestação totalmente inviável. Assim, só é permitido demandar dos poderes públicos as prestações materiais que são logicamente possíveis, observadas as circunstâncias da realidade num dado momento". OLSEN, Ana. **Op. cit.**, p. 204.

<sup>510</sup> **Ibid.**, p. 205.

do sexo masculino doasse esperma para propiciar inseminações artificiais), essa medida de força encontra obstáculo jurídico no ordenamento constitucional do país. Uma imposição desta natureza teria uma feição totalitária incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito, daí porque a Constituição resguarda que se deixe tal disponibilidade fática ao crivo voluntário dos cidadãos, por espontânea solidariedade entre eles, nada devendo o Estado fazer para aumentar a oferta senão incentivar tais condutas solidárias, seja estimulando o mercado produtor de bens (quando eticamente admissível), seja fomentando a ação da sociedade civil sem fins lucrativos. Em síntese, na escassez quase-natural há uma disponibilidade fática de meios materiais, todavia, a forma de obtenção desses meios, pelo Estado, tal qual acontece na escassez natural, esbarrara numa *indisponibilidade jurídica absoluta*.

Não é dado ao Estado descumprir deliberadamente proibitivos da Constituição a pretexto de estar protegendo direitos fundamentais, ainda que seja viável, na interpretação constitucional, ponderar-se normas em conflito nos casos concretos, buscando um resultado na maior conformidade possível com a Lei Maior (princípios da unidade e da concordância prática<sup>511</sup>). Na verdade, se levarmos em conta que nenhum direito fundamental é absoluto, encontrando limites e/ou restrições previstos em mandamentos da própria Constituição, perceberemos que a maior dificuldade na solução de casos concretos envolvendo tais direitos situa-se numa linha cinzenta entre a escassez quase-natural e a escassez artificial.

A depender da argumentação, existem casos que para uns são enquadrados como escassez quase-natural, enquanto para outros devem ser tratados como hipóteses de escassez artificial, notadamente em situações nas quais é discutível se determinada obrigação imposta pelo Estado aos cidadãos, com o intuito de angariar mais recursos necessários ao atendimento de direitos sociais, afigura-se ou não constitucional. Cite-se o exemplo da cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos, tal como instituída pela Emenda Constitucional 41/2003, acrescentando o §18 ao art. 40 da Carta Magna de 1988. Após uma longa discussão sobre a constitucionalidade da medida patrocinada pelo governo, visando ampliar o

---

<sup>511</sup> O princípio da unidade da Constituição "obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar", ao passo que o princípio da concordância prática (ou da harmonização) "impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação a outros". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1187-1188.

caixa do regime próprio de previdência dos servidores e, com isso, propiciar mais recursos financeiros necessários ao atendimento de todas as coberturas, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da cobrança (ADINs 3105 e 3128). Assim, uma imposição do Estado que, segundo o entendimento de alguns, a princípio não seria juridicamente possível à luz da Constituição (de modo que, em relação a dita cobrança, o limite dos recursos disponíveis no caixa da previdência dos servidores teria a natureza de escassez quase-natural), foi considerada pelo STF como em consonância com a Constituição, respaldando-se então a vontade política do legislador constituinte derivado que optou por lançar mão de mais recursos impositivos. Isso pode levar a concluir que, pelo entendimento que acabou prevalecendo na Corte, a escassez até então existente, antes da nova cobrança, era meramente artificial.

Há autores que optam por simplificar a aludida classificação de John Elster, preferindo falar apenas em *escassez real* (econômica) e *escassez ficta* (ou jurídica)<sup>512</sup>, de maneira que, tirante os casos excepcionais de escassez natural, a pedra de toque no enfrentamento de questões relacionadas à reserva do possível passa a estar localizado na seara da escassez meramente jurídica, a qual, como dito, sempre encontra apoio argumentativo na *limitação ficta de recursos*<sup>513</sup>. Em todas essas situações, o Estado tem poderes constitucionais para deliberar sobre a alocação dos recursos visando à satisfação de todos os interessados, porém, por escolha político-discrecional do aplicador do Direito (seja o legislador, seja o administrador público), opta-se por direcioná-los a outras necessidades, reputadas igualmente de interesse público.

A mera *escassez ficta ou jurídica*, no dizer de Sgarbossa, dá-se "em virtude de norma jurídica que determine determinada alocação de recursos em detrimento de outras, ou ainda proíba a disposição do recurso de determinada maneira ou

---

<sup>512</sup> "Compreende-se aqui como a primeira a escassez decorrente da efetiva inexistência concreta do recurso, nos diversos graus mencionados, ao passo que a segunda é compreendida como a escassez decorrente de indisponibilidade jurídica". SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 218.

<sup>513</sup> "Difícilmente se depara, na realidade concreta, com o caso-limite da escassez real ou econômica de tipo natural severo ou suave, por exemplo. Por outro lado, não se tem notícia, até o momento, de demandas em que se postula a outorga de prestações realizadoras dos direitos fundamentais sociais dependentes de bens cuja escassez seja econômica, real. A despeito de todo o apelo ao realismo feito pela doutrina dos custos dos direitos, de se notar que a mesma se baseia, em regra, em uma *escassez do tipo ficcional*, qual seja, aquela engendrada pela peça orçamentária. A escassez aqui denominada *ficta* ou *jurídica* enquadra-se no tipo intitulado por John Elster *escassez artificial* e, portanto, ostenta a característica pelo mesmo apontada, no sentido de poder o Estado, por uma decisão *política*, suprir a demanda". **Ibid.**, p. 219-220.

acima de certos limites"<sup>514</sup>. Ocorre aí uma disponibilidade fática, porém, tratada como *indisponibilidade jurídica relativa* e não mais absoluta como acontece nos casos de escassez real. Essa é também a posição adotada por Ana Carolina Olsen, quando salienta ser necessário distinguir as situações de total inexistência de recursos daquelas em que ocorre uma escolha alocativa de recursos existentes, de modo que "a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como um dado de verdade irrefutável", porquanto "a escassez de recursos financeiros para a realização de direitos fundamentais não é necessariamente natural"<sup>515</sup>.

Na escassez ficta a indisponibilidade jurídica é *relativa* porque, partindo de recursos já efetivamente arrecadados pelo Estado, seu emprego envolve escolhas discricionárias do legislador ou do administrador, de maneira que qualquer das opções de alocação, desde quando voltadas à satisfação do interesse público, encontram fundamento constitucional. Vale dizer, a princípio não há obstáculo na realidade, nem na Constituição. O obstáculo da escassez ficta está apenas na ordem jurídica posta, na medida em que a legislação imponha ao administrador público que siga determinado planejamento orçamentário em cada setor da atuação estatal.

Apesar de defensável a tese de que, por força de princípios constitucionais, o obstáculo da escassez ficta há de ser superado em determinados casos, quando se trate de evitar o perecimento de direitos fundamentais, é preciso atentar que, dependendo da demanda e do contexto econômico, situações de aparente escassez ficta podem vir a se apresentar sob as matizes de uma escassez quase-natural, na qual, como já dito, a indisponibilidade jurídica torna-se absoluta, também por força de imperativos constitucionais. Isso porque, para que se possa questionar a escassez ficta, levando em conta os recursos necessários ao atendimento das demandas mais sensíveis, o foco deve estar não na totalidade da riqueza pertencente aos membros da sociedade, mas, sim, na parcela dessa riqueza que pode efetivamente ser arrecadada e redistribuída pelo Poder Público.

O Estado não produz riqueza, senão apenas a arrecada junto aos membros da comunidade, cuidando de reparti-la empregando os correspondentes recursos

---

<sup>514</sup> *Ibid.*, p. 218-219.

<sup>515</sup> OLSEN, Ana. *Op. cit.*, p. 209.

em políticas públicas, residindo aí a grande importância do sistema político e da democracia para a realização do bem comum<sup>516</sup>. Assim, apesar de teleologicamente direcionada à transformação social, conforme os objetivos fundamentais da República<sup>517</sup>, a nossa Constituição não adotou um modelo estatista de economia planificada ou de propriedade coletiva dos bens de produção, cabendo ao Estado brasileiro, para desempenhar suas funções, arrecadar, de modo limitado, os recursos advindos da sociedade, respeitando as limitações do poder de tributar, dentre outras barreiras constitucionais.

Decorre daí que o apelo excessivamente retórico ao argumento da pobreza ou da desigualdade social, que infelizmente ainda assolam o nosso país - quando baseado no conjunto de toda a riqueza produzida no Brasil, comparado com a renda *per capita* da população -, por si só não poderá servir como justificativa para o afastamento da reserva do possível nos casos em que, por absoluta impossibilidade de se incrementar a arrecadação de receitas públicas, a escassez de recursos se mostre quase-natural.

Outrossim, ainda que se repute suficientes os recursos já arrecadados pelo Estado e se diga que nos casos de escassez ficta haverá sempre uma melhor opção dentre as escolhas discricionárias, não é nada fácil quanto possa parecer assegurar a efetividade de direitos sociais simplesmente retirando recursos direcionados a certos setores da atuação estatal, realocando-os em outros que se julgue mais prioritários, dada a enorme gama de necessidades coletivas a atender, o que torna a administração da máquina pública extremamente complexa.

É certo que a Constituição confere especial destaque aos direitos fundamentais (*centralidade*<sup>518</sup>). Todavia, mesmo se levarmos em conta as situações

---

<sup>516</sup> Como salienta Luciano Benetti, "quanto ao bem comum, não se deve mesmo dar esta tarefa isoladamente ao mercado e às relações econômicas. O que estes podem fazer, de regra, é gerar riqueza. A atribuição do bem comum e a repartição das riquezas, desde de Aristóteles, é essencialmente tarefa do sistema político e da democracia. Daí a combinação perfeita para o equilíbrio social entre democracia política e economia de mercado, tão bem defendida por Hayek, ou mesmo a ideia de 'desenvolvimento como liberdade' de Sen". TIMM, Luciano. **Op. cit.**, p. 53.

<sup>517</sup> São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º da Constituição de 1988: I) construir uma sociedade livre justa e solidária; II) garantir o desenvolvimento nacional; III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>518</sup> "Os direitos fundamentais tem um *status* diferenciado no âmbito do sistema constitucional e, a *fortiori*, do sistema jurídico como um todo. Fala-se de *centralidade* dos direitos fundamentais, como consequência da centralidade do homem e da sua dignidade. Isso significa, de forma simples, que,

de vinculação obrigatória de recursos a serem gastos na implementação de políticas públicas nas áreas sociais (v.g. a educação - EC 14/96 - e a saúde - EC 29/2000), não se especifica concretamente quais devem ser essas políticas públicas<sup>519</sup>, o que abre considerável espaço para a interpretação constitucional sobre as prestações materiais que precisam ser obrigatoriamente fornecidas pelo Estado.

Malgrado se considere a impossibilidade jurídica relativa como mera escassez artificial ou ficta, tal perspectiva reside precipuamente no plano das escolhas políticas que definem as prioridades orçamentárias do Estado e não apenas no plano concreto das escolhas administrativas. Como assinala José Reinaldo de Lima Lopes, são as escolhas políticas das prioridades que levam a escassez a uma área e não a outra, de modo que quando certas pretensões individuais vem a se revelar economicamente impossíveis, em razão daquelas prévias escolhas, fica configurada uma situação semelhante à escassez real<sup>520</sup>. Em suma, o autor desloca o problema da impossibilidade econômica para o plano político da definição de prioridades, defendendo que o debate em torno da efetividade dos direitos sociais, sob a ótica da reserva do possível, deveria se dar com mais eficiência na esfera das decisões orçamentárias, ainda que sujeita a controle pela via judicial<sup>521</sup>.

Deveras, o problema da escassez não se resume a investigar simplesmente se há ou não recursos públicos que possam ser transferidos de uma área para outra, mas, também, mesmo nos setores considerados prioritários, saber-se qual a forma mais justa e eficiente de se empregar tais recursos, por meio de um necessário planejamento, levando em conta não apenas a grande demanda existente nos

---

em última análise, tanto o Estado como o Direito existem para proteger e promover os direitos fundamentais, de modo que tais estruturas devem ser compreendidas e interpretadas tendo em conta essa diretriz". BARCELLOS, Ana. **Op. cit.**, 2013, p. 104.

<sup>519</sup> Ana Paula de Barcellos salienta que, não obstante a aparente simplicidade de que a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas, "a questão do gasto de recursos públicos - que envolve, no mínimo, a definição do *quanto* gastar, *com que finalidade* gastar, *em que gastar* e *como gastar* - pode ser substancialmente mais complexa. A Constituição em geral não aponta de forma específica que políticas públicas devem ser implementadas em cada caso. Assim, a questão acaba sendo remetida para a interpretação constitucional de forma ampla, isto é: aquela levada a cabo pelos agentes públicos em geral e pela sociedade como um todo, tendo em conta sua compreensão política, ideológica ou filosófica do que significa o texto constitucional". **Ibid.**, p. 107.

<sup>520</sup> LOPES, José. **Op. cit.**, p. 163.

<sup>521</sup> "Quando se litiga levando em consideração o orçamento, parece que fica bastante mais claro o pedido e se facilita o provimento judicial. Na apelação cível 18223-5/7-00 do Tribunal de Justiça de São Paulo constatou-se que o município de Franca não cumpria adequadamente os repasses à área de saúde (cf. Lopes 2006) e foi relativamente simples o tribunal decidir rejeitando qualquer defesa em termos de reserva do possível. Esse debate na esfera orçamentária tem uma outra vantagem: minimizam-se os tratamentos desiguais, já que outra espécie de problema grave que pode rondar a reserva do possível diz respeito ao tratamento igualitário". **Ibid.**, p. 171.



serviços públicos essenciais, mas, também, o cuidado de não se atribuir tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem no mesmo quadro de carência.

Lopes aponta a importância de respeitar-se o caráter igualitário dos direitos sociais, salientando que o problema da escassez não está associado apenas à impossibilidade econômica diante dos custos dos bens, podendo decorrer também da *impossibilidade técnica* de se atender a todos. Exemplifica com o direito fundamental de acesso gratuito à saúde, garantido em caráter universal no art. 196 da CF/88, mas cuja amplitude não pode abarcar medicamentos em fase experimental ou produzidos em escala industrial ainda insuficiente<sup>522</sup>. Ao lado disso, assevera que "não se pode pedir e não se deve dar a uma pessoa em particular algo que se sabe de antemão que não pode ser dado a todos os que se encontram na mesma situação"<sup>523</sup>.

A complexidade das escolhas políticas ante a problemática do tratamento igualitário torna-se ainda mais evidente quando se percebe que, variando os graus de escassez em função do tipo de necessidade, sobressaem dois aspectos que podem repercutir na alocação dos recursos disponíveis, quais sejam a *divisibilidade/indivisibilidade* e a *homogeneidade/heterogeneidade* dos bens econômicos<sup>524</sup>. São aspectos qualitativos que influenciam decisivamente no fenômeno da escassez.

---

<sup>522</sup> "Impossibilidade técnica existe, por exemplo, quando se requer a distribuição geral e gratuita de um medicamento ainda em fase experimental. O remédio existe, mas não é produzido em escala industrial (está em fase experimental). Não é produzido porque não se sabem ainda os resultados de sua aplicação a todas as populações. Há escassez quando o nível de produção industrial, embora existente, não é suficiente para garantir a todos. Assim, há escassez quando se verifica que um determinado medicamento (ou tratamento) existe, mas seu custo é tal que sua provisão impedirá o fornecimento de outros medicamentos (ou tratamento) ou mesmo que exigirá o corte de outras despesas em outras áreas. Impossibilidade econômica, não técnica, existe quando se requer a distribuição de um medicamento já testado e comercializado cujo custo faz dele um remédio para poucos. Note-se que em casos assim, está em jogo o caráter igualitário de acesso à saúde. Como visto acima, o art.196 da Constituição Federal explicita como garantia do direito à saúde 'políticas sociais e econômicas'. Estas, por sua vez, devem visar, segundo a Constituição, 'o acesso universal e igualitário'. Ou seja, o que se pode pedir e o que se pode deferir terá sempre este caráter universal (deve contemplar a todos os que se encontram naquela situação) e igualitário (ou seja, não pode preferir a uns ou outros, não pode conceder a uns e não a outros)". *Ibid.*, p. 162.

<sup>523</sup> *Ibid.*, p. 171. Aduz o autor que "se for dado, trata-se de uma concessão segundo a caridade, não segundo a justiça e nossos tribunais são tribunais de justiça e direito, não tribunais de caridade. Dizer que o valor da vida e da saúde de cada um não cede diante da reserva do possível em princípio oculta um problema muito mais grave do que parece. Tal raciocínio parece imaginar que o Estado está obrigado a dar a cada um essas condições de maneira isolada. Ora, tal raciocínio é insustentável. O Estado - seja por qualquer de seus órgãos - está obrigado a tratar de maneira igual a todos os cidadãos. Assim, não tem o dever de dar a um o que não pode dar a todos. É gravíssimo erro de compreensão dos direitos fundamentais: estes são devidos a todos e devidos simultaneamente". *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>524</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Op. cit.*, 2013, p. 92.

A *divisibilidade* está relacionada aos bens de consumo *rival* (ou exclusivos), já mencionados no item 3.1.3, que são aqueles cujo consumo por determinado indivíduo exclui o consumo por outros indivíduos. É o caso de uma vaga em UTI médica ou a matrícula numa universidade pública após aprovação em processo seletivo. Ao passo que os bens de consumo *não rival* (ou coletivos) são *indivisíveis* na medida em que o consumo por um indivíduo não afeta o consumo por outro. Tal ocorre com o policiamento ostensivo, o serviço meteorológico ou o de iluminação pública, disponibilizados a todos nos mesmos moldes.

A *homogeneidade*, por sua vez, diz respeito essencialmente à mesma característica do bem disponível para todos, como acontece com bens de consumo duráveis a exemplo de televisões, carros, máquinas de lavar etc., os quais são fabricados em larga escala e basicamente com o mesmo padrão. Ao passo que haverá *heterogeneidade* sempre que os bens tiverem características específicas relevantes que os torne diferentes na avaliação de quem deles necessita, tornando mais problemática a questão da escassez.

Imaginemos, por exemplo, uma situação em que várias pessoas desejam almoçar num certo restaurante. A princípio, por ser a vaga no restaurante um bem econômico divisível, haveria escassez sempre que, nos dias de maior procura, o número de clientes fosse superior ao número de mesas disponíveis. Para lidar com o problema da escassez nesse caso, filas de espera seriam organizadas. Porém, considerando que nem todas as mesas disponíveis tem as mesmas características, sendo algumas maiores ou mais confortáveis do que outras, algumas localizadas no canto e com vista para o mar, enquanto outras ficam no meio do salão e são menos reservadas, pode ocorrer que, mesmo num dia de menor movimento e havendo mesas suficientes para todos que resolverem almoçar no restaurante, alguns clientes conseguirão as mesas mais desejadas e outros terão de se contentar em almoçar sem vista para o mar ou com menos privacidade. Situações como esta são comuns no dia a dia, porque a homogeneidade não é a regra.

Interessante observar que, mesmo num cenário de ampla disponibilidade de bens e serviços, a heterogeneidade, apesar de ser um aspecto essencialmente qualitativo, acaba gerando um novo problema quantitativo. Ou seja, ainda que em determinado contexto possa não haver escassez de um bem direcionado a satisfazer a necessidade geral dos interessados (v.g. almoçar no restaurante), o fato

de esse bem ser heterogêneo leva a que possa surgir uma escassez adicional concernente a uma necessidade mais específica (almoçar na mesa maior ou contemplando a vista para o mar). Tem-se aí uma escassez de segunda ordem, cujo grau de especificidade pode aumentar muito a depender das circunstâncias.

Este singelo exemplo serve para mostrar que os graus de escassez variam não apenas em função da quantidade total dos bens disponíveis mas, também, em razão da sua qualidade, fazendo com que se identifiquem classes específicas de escassez referentes a um mesmo bem, a gerar uma demanda como se de bens diferentes se tratassem. No exemplo dado, a ausência de escassez do bem (mesa disponível no restaurante), levando em conta a necessidade geral (almoçar no restaurante), não impediu que, sob outro ângulo, os indivíduos travassem uma disputa pelo que consideravam como as melhores mesas, criando então uma necessidade específica que tornou escasso o bem desejado. E por mais que se amplie a oferta de bens, o fenômeno econômico da escassez poderá surgir novamente, conforme os interesses e necessidades das pessoas, o que se aplica não apenas a bens supérfluos ou por razões de mero capricho e comodidade, mas também aos bens reputados essenciais.

Os problemas de escassez são menos dramáticos quando os bens são indivisíveis e homogêneos, na medida em que todos os membros da coletividade usufruem de forma conjunta dos benefícios e sofrem com as mesmas limitações ou restrições em seus direitos; vale dizer, quando há insuficiência desses bens, a escassez se dá basicamente no mesmo grau para todos, suportando-se de modo solidário eventuais danos dela provenientes.

Em verdade, a escassez revela a sua face mais problemática nos bens divisíveis e heterogêneos, quando se torna necessário fazer escolhas sobre *o que* atender, *como* atender ou *a quem* atender. Tais escolhas, assinalam Gustavo Amaral e Danielle Melo, desafiam a visão de tratamento igualitário para todos, pois, sempre havendo algum diferencial no padrão dos bens disponíveis, variará sensivelmente o custo de tais bens a depender do padrão desejado<sup>525</sup>.

---

<sup>525</sup> "O postulado igualitário de oferecer tudo a todos, como na França, onde há a admissão universal no jardim de infância, pode levar a um custo infactível, se, por exemplo, forem exigidos os padrões noruegueses de relação professor e área por criança. Dilema similar podemos ver no Brasil, onde há um sistema público de educação que se expande para chegar à universalidade, mas há também, em paralelo, ilhas de excelência no ensino público, como, no Rio de Janeiro, os colégio aplicação da

Trazendo isso para o campo de atuação do Estado, tem-se que a tão proclamada *universalidade* no atendimento das demandas individuais e coletivas, assegurando a efetividade dos direitos fundamentais sociais para todos, pode se transformar num engodo político caso o governo busque alcançá-la em detrimento da qualidade esperada pela população.

Assim, apesar de a Constituição brasileira não impor, o Estado poderia, em tese, buscar assegurar o acesso universal ao ensino superior criando um grande número de universidades públicas com vagas disponíveis para todos os estudantes que concluíssem o ensino médio<sup>526</sup>. Contudo, ainda que quantitativamente isso se tornasse viável, qual seria a qualidade desse ensino? Qual seria a estrutura física (prédios, salas de aula, laboratórios) e humana (professores, servidores) disponibilizada para atender aos alunos? Levando em conta que a Constituição também autoriza a iniciativa privada a atuar na área de educação (art. 209), haveria diferenças na qualidade entre o ensino público e o privado nessa situação hipotética? E tais diferenças, caso se dessem em razão da melhor qualidade do ensino privado, poderiam legitimar pretensões fundamentais por parte dos estudantes das universidades públicas frente ao Estado? Até que ponto?

No campo saúde pública o problema se torna ainda mais complexo, porque a Constituição brasileira, ao impor o "acesso *universal e igualitário* às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196), estabelecendo que o Sistema Único de Saúde (SUS) tem como uma de suas diretrizes o "atendimento *integral*, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais" (art.198, II), não especifica exatamente em que consiste tal imposição em termos de prestações concretas a serem implementadas pelo Estado em prol dos indivíduos que necessitam de tratamento de saúde<sup>527</sup>.

---

UERJ e da UFRJ, o colégio militar e o colégio naval e, ainda, o Colégio Pedro II. Todos são custeados com recursos públicos, mas oferecem padrões de ensino bem mais elevados que as demais escolas públicas e a oferta de vagas segue padrão díspar das demais". *Ibid.*, p. 88.

<sup>526</sup> A Constituição brasileira apenas impôs ao Estado a universalidade do ensino fundamental, obrigatório e gratuito, prevendo, ainda, a progressiva universalidade do ensino público médio (CF/88, art. 208, I e II).

<sup>527</sup> "No caso da educação, como se sabe, os incisos I, VI, VII e os §§1º e 2º do art. 208 da Constituição são explícitos ao descrever como direitos os serviços referidos acima. O tema da saúde, entretanto, já envolve maiores complicações. Toda e qualquer prestação da saúde disponível no mercado daria origem a uma providência exigível? A despeito da redação dos arts. 196 e 198, II, ambos da Carta de 1988, essa conclusão não parece viável em um mundo de recursos limitados". BARCELLOS, Ana. *Op. cit.*, 2013, p. 118.

Não se trata aqui de defender que o direito à saúde seja apenas um direito coletivo (transindividual) a ser atendido sob a forma de políticas públicas gerais e que, por isso, não poderia ser objeto de diferenciadas pretensões individuais. Concordamos nesse ponto com Ingo Sarlet, no sentido de que a titularidade universal do direito à saúde não afeta o seu caráter eminentemente individual, enquanto direito subjetivo, já que a dignidade da pessoa humana sempre diz respeito a pessoas concretas e suas necessidades<sup>528</sup>. Todavia, mesmo se reconhecendo que os indivíduos podem direcionar suas pretensões fundamentais em face do Estado, é preciso analisar cuidadosamente o conteúdo de tais pretensões, atentando à perspectiva objetiva do direito fundamental à saúde e encarando-a também como uma ordem objetiva de valores correspondentes aos anseios da comunidade e com impacto nos interesses de todos os demais usuários do serviço público.

Como já dito no item 2.2.4, ainda que se deva dar prioridade à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, a perspectiva objetiva não pode ser sumariamente ignorada.

Fato é que, ainda quando alcançada a universalidade e com razoável qualidade do serviço fornecido pelo Poder Público, sob a forma de um bem divisível, provavelmente surgirão, no mercado, bens de melhor qualidade ainda em quantidade inferior a atender a todos, despertando o interesse das pessoas no direcionamento de novas pretensões em face do Estado. Os avanços tecnológicos e o desenvolvimento da técnica podem levar a que bens econômicos, num primeiro momento considerados homogêneos, venham a se tornar heterogêneos. Conseqüentemente, por mais esforço que se busque empreender, o fenômeno da escassez sempre estará à espreita. Quando se imaginar que acabou com ela, eis que ressurgirá juntamente com novos desejos e necessidades individuais.

---

<sup>528</sup> "Se, por um lado, é inquestionável que o direito à saúde é direito de todos, não se pode, por outro, agasalhar a tese de que se cuida de um direito coletivo e que, por ser direito coletivo, não poderia ser objeto de dedução individualizada em Juízo, especialmente para além das hipóteses previamente previstas na legislação infraconstitucional. Com efeito, tanto é equivocada a tese de que os direitos sociais são em primeira linha direitos coletivos, quanto é de ser afastada a tese de que não cabem demandas individuais. Em primeiro lugar, o fato de todos os direitos fundamentais (e não apenas os sociais) terem uma dimensão transindividual (coletiva e difusa) em momento algum lhes retira a condição de serem, em primeira linha, direitos fundamentais de cada pessoa, ainda mais quando a própria dignidade é sempre da pessoa concretamente considerada". SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET; TIMM, *op. cit.*, 2013, p. 38-39.

Sob o prisma da reserva do possível, torna-se crucial traçar parâmetros racionais que possam delimitar o conteúdo dos direitos fundamentais sociais e justificar eventuais restrições a sua efetividade. Sobre isso nos debruçaremos nos próximos itens.

### 3.3.2 A reserva do possível como limite negativo do direito fundamental

#### 3.3.2.1 Limites positivos e limites negativos dos direitos

Partindo da premissa de que todo direito fundamental tem o seu alcance *a priori* traçado pelo suporte fático da norma constitucional que o embasa, dela extraíndo-se um conjunto de posições jurídicas *prima facie*, entendemos que os limites deste direito permitem identificar tanto aquilo que não pode ser negado como consequência da norma, quanto aquilo que não pode ser afirmado sob esse mesmo título. Em poucas palavras, aquilo que está dentro e aquilo que está fora do alcance do direito.

Mesmo em nível abstrato, todas as normas jurídicas albergam hipóteses de incidência, comportando pretensões que se amoldam e outras que não se amoldam a essas hipóteses, seja qual for a densidade normativa<sup>529</sup>. No campo dos direitos fundamentais a prestações, percebemos, então, haver prestações em sentido estrito

---

<sup>529</sup> "Não é correto afirmar que os princípios, ao contrário das regras, não possuem nem consequências normativas, nem hipóteses de incidência. Os princípios também possuem consequências normativas. De um lado, a razão (fim, tarefa) à qual o princípio se refere deve ser julgada relevante diante do caso concreto. De outro, o comportamento necessário para a realização ou preservação de determinado estado ideal de coisas (*Idealzustand*) deve ser adotado. Os deveres de atribuir relevância ao fim a ser buscado e de adoção de comportamentos necessários à realização do fim são consequências normativas importantíssimas. Ademais, apesar de os princípios não possuírem um caráter frontalmente descritivo de comportamento, não se pode negar que sua interpretação pode, mesmo no nível abstrato, indicar as espécies de comportamentos a serem adotados, especialmente se for feita uma reconstrução dos casos mais importantes". ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 64-65.

que, a princípio, não podem deixar de ser fornecidas pelo Estado, sob pena de se incorrer numa violação à norma constitucional, assim como há prestações que *a priori* não podem ser exigidas pelos indivíduos, porquanto não abrangidas pelo suporte fático da norma embasadora do direito fundamental.

Todo direito fundamental tem limites positivos e negativos que formatam o seu perfil jurídico. A análise dos *limites positivos* serve para se garantir aos indivíduos as prestações que podem ser exigidas do Estado, ao passo que a função dos *limites negativos* é afastar determinadas pretensões que escapem à proteção conferida pela norma de direito fundamental, devidamente interpretada em conformidade com ditames da própria Constituição.

Afora a terminologia que aqui empregamos, não é nova a ideia de que a incidência das normas jurídicas comportam parâmetros positivos e negativos, tema há muito já estudado por doutrinadores que se ocuparam em descrever o fenômeno interpretativo do Direito e a sua inevitável relação com a linguagem, notadamente diante dos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*. Na doutrina germânica, foi analisada a estrutura desses conceitos, expressos por meio de termos linguísticos que comportam uma *zona de certeza positiva* e uma *zona de certeza negativa*, definindo aquilo que, sem maiores dúvidas, está ou não albergado em sua significação. Entre tais zonas de certeza, porém, existe a zona intermediária (zona de penumbra ou de incerteza) na qual se encerra um complicador hermenêutico, envolvendo as situações mais problemáticas de aplicação do conceito jurídico indeterminado<sup>530</sup>. Partindo do pressuposto de que a lei não contém expressões ou palavras inúteis, consoante adverte Celso Castro, os termos linguísticos empregados pelo legislador, por mais indeterminação que possam conter, haverão de necessariamente ser *determináveis*<sup>531</sup>.

---

<sup>530</sup> "Dentro da zona de certeza positiva, ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa, diferentemente da zona de certeza negativa, em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só teriam cabimento no intervalo entre ambas". SOARES, Ricardo. **Op. cit.**, p. 112.

<sup>531</sup> "Firme-se que a indeterminação provoca, necessariamente, a determinabilidade, porque se algo é indeterminável não tem porque habitar o mundo jurídico, cuja carga de objetividade se revela como pressuposto da estabilidade das relações sociais. Velha regra de hermenêutica, aliás, ensina-nos que a lei não contém expressões ou palavras inúteis do que resultariam, afinal, os conceitos indeterminados, se fossem privados da apropriação de qualquer sentido. Exemplos múltiplos nos vêm a mente para demonstrar que o caráter indeterminado, quando posto diante de uma situação, resolve-se em clara e plena determinabilidade. Todos concordarão que são *relevantes* para um professor o estudo e a pesquisa. Ninguém duvida de que é *perigoso* dirigir um veículo em velocidade incompatível com uma determinada via. Diante de um prédio em incêndio é *urgente* a sua

Destarte, o que aqui chamados de *limites positivos* são os parâmetros normativos e argumentativos a que o aplicador do Direito recorre ao identificar a zona de certeza positiva, ao passo que os *limites negativos* servem para se delimitar a zona de certeza negativa. E é com base na conjugação desses parâmetros positivos e negativos que se deve buscar resolver os casos problemáticos localizados na zona intermediária.

Sabe-se que o texto constitucional alude aos direitos fundamentais valendo-se de diversos conceitos jurídicos indeterminados. De fato, delimitar, em termos de comportamentos e ações, o alcance do direito à "saúde", à "educação" ou à "moradia", dentre outros, ou até mesmo definir o conteúdo da "dignidade da pessoa humana", são temas que perpassam necessariamente pelo referido complicador hermenêutico.

Na linha de pensamento até aqui exposta, entendemos que o princípio da reserva do possível, enquanto parâmetro normativo e argumentativo extraído da própria Constituição, opera como um dos *limites negativos* dos direitos fundamentais, exercendo considerável influencia desde o primeiro momento da delimitação do direito fundamental (*prima facie*), ou seja, deve ser tomado como uma das balizas do próprio conteúdo essencial do direito, fornecendo elementos que servirão para traçar-lhe os limites imanentes. Tomada a sua incidência para esse fim, a reserva do possível pode ser constatada quando a situação de escassez apresente-se de maneira que não se deva razoavelmente reconhecer a juridicidade de determinadas pretensões direcionadas contra o Estado.

Sgarbossa, como já visto, assim se posiciona apenas em relação aos casos de escassez econômica (ou real), quando não haja qualquer disponibilidade de meios econômicos para suprir a pretensão fundamental. Discordamos em parte desse posicionamento, por entendermos que a reserva do possível repercute como limite negativo dos direitos fundamentais também em situações de escassez jurídica (ou ficta), uma vez que, na análise da escassez dos recursos materiais de que

---

desocupação. As obras sociais de Irmã Dulce são *benéficas* à população pobre. Um cidade infestada por cólera vive um *grave* problema de saúde. A educação é *decisiva* para o desenvolvimento. Vê-se, aí, que a indeterminação na hipótese não impediu uma apropriação invidiosa e única do significado de *relevante, perigoso, urgente, benéfica, grave e decisiva*". CASTRO, Celso Luiz Braga de. **Desvios de conduta da administração pública**. 195 p. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2001.



dispõe ordinariamente o Estado para atender a diversas pretensões coletivas e individuais, entra em cena não apenas a quantidade dos bens econômicos, mas, também, os seus aspectos qualitativos.

Deveras, como já frisamos no tocante aos graus de escassez, mesmo quando não esteja configurado um cenário de escassez real, a divisibilidade e a heterogeneidade de grande parte dos bens econômicos faz com que, a depender da demanda em torno deles, oscile-se para situações de escassez adicional, quando então, não obstante a disponibilidade de recursos financeiros, o atendimento de certas pretensões específicas não poderia se dar sem prejuízo do atendimento das necessidades gerais. Nessas situações, operando a reserva do possível como limite negativo, deve-se considerar que ditas pretensões específicas estarão fora do suporte fático da norma de direito fundamental.

É certo que o nível abstrato de determinação normativa pode variar, numa crescente de concretização cujos graus se diferenciam no próprio texto da Constituição. Se para efetivar o direito fundamental o legislador constitucional já prevê uma prestação mais concreta e suficientemente delimitada, tem-se que essa prestação há de ser de logo considerada como integrante do perfil do direito e, portanto, a reserva do possível dificilmente poderá ser invocada como limite negativo nesse grau de concretização. Contudo, mesmo em se tratando de um direito subjetivo, a reserva do possível continuará servindo para delimitar a qualidade do bem objeto da prestação, considerando-se que a mesma prestação deve ser garantida a todos que dela necessitem, por força dos princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade<sup>532</sup>, bem como o da eficiência<sup>533</sup>.

---

<sup>532</sup> "Todos conhecem o déficit das políticas públicas brasileiras para a implementação dos direitos sociais prestacionais. O Brasil está muito longe da realização material de direitos básicos da assistência à saúde, educação fundamental, saneamento etc. Assim, diante da escassez dos recursos orçamentários, as prestações sociais devem ser universalizadas, garantindo o acesso de todos aqueles que necessitam de recursos públicos para tratamento de saúde. (...) Está visto pois, que as decisões judiciais concessivas de tratamento individual da saúde tendem a beneficiar alguns privilegiados e pode gerar dificuldades orçamentárias em detrimento de todos os demais indivíduos que não podem ir a juízo reclamar igual prestação jurisdicional". LUPION, Ricardo. **O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade**. In: SARLET; TIMM, *op. cit.*, 2013, p. 311-324.

<sup>533</sup> "Se pensarmos que a ineficiência provoca desperdícios em uma sociedade, certamente não seria justo que os recursos da sociedade fossem gastos sem maximizar a sua utilização social. (...) Desse modo, podemos concluir que a Economia tem contribuições importantes ao Direito, sendo a eficiência uma imposição jurídica e econômica ao gasto público. E com relação à discussão sobre as políticas públicas relacionadas à promoção dos direitos sociais, a abordagem não pode ser diferente. Não é a essencialidade da necessidade (e do direito social positivado) que deve ser o ponto de partida para o

Cite-se, por exemplo, o caso do ensino fundamental obrigatório e gratuito, bem como a instalação de creches e pré-escolas para atender crianças de zero a seis anos. Ao tratar do dever do Estado com a educação, a Constituição Federal de 1988 previu de modo explícito tais prestações, respectivamente nos incisos I e IV do art. 208, razão pela qual elas integram *a priori* o suporte fático da norma de direito fundamental à educação, sendo o Poder Público (em todos os níveis da federação) obrigado a propiciar estruturas de ensino fundamental e creches.

O princípio da reserva do possível não tem dimensão de peso suficiente para se denegar o direito fundamental que todo estudante tem a receber um ensino fundamental gratuito em estabelecimentos oficiais, bem como as crianças a serem atendidas em creches e pré-escolas públicas, conforme, inclusive, já decidiu o STF<sup>534</sup>. Isso, porém, não afasta completamente a incidência da reserva do possível como limite negativo, a depender do grau de escassez de que se esteja tratando.

Ainda que o Poder Público cumpra o seu dever constitucional de instalar creches e pré-escolas, é inegável que as entidades federadas, notadamente os municípios mais pobres, obedecerão à norma de direito fundamental na medida de suas forças financeiras e planejando o seu orçamento, o que sempre acabará repercutindo na qualidade do serviço fornecido, influenciando em aspectos tais como: os locais de instalação das escolas e creches (mais pertos para alguns usuários, mais longe para outros); a quantidade de professores e servidores de apoio (a serem distribuídos entre todas as unidades de ensino); a divisão dos turnos de aula em função do número e do nível de aprendizagem dos alunos matriculados (considerando a quantidade de salas de aula disponíveis); a aquisição de equipamentos de informática e outros mecanismos facilitadores do ensino etc.

Enfim, mesmo se desejando a maior qualidade possível, é razoável supor que tais aspectos qualitativos variarão a depender do universo de políticas públicas que

---

problema, ela deve sim ser o ponto de chegada. Por isso os direitos sociais são consagrados em normas programáticas, que estabelecem justamente metas, resultados a serem obtidos pela sociedade e pelo seu governo em um determinado espaço de tempo. A Economia pode contribuir com o planejamento do gasto público no orçamento do Estado, permitindo eleger prioridades de gastos sociais e fazer eleições que por vezes podem soar 'trágicas', mas sempre dentro da realidade de que existirão necessidades sociais que não poderão ser atingidas em sua totalidade pelos governos. E o gasto com prioridades sociais, que atendam a um maior número de beneficiários mais necessitados, evitando o desperdício, tenderá a ser a melhor solução e, portanto, a mais justa". TIMM, Luciano. **Op. cit.**, p. 53-54.

<sup>534</sup> Neste sentido, v.g.: **ARE 639337** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 23/08/2011; **RE 581352** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 29/10/2013.

precisam ser adotadas e conforme as contingências financeiras de cada Administração. É nesse ponto que entendemos que a reserva do possível sempre atuará como um dos limites negativos dos direitos fundamentais sociais, delimitando os suportes fáticos das respectivas normas constitucionais, de modo que qualquer pretensão individual que se mostre além desses limites estará fora do alcance do direito fundamental que constitui o correspondente dever do Estado.

Noutro giro, na definição do conteúdo dos direitos fundamentais, não se olvida haver também importantes *limites positivos* que garantem aos indivíduos usufruírem de determinadas prestações a cargo do Estado, não sendo dado ao Poder Público, a princípio, esquivar-se de cumprir o dever já balizado pelo suporte fático da norma.

Dentre os limites positivos apontados pela doutrina, alguns são examinados no plano das situações objetivas de regulação constitucional, enquanto outros operam no plano das situações subjetivas<sup>535</sup>. No primeiro caso, destacam-se figuras tais como o *conteúdo essencial* (ou *núcleo essencial*) dos direitos fundamentais, a *proibição de retrocesso* e a *proibição de proteção suficiente*, categorias que serão abordadas mais à frente, quando tratarmos do "limite aos limites" ou "restrição às restrições" dos direitos fundamentais. Interessa-nos, por ora, investigar os limites positivos dos direitos fundamentais sob a ótica das *situações subjetivas* constitucionalmente reguladas, na qual se destaca a figura do *mínimo existencial*.

### 3.3.2.2 O mínimo existencial

A resolução dos casos problemáticos envolvendo direitos fundamentais demanda uma adequada conjugação dos parâmetros positivos e negativos que servem à delimitação das ações e comportamentos abarcados pelo suporte fático da

---

<sup>535</sup> "Deixando de lado as variadas nuances do debate, é possível sistematizar as teorias acerca do conteúdo essencial por meio da utilização de dois pares conceituais: de acordo com o primeiro par, as teorias sobre o conteúdo essencial são diferenciadas segundo relacionem a garantia do conteúdo essencial a uma situação *subjetiva* ou a uma situação *objetiva* de regulação constitucional; já de acordo com o segundo par, essas teorias são diferenciadas segundo interpretem essa garantia em um sentido *absoluto* ou *relativo*". ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 296.

norma constitucional embasadora de tais direitos. Com isso, tem-se combatido o argumento da escassez no terreno dos direitos fundamentais, de modo a afastar a incidência do princípio da reserva do possível, partindo de categorias jurídicas que foram trazidas da experiência alemã e que atuariam como limites positivos destes direitos.

Nessa linha de sustentação, não seria dado ao Estado, em qualquer contexto político ou econômico, denegar pretensões relacionadas a prestações positivas imprescindíveis para atender o indivíduo naquilo que é considerado como o *mínimo existencial* (*Existenzminimum*), sobretudo no Brasil, um país de modernidade tardia e ainda com tanta carência em atendimentos básicos à população<sup>536</sup>.

A construção teórica do *mínimo existencial*, assinala Saulo Casali, é fruto de um discurso mais moderado de adeptos da teoria objetivista (ou substancialista) dos direitos fundamentais<sup>537</sup>, que, flexibilizando a ideia da plena e irrestrita efetividade (substancialismo radical), compreendem não ser possível assegurar a concretização simultânea e judicializável dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões e graus (substancialismo moderado)<sup>538</sup>. Para estes objetivistas não radicais, contudo, não obstante apontem implicitamente para uma reserva do possível, "haveria um núcleo mínimo, um mínimo existencial de direitos, um rol de direitos indispensáveis, estes sim não sujeitos à avaliação discricionária do legislador ou do administrador quanto à sua concretização"<sup>539</sup>. A teoria subjetivista (ou relativista), por sua vez, nega a existência desse mínimo existencial com conteúdo fixo e predeterminado, reconhecendo tão somente "um algo (mínimo) a ser garantido apenas no caso concreto, com conteúdo variável, ditado pelas circunstâncias e limites fáticos e

---

<sup>536</sup> "É evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a *reserva do possível* não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao *mínimo existencial*, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial". CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Crítica Jurídica, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

<sup>537</sup> O autor explica que a concepção objetivista ou substancialista é aquela que toma os direitos fundamentais como absolutos, de modo que eventuais questões de custos decorrentes da escassez apareceriam como meras externalidades, não se admitindo restrições no conteúdo dos direitos. Já a concepção subjetivista ou relativista, levando em conta não apenas a fundamentalidade do direito, mas, também, as condições reais para prestá-lo, considera a efetividade dos direitos fundamentais como um princípio, mas cujo conteúdo deve ser extraído mediante a ponderação nas hipóteses de conflitos com outros princípios. Assim, os custos são vistos como internalidades ao direito, delimitando o seu próprio conteúdo. BAHIA, Saulo. **Op. cit.**, 2014.

<sup>538</sup> **Ibid.**

<sup>539</sup> **Ibid.**

jurídicos", de modo que "o mínimo do direito e o máximo do caso concreto se confundem"<sup>540</sup>.

Em que pese os diversos sentidos com que pode ser usada a expressão, como adverte Virgílio Afonso da Silva<sup>541</sup>, tem prevalecido a abordagem do mínimo existencial como um reforço às justas pretensões dos particulares em face do Estado e uma espécie de *tropa de elite dos direitos sociais*, no dizer Lazari, "justamente pela inevitabilidade de sobrevivência digna do ser humano sem sua observância"<sup>542</sup>. Tem-se, aí, o foco centrado nas situações subjetivas, até porque, na lição de Alexy, direitos fundamentais são primariamente posições individuais<sup>543</sup>.

Pode-se dizer que, no Brasil, a maior parte das demandas judiciais envolvendo a efetividade direitos fundamentais aborda a questão do mínimo existencial, confrontando-o com a temática da reserva do possível<sup>544</sup>.

Ana Carolina Lopes Olsen assevera que "o mínimo existencial assume o caráter de um autêntica regra jurídica, que não está sujeita a ponderação"<sup>545</sup>. O mesmo diapasão segue Manoel Jorge e Silva Neto, sustentando que ao direito fundamental ao mínimo existencial "não se poderá opor o óbice da 'reserva do possível'", haja vista tratar-se "de um caso concreto, individual, que confere, por consequência, um direito público subjetivo ao indivíduo para exigir a pronta resposta

---

<sup>540</sup> **Ibid.**

<sup>541</sup> "O conceito de mínimo existencial é usado com diversos sentidos, e pode significar: (1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais - ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justiciável - ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial - isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social". SILVA, Virgílio. **Op. cit.**, 2010, p. 204-205.

<sup>542</sup> LAZARI, Rafael. **Op. cit.**, p. 93.

<sup>543</sup> "Se a Constituição estabelece algo tão importante quanto uma proibição de afetação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, então, isso diz respeito *no mínimo também* a posições de direitos fundamentais individuais". ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 297.

<sup>544</sup> Aludindo às pretensões individuais e coletivas dirigidas ao Estado na área da saúde, o ministro Gilmar Mendes salienta que "as divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar 'mínimo existencial' e 'reserva do possível' (*Vorbehalt des Möglichen*)". Voto proferido no STF, STA AgR 175, julg. 17/03/2010.

<sup>545</sup> OLSEN, Ana. **Op. cit.**, p. 329. Aduz a autora: "Sempre que a atuação restritiva dos poderes públicos ameaçar este mínimo, não se abrirá oportunidade para a ponderação entre princípios contrários, mas sim haverá violação de uma regra, de modo que toda restrição se evidenciará como ilegítima e inconstitucional". *Idem, ib idem*. Sobre as origens da proteção ao mínimo existencial no Direito alemão, confira-se: SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 302 e ss.

do Estado"<sup>546</sup>. Ana Paula de Barcellos, por sua vez, impugna a crítica operacional que costuma ser feita em nome da realidade da ação estatal como um todo, salientando que no nível do mínimo existencial, tratando-se de assegurar a dignidade da pessoa humana, não se pode falar em *macrojustiça* sem que se implemente obrigatoriamente a justiça individual ou *microjustiça*<sup>547</sup>.

Entrementes, ainda que se reconheça que cumpre ao Estado exercer tarefas sociais que garantam condições mínimas de dignidade às pessoas, é preciso ter atenção ao se identificar o próprio conteúdo do *mínimo existencial*, o que não pode ficar ao sabor dos idealismos de uma justiça social desconectada com a realidade prática do conjunto de ações estatais impostas pela Constituição. Ainda que, por força da Constituição de 1988, tenha o Estado brasileiro o dever de assegurar ao máximo um ambiente de igualdade material de oportunidades, não se pode olvidar, como alerta Alexy, ser "praticamente impossível determinar o que faz parte do mínimo existencial garantido constitucionalmente"<sup>548</sup>, de modo que dita igualdade fática deve ser investigada mediante cuidadosa análise das contingências de cada país em cada momento histórico<sup>549</sup>.

Ricardo Lobo Torres, um dos autores pioneiros no enfrentamento do tema do mínimo existencial no Direito brasileiro<sup>550</sup>, segue defendendo que "a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*, pois a sua

<sup>546</sup> SILVA NETO, Manoel. **Op. cit.**, p. 144.

<sup>547</sup> "A 'macrojustiça' - assim como a clássica noção de *interesse público* - não existe como um conceito etéreo, desvinculado da realidade e das pessoas concretamente consideradas. Assim, se determinados bens são considerados indispensáveis para a dignidade humana em uma dada sociedade, a atribuição de tais bens às pessoas - as múltiplas 'microjustiças' - formarão necessariamente um dos conteúdos obrigatórios da 'macrojustiça', de tal modo que, se esta última não incluir tais prestações em seu bojo, haverá uma injuridicidade em sua concepção". BARCELLOS, Ana. **Op. cit.**, 2013, p. 125.

<sup>548</sup> ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 427.

<sup>549</sup> "Como a História e outros países demonstram, o mínimo existencial absoluto pode ser fixado em um patamar extremamente baixo. Sob a Constituição alemã o que importa é o mínimo existencial relativo, ou seja, aquilo que sob as condições de cada momento na República Federal da Alemanha seja considerado como mínimo existencial. Simplesmente aceitar aquilo que o legislador garante em cada momento seria renunciar a um padrão jurídico-constitucional para aquilo que o legislador tem o dever de garantir. Nesses casos, o conceito de dignidade humana praticamente não oferece nenhum padrão racionalmente controlável. Mas esse padrão pode ser oferecido, em nível constitucional, pelo princípio da igualdade fática. Esse princípio exige uma orientação baseada no nível de vida efetivamente existente, mas, por força de princípios colidentes, o padrão poderá ficar abaixo desse nível". **Ibid.**, p. 427-428.

<sup>550</sup> O argumento do mínimo existencial "tem raízes fincadas na Alemanha, no início da década de 1950, através de construção do Tribunal Federal Administrativo daquele país (*Bundesverwaltungsgericht*), encontrando seu ápice na década de 1990, já na Corte Constitucional, por intermédio do jurista Paul Kirchhoof, tendo sido apresentado ao Brasil por Ricardo Lobo Torres, no final da década de 1980, pouco tempo após a promulgação da Constituição Federal de 1988". LAZARI, Rafael. **Op. cit.**, p. 91-92.

fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas"<sup>551</sup>. Para tanto, porém, o autor parte da premissa de que se deve distinguir entre o direito ao mínimo existencial sob a perspectiva das situações subjetivas, por ele tratado como *direito fundamental social*, e os direitos econômicos e sociais que, sob uma perspectiva objetiva, devem ser gradativamente garantidos pelo Estado, dependendo do orçamento destinado às políticas públicas<sup>552</sup>.

Na Europa, por influência do constitucionalismo alemão durante as décadas de 1950 a 1970, consideradas, sob o ponto de vista de desenvolvimento econômico europeu, como as "décadas de ouro" do século XX, houve a prevalência dos direitos sociais em seu máximo grau, sendo todos eles tomados como *direitos fundamentais sociais*, plenamente justiciáveis, independentemente da intermediação legislativa e interpretados de acordo com princípios de interpretação constitucional (máxima efetividade, concordância prática e unidade da ordem jurídica)<sup>553</sup>. Em Portugal, tal influência germânica se fez sentir na obra de Canotilho, com sua famosa tese da *Constituição dirigente*<sup>554</sup>.

Contudo, desde o final da década 1980, terminada aquela fase de ouro europeia, teve início um movimento de inflexão na compreensão dos direitos sociais, passando-se a ressaltar o caráter essencialmente indivisível dos direitos humanos, de modo que, até mesmo na Alemanha, a noção de *direitos fundamentais sociais* (no sentido de direito subjetivo dos indivíduos) ficou restrita ao mínimo existencial, enquanto os direitos econômicos e sociais tornaram-se diretivas gerais de caráter programático impostas ao Estado<sup>555</sup>. Em Portugal, inclusive, teria havido uma

<sup>551</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. In: SARLET; TIMM, *op. cit.*, 2013, p. 74.

<sup>552</sup> "Uma diferença importante entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais: enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador, que pode ser a orçamentária. As normas constitucionais sobre direitos econômicos e sociais são meramente programáticas: restringem-se a fornecer as diretivas ou a orientação para o legislador e não tem eficácia vinculante". *Ibid.*, p. 73.

<sup>553</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>554</sup> "Coube ao jurista J. J. Gomes Canotilho captar a mensagem dos constitucionalistas da Alemanha social-democrata e introduzi-la em Portugal, para a interpretação do texto da Constituição de 1976; defendia o insigne jurista a ideia de uma *Constituição Dirigente*, que definiria direitos a prestações originárias, que valeriam independentemente da *interpositio legislatoris*". *Ibid.*, **loc. cit.**

<sup>555</sup> "A tese da indivisibilidade dos direitos humanos, que leva a que se considerem os direitos sociais como extensão dos direitos da liberdade ou como uma especial geração de direitos com as mesmas características e fundamentos dos direitos de 1ª geração (direitos individuais ou da liberdade), passou a ser muito seguida após o colapso do socialismo real e a crise do Estado do Bem-Estar Social, simbolizados na queda do muro de Berlim (1989). (...) Na Alemanha, a mudança também foi considerável. Alguns autores sociais-democratas emudeceram após a queda do muro de Berlim, como foi o caso de Horst Ehmke, ou mudaram o rumo da temática, como P. Häberle, que passou a

alteração radical de posicionamento por parte de Canotilho<sup>556</sup>, passando o autor lusitano a defender a necessidade de *reinvenção do Estado Social* e de uma *nova arquitetura de Estado*, caminhando-se para uma dogmática que, sem olvidar do importante papel do Direito como instrumento de direção e substituindo a ideia de Constituição dirigente pela de *Constituição diretora*, leve também em conta que as tarefas de socialidade a cargo do Estado somente podem ser desempenhadas com orçamento público equilibrado e uma boa taxa de crescimento nacional, dentre outras condições básicas<sup>557</sup>.

Enquanto os juristas europeus, desde a década de 1990, cediam à força dos fatos econômicos subjacentes ao reconhecimento dos direitos sociais<sup>558</sup>, o que se viu na doutrina brasileira foi uma tendência contrária, ampliando-se em demasia o conteúdo do *mínimo existencial* de modo a praticamente confundi-lo com todo o âmbito do suporte fático das normas de direitos sociais. Tal tendência incrementou-se desde o final da década de 1990, dada a vinculação obrigatória de receitas

---

se interessar pelos problemas da Constituição Europeia. Outros, embora continuem a falar em *direitos fundamentais sociais* (*soziale Grundrechte*), não lhes dão o sentido de verdadeiros direitos fundamentais, senão que os subordinam à justiça social e entendem que constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade". **Ibid.**, p. 66.

<sup>556</sup> "Alteração radical em seu posicionamento teórico ocorreu com o professor português J. J. Gomes Canotilho, que passa a reconhecer que 'os direitos sociais não são mais que pretensões legalmente reguladas' e que 'o legislador determina o que é um direito social, mas não está vinculado aos direitos sociais', relativizando as suas anteriores afirmações para reconhecer como inequívoco que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: 1) pela graduação de sua realização; 2) pela dependência financeira do orçamento do Estado; 3) pela liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização de tais direitos; 4) por serem insuscetíveis de controle jurisdicional os programas políticos-legislativos, a não ser quando se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais ou quando apresentam dimensões pouco razoáveis. Canotilho hoje se aproxima das posições do seu conterrâneo Jorge Miranda, que também exerce muita influência sobre os autores brasileiros, mas que teve trajetória intelectual mais estável desde os tempos da Revolução dos Cravos". **Ibid.**, p. 67.

<sup>557</sup> "O Estado Social só pode desempenhar positivamente as suas tarefas de socialidade se se verificarem quatro condições básicas: (1) provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente e capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coacção tributária; (2) estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva); (3) orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e a evitar que défice elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; e (4) taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado (3% pelo menos ao ano). A verificação de todas as condições enumeradas coloca o Estado Social em reais dificuldades". CANOTILHO, J. J. **Op. cit.**, 2015, p. 19-20.

<sup>558</sup> "Desde os anos 1970 se insiste na *crise fiscal do Estado* e a partir da década de 90 do século passado o tema obsidiante é o da *sustentabilidade do modelo social*. As críticas ao Estado Social e às constituições programático-sociais inserem-se neste contexto, insistindo uma significativa parte dos políticos e economistas influentes na reorientação das políticas das finanças e despesas públicas. No banco dos réus está a célebre política do *deficit spending*: endividamento do Estado com a finalidade de financiar a despesa pública, sobretudo a despesa social". **Ibid.**, p. 20.



orçamentárias para as áreas de educação, saúde e combate à pobreza<sup>559</sup>. Como alerta Torres, "o problema se torna mais intrincado quando o mínimo existencial aparece mesclado com os direitos sociais, como acontece no campo das prestações de saúde"<sup>560</sup>, daí porque critica o ativismo judicial voltado ao fornecimento de bens públicos individualizados sem que se atente para os parâmetros universais da política pública adotada pelo Estado em benefício da coletividade<sup>561</sup>.

Não adentraremos aqui na polêmica sobre estar ou não o conteúdo dos direitos fundamentais sociais resumido ao mínimo existencial, havendo autores que consideram que essa redução poderia, ao invés de reforçar, enfraquecer a defesa de tais direitos, transmitindo a ideia equivocada de que tudo que estivesse fora do mínimo existencial teria conteúdo meramente programático e, com isso, não efetivamente protegido<sup>562</sup>. Entretanto, seja enaltecendo o mínimo existencial para com base nesse conceito assegurar-se prestações positivas por parte do Estado (como tem sido o entendimento do STF, *v.g.*, nas áreas de saúde e educação fundamental<sup>563</sup>), seja criticando-o como um conceito que poderia inadvertidamente

<sup>559</sup> "A contar das vinculações criadas pelas EC 14/1996 (educação), 29/2000 (saúde), 31/2000 (erradicação da pobreza), portanto, aumentou a confusão entre mínimo existencial e direitos sociais, o que levou diretamente à judicialização da política orçamentária, especialmente pelas instâncias inferiores do Judiciário, que passaram a sacar da literalidade do texto constitucional a fonte de legitimação para a outorga individual das prestações estatais". **Ibid.**, p. 74.

<sup>560</sup> **Ibid.**, p. 75.

<sup>561</sup> "A insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que acontece em outros países. Se não prevalece o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso se pode fazer a ilação de que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento". **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>562</sup> Destacando o que considera "o perigo da noção reducionista dos direitos fundamentais sociais", Olsen escreve que, "ainda que se possa identificar um núcleo de dignidade humana e de proteção existencial na dimensão material dos direitos fundamentais sociais, especialmente em seu caráter prestacional, não parece ter a Constituição autorizado a interpretação que reduz a fundamentalidade desses direitos à correspondência com o mínimo existencial". OLSEN, Ana. **Op. cit.**, p. 324. No mesmo sentido, Sarlet adverte que, "embora o mínimo existencial esteja em contato com os diversos direitos sociais individualmente considerados e existam zonas de convergência quanto aos respectivos conteúdos (âmbito de proteção), não se pode afirmar que o mínimo existencial equivale (isto é, se confunde com) ao conteúdo essencial dos direitos sociais. (...) Neste contexto, cabe referir o alerta de J. J. Gomes Canotilho, no sentido de que a identificação entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos sociais poderia implicar um esvaziamento não apenas dos direitos sociais, mas também dos demais direitos fundamentais". SARLET, Ingo. **Op. cit.**, 2015, p. 332.

<sup>563</sup> Enfocando a dimensão positiva (prestacional) do direito ao mínimo existencial, Ingo Sarlet salienta que "o STF tem consolidado o entendimento de que nesta seara incumbe ao Estado, em primeira linha, o dever de assegurar as prestações indispensáveis ao mínimo existencial, de tal sorte que em favor do cidadão há que reconhecer um direito subjetivo, portanto, judicialmente exigível, à satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial, e, portanto, à dignidade da pessoa humana. Sem que se tenha aqui a pretensão de avaliar se e em que medida o STF tem julgado de modo uniforme e mesmo coerente tais questões, o fato é que pelo menos no que diz com o direito à saúde e o direito à educação (no caso do direito à moradia não se registra julgado assegurando um direito subjetivo à construção de uma moradia digna por parte do Estado) já são várias as decisões

obstaculizar uma desejada maior amplitude dos direitos sociais, em todo caso pensamos que o princípio da reserva do possível não pode ser sumariamente ignorado pelo aplicador do Direito.

O exame do mínimo existencial demanda uma dupla dose de cuidado. Primeiro, é preciso não ampliar demasiadamente o seu conteúdo de modo a abranger toda e qualquer prestação estatal na área social, devendo-se atentar para a premissa de que nem todo direito social se manifesta com a natureza fundamental de um mínimo existencial. Em segundo lugar, ainda quando se esteja diante de direitos sociais substancialmente identificados com o mínimo existencial - revelando-se, no dizer de Ricardo Lobo Torres, como *direitos fundamentais sociais* -, faz-se necessária a ponderação do mínimo existencial com os limites negativos que também demarcam o conteúdo desses direitos, dentre eles a reserva do possível.

Assim, diante de uma situação subjetiva na qual se esteja pleiteando uma prestação positiva que se entende devida pelo Estado, ainda que fundada no mínimo existencial, porém não havendo elementos suficientes para se decidir a respeito dos meios disponíveis para atendê-la, seria recomendável que o aplicador da Constituição buscasse melhor inteirar-se do contexto em que se insere tal pretensão no conjunto das políticas públicas na área social, verificando se a omissão do Poder Público estaria nesse caso justificada diante de um limite negativo do conteúdo do direito fundamental, por força do princípio da reserva do possível.

Sem embargo do apelo retórico que se tem lançado mão na defesa incondicional (e por vezes inconsequente) do mínimo existencial, não se olvida que o fenômeno da escassez sempre será inevitável em algum grau. Ora, se sob aspecto subjetivo o mínimo existencial diz respeito a tudo que se mostre imprescindível para garantir a dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que uma pessoa hospitalizada, correndo risco de morte e precisando de um transplante de medula, necessita de uma prestação positiva que se insere no seu mínimo existencial e que, portanto, integra o núcleo essencial do seu direito fundamental à vida. Porém, não se dispendo de um doador compatível e tratando-se aí de um bem de escassez quase natural, conforme vimos no item 3.3.1, não se poderia exigir de ninguém, nem mesmo do Estado, o dever de prestar, o que equivale a dizer que não

---

reconhecendo um dever de prestação, inclusive em caráter originário, ou seja, não necessariamente dependente de prévia política pública ou previsão legal". *Ibid.*, p. 334.

se pode aí falar propriamente em *direito*, sequer *prima facie*, a obter uma medula para transplante.

Decerto se possa dizer que a doação de órgãos seja um exemplo extremo na seara dos direitos fundamentais sociais e que a maioria das prestações positivas a cargo do Estado não envolvem bens de escassez natural ou quase natural. Entretanto, como já fizemos questão de frisar, a lógica da escassez real deve ser também aplicada a situações de escassez ficta na situações em que os obstáculos jurídicos impeditivos da prestação positiva sejam extraídos da própria Constituição, levando em conta a universalidade dos serviços públicos essenciais e aquilo que um indivíduo pode razoavelmente exigir do Estado.

Nesse prisma, insistimos aqui que nem tudo que esteja relacionado ao mínimo existencial integra o conteúdo essencial do direito fundamental à vida ou à saúde. Tal impeditivo não diz respeito apenas a fatores externos que podem vir a atuar restringindo o direito fundamental em razão do conflito com outros direitos, mas, antes mesmo disso, envolve também os *limites negativos* do próprio direito, dentre eles o da reserva do possível, levando a que determinadas prestações positivas pretendidas pelos indivíduos sequer possam ser enquadradas como integrantes do suporte fático da norma de direito fundamental.

Defender-se incondicionalmente a plena eficácia de um direito fundamental diante de toda e qualquer pretensão calcada no mínimo existencial por si só não resolve o problema prático da falta de meios em quantidade ou qualidade suficientes para suprir a demanda. Mesmo diante da problemática do direito à vida para aqueles que necessitam de tratamentos médicos diferenciados, "os recursos para cuidados de saúde tem que ser alocados em um sistema de saúde no contexto da escassez e incerteza"<sup>564</sup>. O *mínimo existencial*, ainda que funcione como um importante limite positivo do direito fundamental, garantindo aos indivíduos uma série de prestações a cargo do Estado no intuito de assegurar-lhe a eficácia, há de ser sempre ponderado com a reserva do possível, atuando como limite negativo no sentido de estabelecer até que medida tais prestações integram o suporte fático da norma constitucional e podem ser exigidas.

---

<sup>564</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Op. cit.**, 2013, p. 90.

Tal sopesamento não vem sendo aceito por alguns doutrinadores brasileiros que persistem tratando o mínimo existencial como verdadeira *regra jurídica*, dada a intangibilidade do que chamam de "núcleo duro" dos direitos fundamentais, não passível de qualquer redução e absolutamente insuscetível de sopesamento<sup>565</sup>. Todavia, ressalta Lazari, "seria muito mais plausível a ideia de um 'mínimo' como regra se já, de antemão, se soubesse o que o integra. Como isso não ocorre, vai ser preciso ponderar antecipadamente direitos, para só então se saber o quê, no caso concreto, está consubstanciado o 'mínimo'"<sup>566</sup>.

Salientando que um inadvertido inchaço do mínimo existencial "pode descaracterizá-lo e leva-lo à bancarrota"<sup>567</sup>, Lazari o trata como um *princípio jurídico* passível de ponderação, de modo que limites negativos, dentre eles o princípio da reserva do possível, poderão colidir com o princípio do mínimo existencial, desafiando um necessário sopesamento, com a ressalva de que, "para que a 'reserva' prevaleça, quando do lado requerente estiver o 'mínimo', é bom que o argumento estatal seja sólido, do contrário, este último imperará"<sup>568</sup>.

### 3.3.2.3 A ponderação entre limites positivos e negativos

Não nos parece suficientemente segura a dogmática calcada no *mínimo existencial* visando a plena eficácia da norma constitucional consagradora dos direitos fundamentais, se tomada esta categoria para traduzir tudo aquilo que nas situações subjetivas, em termos de prestações materiais e sob quaisquer

---

<sup>565</sup> "É de magnitude significativa e prevalente o posicionamento doutrinário pela natureza regrativa do Mínimo Existencial, justamente por essa se aplicar através de mera subsunção, em contraponto ao juízo de ponderação norteador aos princípios. Ricardo Lobo Torres (2009, p. 83) entende se tratar o 'mínimo existencial' de regra, por constituir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sendo irreduzível por definição, e insuscetível de sopesamento, portanto. Ana Paula Barcelos (2011, p. 296) observa que, sendo o 'mínimo' regra, sua violação se afigurará inconstitucional, pelo fato de não ser possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, incondicionalmente, a ponto de nada nele sobre que lhe confira substância". LAZARI, Rafael. **Op. cit.**, p. 105-106.

<sup>566</sup> **Ibid.**, p. 107.

<sup>567</sup> **Ibid.**, p. 113.

<sup>568</sup> **Ibid.**, p. 110.

circunstâncias, poderia ser sempre exigido pelos particulares em face do Estado. Dita dogmática acaba por tratar os preceitos finalísticos dos princípios como se regras jurídicas fossem e, por isso, isentas de qualquer tipo de ponderação na delimitação dos direitos em questão.

Apontaremos aqui três argumentos que relativizam o dogma do mínimo existencial como parâmetro configurador de direitos públicos subjetivos na área social.

Primeiramente, é preciso aceitar que, por mais riqueza e desenvolvimento que uma nação já tenha conquistado, até mesmo as necessidades essenciais poderão se apresentar num ambiente de escassez<sup>569</sup>. Não se deve simplesmente presumir a solvência do Poder Público para suprir todo tipo de pretensão, nem extrair das normas de direitos fundamentais um conjunto ilimitado de prestações concretas que devam ser fornecidas pelo Estado acima de todos os custos e sob quaisquer contingências fáticas, sobretudo em se tratando de bens divisíveis e heterogêneos, os quais, como já dito acima (item 3.3.1), sempre recairão em algum tipo de escassez de segunda ordem.

No caso da saúde pública, por exemplo, não há dúvida de se trata de um direito social cujos custos variam muito a depender da necessidade dos usuários nos casos concretos, bem diferente do que ocorre com os custos que tem o Estado para manter os serviços de justiça e segurança pública.

Consoante apontamos na distinção entre os custos dos serviços públicos gerais e singulares (item 3.1.3), quando se dirige ao Estado uma pretensão de defesa, o serviço público segue um padrão geral e impessoal que busca atender a todos os usuários com o mesmo grau de eficiência, ao passo que nos direitos sociais a prestações em sentido estrito, notadamente na área da saúde, os parâmetros de atendimento devem ser mais específicos e individualizados, já que nem todos ficarão doentes da mesma doença ao mesmo tempo, nem seus

---

<sup>569</sup> Escrevendo sobre as condições básicas do Estado Social, com seus pressupostos econômico-financeiros, Canotilho destaca que mesmo nos países ricos elas podem ser posta em causa por vários motivos, tais como "o crescimento incontrolável das despesas com alguns serviços, como o de saúde, passando pelo desequilíbrio das obras públicas regionais e locais, e terminando na existência de défices estruturais, como políticas de coesão econômica e territorial, como acontece com a integração da ex-DDR na Alemanha federal". CANOTILHO, J. J. **Op. cit.**, 2015, p. 20.

tratamentos terão o mesmo custo<sup>570</sup>. Por conseguinte, dado o seu carácter universal, o serviço de saúde precisa ser planejado pelo Estado com base em estatísticas e levando em conta a demanda daquilo que ordinariamente acontece.

Em segundo lugar, mesmo que se parta da presunção de não haver escassez real em relação a todas as prestações abarcadas pelo mínimo existencial, dispondo o Poder Público de recursos suficientes a assegurá-las a todos que precisam, já vimos que a compreensão sobre o alcance do direito fundamental não pode se dar com base apenas num único tipo de bem jurídico protegido, ignorando-se a sua relação com outros bens reputados existenciais, os quais cumpre ao Estado também minimamente proteger.

Tomando mais uma vez o exemplo do direito à saúde, que nas situações de risco extremo se traduz como direito à vida, é inegável haver aí uma propriedade relacional com a segurança pública<sup>571</sup>. Ora, o bem *vida* pode estar relacionado com vários tipos de ameaça, tendo relação tanto com a preservação da *saúde* do indivíduo nos casos mais graves, quanto com a sua *segurança* diante da violência causada por outros indivíduos. Dada a ambivalência ínsita a todos os direitos fundamentais, "o *direito à vida* traz como consectário o direito a que o Estado proteja a vida contra ofensas de terceiros, não se exaurindo na pretensão a que o Estado não suprima esse bem dos seus súditos"<sup>572</sup>. Logo, não há porque diferenciar a proteção à vida a depender do tipo de ameaça.

Ao se compreender o *direito à vida* como um direito ao máximo no atendimento da saúde pública em casos graves, incluindo todas as prestações concretas necessárias para garantir a sobrevivência dos pacientes, parece óbvio que esse estado ideal de coisas também deveria abranger o *direito de não ser morto*, revelando-se um problema igualmente grave a enfrentar diante dos altíssimos

---

<sup>570</sup> "Apesar de concordar, como não poderia deixar de fazê-lo, que a manutenção da propriedade individual implica custos para o Estado (manutenção da justiça e da segurança públicas, por exemplo), creio ainda que o objeto da prestação é diferente no direito à propriedade e no direito à saúde. No primeiro, a prestação é de recursos indiretos para a manutenção de algo que pode ter sido adquirido no mercado. No segundo, a prestação é o próprio serviço, que o Estado fornece fora do mercado se for o caso. (...) O Estado não se obriga a dar acesso à propriedade (de que bens?) a todos, mas a garantir que os que gozam da propriedade não serão esbulhados. Já quanto à saúde o Estado ficou obrigado a garanti-la, mas, claro, mediante políticas sociais e econômicas, não mediante concessões individuais". LOPES, José. **Op. cit.**, p. 158.

<sup>571</sup> Relembrando que, como dissemos no item 2.2.3, a *propriedade relacional* é aquela que um bem possui em virtude da sua relação com outros bens. Cf. REIS, José. **Op. cit.**, p. 65.

<sup>572</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Op. cit.**, p. 265.

índices de roubos, sequestros, estupros e todo tipo de violência a que os brasileiros infelizmente estão sujeitos no dia a dia. Não estaria tal faceta do direito à vida também acobertada pelo manto do mínimo existencial? E assim estando, não caberia ao Estado deslocar grande parte dos recursos disponíveis também para a segurança pública, inclusive nos casos em que indivíduos, por razões mais específicas, demandem a constante presença da polícia em sua casa, rua ou bairro ou, ainda, uma proteção especial diante de ameaças de morte cada vez mais comuns?

Naturalmente, em casos tais, ainda não temos visto no Brasil liminares judiciais garantindo, com efeito prático e concreto, uma segurança personalizada aos indivíduos necessitados<sup>573</sup>. Contudo, a se continuar na linha de argumentação fundada no direito à vida como um mínimo existencial fulminador de qualquer reserva do possível, talvez não demore muito a acontecer.

Por fim, como terceiro argumento, há de se ter maior atenção para as razões que justificam a escassez jurídica (ou ficta), não sendo apenas fruto de escolhas aleatórias dos gestores públicos, neste ou naquele setor da máquina pública.

Ainda que se coloque num plano secundário os interesses estritamente patrimoniais da Administração, não se olvida que o interesse público primário, que cabe ao Estado zelar em prol da coletividade, abarca uma série de dispêndios e investimentos essenciais, notadamente no modelo de Estado Social que, como visto no item 2.3.1, busca-se implantar no Brasil desde meados do século passado. Lançar críticas a esta ou àquela alocação de recursos orçamentários requer um mínimo de conhecimento acerca das reais motivações que levam o Estado a assim direcionar os recursos disponíveis, o que não pode ficar apenas no plano abstrato da retórica.

No terreno das políticas públicas, decerto há investimentos mais prioritários do que outros. Mas a quem cabe deliberar sobre isso? E o planejamento destes

---

<sup>573</sup> "Nos seja aqui permitido fazer um primeiro contraponto: onde está o fundamento para diferenciar a proteção à vida em função do tipo de ameaça? Na visão empírica deste observador, tem-se no Brasil um conjunto bem desenvolvido de medidas de defesa da vida quando a ameaça pode ser combatida com medicamentos. Mas infelizmente, talvez porque o fim é inexorável, há diversas outras ameaças à vida que não comportam defesa farmacológica, mas sim por políticas públicas. Nestes campos a implementação, jurídica e judicial, não se tem observado. Violência urbana, atendimento em hospitais, caos aéreo. Nestes pontos a intervenção do Direito e do Judiciário tem se mostrado tímida e de pouco efeito concreto". AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Op. cit.**, 2013, p. 87.

investimentos dá-se com base em que contingências? Quais os dados reais a serem levados em conta para legitimar a tomada de uma decisão dessa natureza? São questões que precisam ser respondidas, com seriedade.

Não raro vemos críticas a determinados gastos públicos que se reputa menos prioritários - como, *v.g.*, o patrocínio estatal a eventos culturais (fomento ao cinema, shows, espetáculos teatrais etc.) ou a realização de festas populares (Carnaval, São João, Micaretas, Festivais etc.) -, considerados supérfluos se comparados com setores como a saúde, a moradia ou a educação públicas. Recentemente, criticou-se muito os gastos que o Estado brasileiro teve com a realização da Copa do Mundo em 2014 e as Olimpíadas em 2016. Outrossim, quando se trata de questionar os critérios de eleição de prioridades nos gastos públicos, a doutrina costuma aludir aos milionários gastos com publicidade e propaganda, cujos recursos deveriam migrar para suprir necessidades mais essenciais.

Ocorre que todos estes gastos criticados como "menos prioritários" também encontram amparo na Constituição brasileira.

A publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos tem assento no art. 37, §1º, da Carta Magna de 1988, devendo ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, desde que dela não constem nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. Existem, inclusive, campanhas publicitárias patrocinadas pelo governo com nítido intuito educativo, tais como as que buscam orientar sobre os perigos do trânsito, a proteção da saúde, a vigilância sanitária, dentre outras. Isso torna necessário distinguir, então, dentro do orçamento público destinado à propaganda, quais seriam especificamente os tais gastos menos prioritários.

Outrossim, a Constituição também se refere ao lazer como um direito social (art. 6º), bem como determina que o Estado apoie e incentive a valorização e a difusão das manifestações culturais (art. 215), prevendo que a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais (art. 216, §3º), além do que menciona a existência de um fundo estadual de fomento à cultura e para o financiamento de programas e projetos culturais (art. 216, §6º). Dispõe, ainda, ser dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, inclusive com a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para o desporto de alto rendimento



(art. 217, II). Também por determinação constitucional, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico (art.180).

Como se vê, a aplicação de recursos orçamentários em publicidade, eventos culturais e desportivos não se dá por mero capricho dos governantes. Naturalmente há de se ponderar sobre eventuais excessos de gastos nestas áreas, em detrimento de outras, porém não se pode simplesmente presumir que, por haver tal alocação de recursos, estaria ocorrendo um desperdício de dinheiro público em prejuízo de serviços mais essenciais.

Qualquer crítica nesta seara, para escapar à pecha de simples apelo retórico e abstrato, demandaria uma análise conjunta de todas as atividades que cabe ao Poder Público desempenhar e com vistas a um planejamento orçamentário que somente pode ser adequadamente elaborado no plano da macroadministração. A partir do momento em que a Constituição impõe ao Estado atuar em diversos setores - que não apenas nas áreas diretamente afetas a serviços reputados mais essenciais -, é de se convir que quis o legislador constituinte que tais setores fossem também minimamente preservados, de modo que um investimento insuficiente nessas áreas significaria descumprimento de ditames da Carta Magna. Enfim, todas as incumbências estatais albergadas pela Constituição são dignas e não podem ser menosprezadas ou tratadas como fontes de gastos supostamente supérfluos.

Diante dessa constatação, tem-se ser da própria Carta Magna que se deve de antemão extrair os parâmetros delimitadores dos direitos fundamentais, levando em conta não apenas os limites positivos com base nos quais se possa justificar pretensões fundamentais dos indivíduos em face do Poder Público, mas, também, conjugando-os com os limites negativos que servem para estabelecer, em termos de quantidade e qualidade, qual o padrão constitucional dos bens e serviços a serem prestados pelo Estado em todas as áreas que lhe competem.

Por *padrão constitucional do serviço público* há de se entender, então, a delimitação quantitativa e qualitativa dos bens e serviços fornecidos pelo Estado, consubstanciando aquilo que ordinariamente dele se espera em cumprimento aos seus deveres constitucionais. Não se pode exigir do Poder Público que atue ou seja responsabilizado por danos individuais decorrentes do não atendimento de pretensões formuladas acima desse padrão.

Obviamente não existe uma resposta objetiva e absoluta de qual seja, *a priori*, o padrão constitucional de normal funcionamento da máquina estatal, tudo dependendo do contexto econômico e social. Não obstante, é indubitável que os direitos fundamentais sociais enfrentam limites contextuais e sempre haverá alguma escassez em razão dos recursos disponíveis, sendo essa exatamente a ideia central do princípio da reserva do possível, aqui tomada como um dos limites balizadores do perfil jurídico do direito. Qualquer Estado, por mais desenvolvido que seja, terá normalmente um ponto limite de atuação eficiente e de alocação de recursos públicos de que dispõe para suprir as necessidades de seus cidadãos. Esse aspecto será especificamente abordado no último capítulo desse estudo, quando tratarmos da responsabilidade civil por omissão do Estado<sup>574</sup>.

Discordamos dos que reputam falacioso o argumento da reserva do possível no Brasil. A pretensa falácia não está em se invocar tal princípio, mas, na verdade, em negá-lo em todas as situações que se reputa como de proteção ao mínimo existencial. O fato de não se dever sustentar aleatoriamente a reserva do possível, como tem sido o entendimento do STF, não significa que o argumento nela calcado seja por si só inválido. Reserva do possível sempre haverá, em alguma medida; a discussão séria, que deve ocorrer em cada caso, é a de saber em que ponto essa reserva do possível começa e pode ser levantada como matéria de defesa pela Fazenda Pública.

Nem tudo é possível, mesmo diante do mínimo existencial. Se assim não fosse, conforme veremos no capítulo final, o Estado haveria de ser civilmente responsabilizado em todas as situações de danos materiais ou morais envolvendo o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o que acabaria levando a uma aplicação incondicionada da teoria do risco integral.

Em suma, operando como um dos limites negativos a serem ponderados com os limites positivos dos direitos fundamentais, a reserva do possível impõe condicionamentos ao próprio direito *prima facie*, incidindo como um dos vetores

---

<sup>574</sup> Sobre o tema, adianta-se aqui a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando assevera não haver resposta *a priori* sobre qual deve ser o padrão *normal* de funcionamento dos serviços públicos prestados pelo Estado. Sem embargo dessa dificuldade, aduz o jurista que "a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades *reais* médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 987.

normativos que traçam o perfil do bem juridicamente protegido, ainda que tomada a norma de direito fundamental em sua moldura abstrata. Tal perfil não apenas delimita aquilo que pode ser materialmente pretendido por parte do indivíduo perante o Estado, como, também, serve para afastar obstáculos normativos levantados pelo Estado a pretexto de não dar efetividade ao direito.

### 3.3.3 A reserva do possível como restrição ao direito fundamental

No tópico anterior, abordamos o princípio da reserva do possível enquanto parâmetro delimitador do perfil jurídico dos direitos, de modo que, reconhecida a relativa indisponibilidade de recursos pelo Estado frente às necessidades públicas em cada contexto histórico-social, não há sequer de se falar em "direito *prima facie*" a uma determinada prestação que se mostre fora do suporte fático da norma de direito fundamental. Dita abordagem, como também já visto, amolda-se aos parâmetros de uma teoria interna acerca do conteúdo dos direitos fundamentais.

Vejamos agora qual o embasamento teórico da reserva do possível nas situações em que, reconhecendo-se, sim, um direito *prima facie*, tal direito acaba por ceder diante de fatores externos que o *restringem* em seu conteúdo definitivo. Um desses fatores externos está relacionado ao fenômeno da escassez, a fazer incidir, por conseguinte, o princípio da reserva do possível, o que não se dá com força suficiente a descaracterizar o direito fundamental, todavia, leva a que determinada pretensão referente a tal direito não seja efetivada em razão do conflito com outros direitos, sendo esta metodologia, como já dissemos, típica de uma teoria externa sobre o conteúdo dos direitos fundamentais.

Não há um critério rigoroso para se distinguir *limites* e *restrições* a direitos fundamentais. A depender do tratamento constitucional dado a cada espécie de direito, a reserva do possível incide como limite ainda no campo da interpretação da norma abstrata, enquanto noutros casos, mesmo quando já se tenha avançado nesta exegese e reconhecido *a priori* o alcance fático do direito fundamental, a

reserva do possível pode novamente surgir como restrição ao direito, em razão do conflito de direitos e a ponderação de princípios no caso concreto.

Já falamos que quando a própria Constituição estabelece uma prestação material como necessária à efetivação de determinado direito fundamental, tal prestação inegavelmente se encontra abarcada pelo perfil do direito, de modo que a reserva do possível, neste nível de concretização, funciona como *limite* e não ainda propriamente como *restrição*.

No caso da saúde, por exemplo, tendo o art. 198 da nossa Carta Magna determinado a criação de uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único (SUS), organizado de modo descentralizado, com direção única em cada esfera de governo e com participação da comunidade, visando o atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas e sem prejuízo dos serviços assistenciais, tal determinação constitucional de logo já impõe ao Estado uma série de deveres e, por conseguinte, confere aos usuários do serviço público de saúde correspondentes direitos *prima facie*. Assim, todos tem direito a serem atendido pelo SUS, não podendo o Estado adotar qualquer tipo de medida que afaste ou dificulte a universalidade neste atendimento. A pretensão relativa a esse direito, por sua vez, pode ser dirigida a qualquer dos entes federados, os quais por ela respondem solidariamente, de modo que não cabe a um determinado ente esquivar-se de sua responsabilidade "empurrando" para o outro o dever de viabilizar a prestação pretendida<sup>575</sup>.

Destarte, a reserva do possível como limite negativo ao direito fundamental à saúde apenas operará como parâmetro definidor da qualidade do serviço a ser igualmente fornecido a todos os indivíduos que dele necessitem, adequando-se o planejamento orçamentário de modo a que se assegure o padrão constitucional de funcionamento da máquina administrativa estatal.

Cumpra esclarecer não se estar aqui sustentando uma metodologia de viés estritamente positivista que condicione a juridicidade de uma pretensão fundamental à existência de regra constitucional expressa e objetiva conferindo uma prestação

---

<sup>575</sup> Conforme reiterada jurisprudência do STF, todos os entes federados tem responsabilidade solidária na assistência à saúde: "O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente". **STF, RE 855.178** - rel. Min. Luiz Fux, julg. 05/03/2015.

específica a cargo do Poder Público. É perfeitamente cabível também que, com base em princípios constitucionais explícitos ou implícitos, chegue-se a uma conclusão acerca de uma obrigação atribuída ao Estado, dando efetividade a um direito fundamental. O que defendemos é que, mesmo se conferindo ao direito a sua maior extensão (como direito *prima facie*), não é qualquer pretensão que será abarcada pelo suporte fático amplo da norma constitucional, devendo-se levar em conta não apenas o nível de concretização conferido pela Constituição em relação ao serviço público correspondente ao direito fundamental, mas, também, aquilo que normalmente se espera em termos de um padrão constitucional de funcionamento da máquina administrativa do Estado.

Tal padrão deve ser observado, inclusive, no que concerne aos bens e serviços públicos em relação aos quais o legislador constitucional não tenha especificado, de modo explícito, um grau suficiente de concretização em termos de prestações materiais necessárias à efetivação do direito fundamental. O fato de se haver deixado a cargo do legislador ou do administrador avaliar quais devam ser essas prestações, não lhes confere discricionariedade ao ponto de ignorarem os ditames da Constituição no tocante ao padrão que normalmente se pode esperar da atuação estatal.

Ocorre que, ainda quando observado o padrão constitucional de funcionamento dos serviços públicos, podem surgir situações nas quais certos direitos fundamentais não venham a ser efetivados em decorrência do conflito com outros direitos fundamentais igualmente protegidos pelo Estado, por conta de aspectos financeiros relacionados à reserva do possível, que estará operando aí não mais como mero limite, mas, sim, como verdadeira *restrição* ao direito. Tal costuma ocorrer diante de uma escassez de bens de consumo rival (exclusivos), cujo atendimento a determinado indivíduo leva a que não se possa atender simultaneamente outros indivíduos com a mesma demanda, conforme já vimos no item 3.3.1.

Exemplificando mais uma vez com o problema da escassez na área da saúde pública, imaginemos uma situação de insuficiência de vagas em unidades de terapia intensiva (UTI), quando, mesmo já tendo o Estado disponibilizado um número relativamente grande dessas unidades nos hospitais públicos e conveniados ao SUS, venha a ocorrer um demasiado aumento na demanda por internações em

função das contingências. Num caso concreto, havendo momentânea ausência de vagas, os agentes do Estado terão de adotar parâmetros razoáveis para decidir sobre a qual paciente dar prioridade no atendimento<sup>576</sup>, atuando em benefício de alguns indivíduos, mas, inevitavelmente, protraindo o atendimento de outros.

Estaria caracterizada, então, uma situação restritiva do direito fundamental de acesso à saúde, pelo que eventual dano daí decorrente não poderia ser simplesmente imputado ao Poder Público por omissão específica no cumprimento do seu dever ou por conta do risco assumido diante da gama de prestações que lhe cabe atender na área social. Como ainda veremos, a responsabilidade civil do Estado, em casos tais, haveria de ser apurada segundo os parâmetros da culpa administrativa e não do risco administrativo.

Não se nega que os casos de internação em que haja risco de vida são muito delicados e merecem a máxima atenção possível por parte do Estado. Contudo, ainda que se aumente o número de unidades de terapia intensiva ou de leitos cirúrgicos na rede pública, tais estruturas nem sempre serão suficientes a atender um aumento extraordinário da demanda e isso precisa ser examinado em cada contexto, dados os custos envolvidos nessas estruturas e a quantidade de outras tarefas constitucionalmente atribuídas ao Estado.

Cabe lembrar que o planejamento dos gastos públicos na área de saúde precisa ser feito de modo a garantir o acesso a todos os serviços de saúde e não apenas aos mais urgentes<sup>577</sup>. Logo, algumas questões precisam ser seriamente enfrentadas: a) pareceria adequado disponibilizar unidades de terapia intensiva em número superior à quantidade ordinariamente necessária, segundo a simplória lógica do "antes sobrar, do que faltar"? b) que cálculo haveria de ser feito para se saber qual o número ideal de unidades a mais, levando em conta que não bastam

---

<sup>576</sup> A classificação de risco e a prioridade nos atendimentos de urgência e emergência são tratados tanto no Código de Ética Médica, na Resolução CFM n. 2.077/14, dentre outros instrumentos normativos.

<sup>577</sup> Como pontuou o ministro Gilmar Mendes, do STF, em voto lido no julgamento do STA AgR 175, em 17/03/2010, "não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada".

equipamentos, sendo também necessário o investimento em recursos humanos para garantir a prontidão de médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, técnicos etc.?

Tais questões merecem uma resposta adequada que atente não apenas à demanda por todos os serviços de saúde, mas, sobretudo, à realidade dos recursos financeiros de que dispõe o Estado brasileiro frente ao conjunto das demandas sociais.

Se uma série de aumentos extraordinários da demanda torna previsível a necessidade de mais investimentos em estruturas específicas de atendimento à saúde, isso tem de ser debatido pelas instâncias políticas na esfera orçamentária, não se podendo simplesmente pretender que, por decisão administrativa ou judicial em casos isolados, sejam realocados recursos para atendimentos individuais. Como adverte José Reinaldo de Lima Lopes, "engana-se quem acha que o Judiciário deve dar a um cidadão aquilo que este não conseguiu da Administração porque ela não teria como dar a mesma coisa a todos"<sup>578</sup>.

Entendemos, portanto, que mesmo incidindo a norma de direito fundamental impondo ao Estado o fornecimento de determinados bens ou serviços (v.g. a internação em UTI, abarcada pelo suporte fático do direito à saúde pública), tal direito *prima facie* pode vir a sofrer uma *restrição* em razão do conflito com outros interesses individuais da igual natureza e que estejam disputando o acesso ao mesmo bem ou serviço, o que, a depender da situação, pode impedi-lo de se tornar um direito definitivo.

De direito definitivo somente se poderia cogitar acaso extraída do sistema jurídico uma regra específica impondo, por exemplo, que, em casos de urgência ou emergência, na ausência de vagas nos hospitais da rede pública, o Estado seria obrigado a arcar com os custos da internação em unidades de terapia intensiva dos

---

<sup>578</sup> LOPES, José. **Op. cit.**, p. 172. Acrescenta o autor: "Se o Judiciário concedesse a um particular, estaria certamente violando o direito de todos os outros pois atenderia com recursos públicos apenas os que conseguissem chegar a ele. Com o tempo, transferir-se-ia para os tribunais a fila de atendimento. E ao fim do dia ele seria, da mesma forma que a Administração, obrigado a fechar as portas. Isto porque essa maneira ingênua de pensar levaria aos tribunais a multidão dos famintos e necessitados que seriam servidos por vez de chegada, mas sem um critério de distribuição universal e simultânea. O Judiciário não estaria aplicando a regra, não estaria tratando a todos igualmente, não estaria valorizando igualmente a vida de cada cidadão, mas apostando (de forma lotérica, portanto) que alguns não chegariam à justiça e que esses não lhe importam, que esses não devem ser levados em consideração". **Ibid.**

hospitais privados, satisfazendo com isso a demanda de todos os pacientes necessitados, sem qualquer exceção.

Reconhecemos haver, de fato, quem sustente esta possibilidade mesmo à míngua de uma legislação específica, argumentando que, em situações trágicas, uma regra de natureza excepcional pode ser implicitamente extraída da Constituição, seja com base no direito fundamental à saúde e proteção da vida, no princípio da dignidade da pessoa humana ou do mínimo existencial, seja por já haver explícita autorização constitucional de o Estado lançar mão até mesmo de requisições administrativas em caso de iminente perigo público, com ulterior indenização. A jurisprudência brasileira conta com diversos precedentes neste sentido<sup>579</sup>, tendo o Superior Tribunal de Justiça firmado o posicionamento de que "não viola legislação federal a decisão judicial que impõe ao Estado o dever de garantir a internação em UTI conforme orientação médica e, inexistindo vaga na rede pública, arcar com os custos da internação em hospital privado"<sup>580</sup>.

<sup>579</sup> Cite-se, v.g., as seguintes notícias: **Recém-nascido terá internação em UTI custeada pelo Estado.** Disponível em: <http://coad.jusbrasil.com.br/noticias/125508561/recem-nascido-tera-internacao-em-uti-custeada-pelo-estado>. Acesso: 03/08/2016; **Idoso que teve AVC hemorrágico terá internação em UTI custeada pelo Estado.** Disponível em: <http://ambito-uridico.jusbrasil.com.br/noticias/236781245/idoso-que-teve-avc-hemorragico-tera-internacao-em-uti-custeada-pelo-estado>. Acesso em: 06/08/2016; **Justiça obriga SUS a custear tratamento de paciente em UTI.** Disponível em: <http://www.prmg.mpf.mp.br/imprensa/noticias/saude/justica-obriga-sus-a-custear-tratamento-de-paciente-em-uti>. Acesso: 06/08/2016.

<sup>580</sup> **STJ, AgRg 36.394** - rel. Ministro Herman Benjamin, DJ de 12/4/2012. No mesmo sentido: "1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. "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



Discordamos desse posicionamento jurisprudencial, malgrado não olvidemos que a tese aqui defendida parte de uma premissa passível de discussão, qual seja, a de que o Estado já teria disponibilizado um número razoável de unidades na rede pública e que um demasiado aumento na demanda apenas viria a decorrer de variáveis contingenciais extraordinárias. De fato, isso nem sempre ocorre; aliás, é preciso reconhecer que, no Brasil, quase nunca tem ocorrido.

Mesmo que não se possa rigorosamente estabelecer qual seria o número ideal de unidades de terapia intensiva na rede pública, isso não afasta as críticas de que a quantidade disponibilizada ainda está longe desse ideal, já que em 70% das unidades federativas não há o número de leitos de UTI que o Ministério da Saúde considera necessário para se garantir um bom atendimento à população<sup>581</sup>. Tal quadro de carência reforça o argumento no sentido de que, não tendo o Estado cuidado de planejar o serviço de modo razoavelmente suficiente ao atendimento ordinário da população, a falta de vaga na rede pública leva a que se deva providenciar, às custas do erário, a internação em UTI da rede privada.

Contudo, ao se sustentar tal posicionamento, não se está apenas afastando uma *restrição* ao direito fundamental, senão ampliando o próprio padrão constitucional de funcionamento da saúde pública no Brasil, o que, como já dito, não deveria ser feito por meio de decisões judiciais isoladas beneficiando determinados indivíduos, mas, sim, por decisão política de alcance difuso que estabeleça um incremento do orçamento público com essa finalidade, indicando as respectivas fontes de custeio para tais internações, inclusive, *v.g.*, algum fundo público captador de recursos necessários para fazer frente a situações de aumento de demanda.

Problemática similar diz respeito ao fornecimento de medicamentos de alto custo a pacientes em estado grave, com a diferença de que, nesse caso, já se trata

---

que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido". **STJ, REsp 1068731** - rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 08/03/2012.

<sup>581</sup> Conforme estudo do Conselho Federal de Medicina, enquanto a Portaria Ministerial 1.101/2002 prevê de um a três leitos de UTI para cada grupo de dez mil habitantes, no Brasil, em média, existe 1,86 leito, sendo apenas 0,95 leitos na rede SUS, ao passo que a rede privada contém 4,5 leitos para cada dez mil beneficiários dos planos de saúde, ou seja, quase cinco vezes a oferta da rede pública. *Número de leitos de UTI na Bahia é insuficiente, aponta estudo do CFM*. Disponível em: <http://www.noticialivre.com.br/index.php/destaque/48219-numero-de-leitos-de-uti-na-bahia-e-insuficiente-aponta-estudo-do-cfm>. Acesso em 19/09/2016.

de uma política pública que vem sendo concretizada pelo Estado brasileiro, contando o SUS, inclusive, com uma relação nacional de medicamentos (RENAME) e já existindo, portanto, um planejamento orçamentário no sentido de atender a grande parte das demandas desta natureza, em cumprimento ao dever constitucional imposto pelo art. 196 da Carta Magna de 1988. Pode-se dizer, então, que o padrão constitucional do serviço na área da saúde pública abarca o fornecimento de medicamentos essenciais, inclusive os de alto custo, desde quando a alocação de recursos ocorra de modo eficiente e racional, não comprometendo a atuação do Estado em outros setores desta mesma área, bem como nas demais atividades de interesse público que lhes foram constitucionalmente direcionadas.

Assim, em se tratando de medicamento de alto custo essencial à proteção da vida humana e já havendo uma política pública voltada ao seu fornecimento gratuito, o suporte fático da norma direito fundamental à saúde indiscutivelmente abarca tal prestação em relação a todos os indivíduos que deles necessitem. Descabe ao Estado, a princípio, denegar tal pretensão sob o argumento da reserva do possível, devendo tal limite negativo ceder na ponderação com o limite positivo do mínimo existencial, reconhecido e concretizado por meio da política pública adotada. Isso, porém, não afasta a eventual incidência da reserva do possível como *restrição* ao direito fundamental, nos casos em que fatores externos devidamente comprovados tenham força suficiente para modificar ou reduzir a sua eficácia. Tais fatores devem ser demonstrados pelo Estado de forma cabal e não simplesmente presumidos.

O mesmo se aplica a medicamentos que ainda não se encontrem incluídos na relação oficial, mas sobre os quais já haja evidências técnicas demonstrando sua essencialidade. Não obstante as divergências, a princípio entendemos que a prestação positiva consistente na disponibilidade desses medicamentos integra o suporte fático da norma de direito fundamental, de acordo com os mesmos parâmetros da política pública que vem sendo implementada pelo Estado, sendo, porém, necessário averiguar se o seu fornecimento, sob determinadas condições, pode gerar conflitos com outros direitos fundamentais, comprometendo demasiadamente o orçamento público sem que tenha havido o necessário planejamento e prejudicando, com isso, o atendimento de outras demandas da igual natureza.

De mais a mais, as restrições aos direitos fundamentais com base na reserva do possível nem sempre podem ser opostas aos direitos fundamentais, mormente nas situações em que, sob o prisma da razoabilidade e da proporcionalidade, ficar evidenciado que tais restrições poderão implicar uma proteção insuficiente ao bem jurídico protegido pela norma constitucional, violando frontalmente o núcleo essencial do direito fundamental. Tem-se aí o que a doutrina vem chamando de "limite dos limites" ou "restrição às restrições" dos direitos fundamentais.

#### 2.3.4 A "restrição às restrições" e a reserva do possível

Quando se procura definir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tem-se refutado a premissa da teoria absoluta, segundo a qual haveria, em tal conteúdo, "uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possa haver em sua restrição"<sup>582</sup>. Assim, optando por teorias relativas, a doutrina tem majoritariamente reconhecido a incidência de limites ou restrições aos direitos fundamentais, sustentando que "a definição do que é essencial - e, portanto, a ser protegido - depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto"<sup>583</sup>.

Sem embargo desses limites e restrições, todavia, é unânime o posicionamento de que haverão de operar certas barreiras, ainda que dinâmicas, a tais limites e restrições, assunto que na doutrina tem recebido a designação de *limite aos limites* ou *restrição às restrições*<sup>584</sup>.

Já falamos anteriormente do mínimo existencial como um limite positivo dos direitos fundamentais, com o foco direcionado às situações subjetivas e posições jurídicas individuais, quando se busca garantir pretensões dos particulares em face do Estado nos casos concretos. A par disso, trataremos agora das garantias

---

<sup>582</sup> SILVA, Virgílio. **Op. cit.**, 2010, p. 27.

<sup>583</sup> **Ibid., loc. cit.**

<sup>584</sup> Sobre a garantia do conteúdo essencial como *restrição às restrições*, ver: ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 295.

adicionais elaboradas pela doutrina em atenção às situações objetivas constitucionalmente reguladas, ou seja, levando em conta os valores fundamentais incorporados pela comunidade e que definem aquilo que, em cada nação, tem-se por digno de proteção essencial, independente das particularidade dos casos concretos envolvendo interesses individuais.

Sob esse prisma, a doutrina brasileira, por influência germânica, tem dado destaque às categorias do *conteúdo (ou núcleo essencial) dos direitos fundamentais*, a *proibição de retrocesso* e a *proibição da proteção insuficiente*.

Para definir o *conteúdo essencial* ou *núcleo essencial* dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*), alguns doutrinadores empregam a metáfora do "coração do direito"<sup>585</sup>, referindo-se os freios materiais objetivamente impostos pela Constituição à intervenção do Estado sobre determinadas garantias dos indivíduos em geral, qualquer que seja a situação subjetiva em que o direito fundamental estiver em jogo.

O instituto tem relação com a figura do mínimo existencial, mas com ele não se confunde totalmente. Explica Ingo Sarlet que a ideia do núcleo essencial costuma estar relacionada à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, como ocorre em tema de limitações materiais ao poder constituinte de reforma, apontando "para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental"<sup>586</sup>.

Ressalve-se haver autores que aplicam a tese do núcleo essencial também à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, como parâmetro de proteção dos direitos subjetivos<sup>587</sup>. Porém, entendemos que, ao assim fazerem, não estão

---

<sup>585</sup> "Radica o conteúdo essencial um valor intrínseco de cada um dos direitos fundamentais, resultando da conjugação de diversos elementos, tais como a dignidade da pessoa humana como parâmetro de alcance de um direito justo. (...) Tratar do conteúdo essencial do direito fundamental é cuidar do "coração do direito", na expressão, rica em ressonância emocional de Vieira de Andrade". SAMPAIO, Marcos. *Op. cit.*, p. 168-169. Sobre as origens da proteção ao núcleo essencial no Direito alemão, confira-se: SGARBOSSA, Luís. *Op. cit.*, p. 288.

<sup>586</sup> SARLET, Ingo. *Op.cit.*, 2015, p. 420. Por conseguinte, "o núcleo essencial dos direitos fundamentais não se confunde com o maior ou menor conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, assim como também a assim designada garantia do mínimo existencial, mesmo no caso dos direitos sociais, não pode ser pura e simplesmente identificada com o núcleo essencial de tais direitos, pelo menos não no sentido de que se trata de categorias absolutamente idênticas, o que, todavia, não significa que não haja uma relação entre tais figuras jurídicas". *Ibid.*, p. 422.

<sup>587</sup> Ancorado nas lições de Canotilho, Luís Fernando Sgarbossa explica que "para a denominada *teoria objetiva* o núcleo essencial refere-se ao direito fundamental como norma objetiva, não assim como direito subjetivo, de modo que 'o objeto de proteção do preceito é a garantia geral e abstrata

propriamente analisando as peculiaridades de casos concretos específicos, senão levando em conta os parâmetros gerais e objetivos extraídos do sistema constitucional, ainda que, indiretamente, tais parâmetros sirvam para salvaguardar posições jurídicas subjetivas nos casos concretos.

Na verdade, consoante já cuidamos de afirmar no item 2.2.4, as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais são perspectivas que não se anulam, mas, antes, complementam-se. Ambas podem fornecer elementos argumentativos para a delimitação dos limites e restrições desses direitos.

Tal qual discorreremos ao tratar do mínimo existencial, relacionando-o à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, por maior motivo não nos parece que pretensões contidas no núcleo essencial de um direito fundamental, tomado em sua dimensão objetiva, tenham por si só o condão de afastar a avaliação do grau de escassez dos bens econômicos necessários a satisfazê-las, a não ser que se afirme haver um critério absolutamente estático na definição da intangibilidade desse núcleo, o que, como já dito, não vem sendo a melhor solução apontada pela doutrina. Ao contrário, tem prevalecido o entendimento de que tal núcleo essencial, abarcando aquilo que deve ter a sua proteção reforçada, varia a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas de cada país, não se admitindo a ideia de um conteúdo estático e imutável<sup>588</sup>.

Escrevendo acerca dos níveis essenciais de prestações sociais, Canotilho ressalta que "a determinação da essência de um direito não é tarefa fácil, sobretudo quando eles se colocam perante os juízos de *balanceamento* de bens e direitos em caso de conflito"<sup>589</sup>. Explica o mestre lusitano que a doutrina do núcleo essencial, tendo sido, na sua origem, desenvolvida para proteger direitos, liberdades e

---

prevista na norma e não a posição jurídica concreta do particular'. A partir de tal ponto de vista, portanto, é possível em situações concretas, que seja restringido o direito subjetivo fundamental *mesmo em sua essência*, desde que resguardada objetivamente no ordenamento, enquanto norma jusfundamental, ou seja, genericamente, sua dimensão essencial. Já a denominada *teoria subjetiva* defende a incolumidade do núcleo essencial do direito fundamental enquanto direito subjetivo, de modo que, em sua perspectiva, 'em caso algum, pode ser sacrificado o direito de uma pessoa', a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter qualquer significado". SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 290-291.

<sup>588</sup> "O conteúdo essencial absoluto-estático significa que ele é absoluto tanto na sua conformidade de espaço quanto no sentido material-temporal. (...) O conteúdo essencial na perspectiva estática - a não ser que se admitisse um fechamento de um conteúdo essencial imune às alterações da vida, o que não parece consentâneo com a abertura e a capacidade de renovação da Constituição - merece ser rejeitado, porque sua admissão representaria mais um obstáculo ao desenvolvimento do direito do que uma proteção efetiva". SAMPAIO, Marcos. **Op. cit.**, p. 192 e 194.

<sup>589</sup> CANOTILHO, J. J. **Op. cit.**, 2015, p. 26.

garantias, tornou-se bem mais problemática quando se tratou de descrever prestações positivas relacionadas aos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>590</sup>. Assim, mesmo se levando em conta as condições econômicas encontradas nos países ricos, é questionável a ideia de um núcleo duro de prestações indispensáveis à efetivação dos direitos sociais<sup>591</sup>.

Apesar do reconhecido conteúdo dinâmico e mutável do núcleo essencial, aponta-se, ainda, a *proibição do retrocesso* (*Verbot des sozialen Rückschritts*) naquilo que já veio a ser garantido, de maneira que, como defende Dirley da Cunha Júnior, "no plano concreto, a eficácia impeditiva de retrocesso obsta a implementação de políticas públicas de enfraquecimento dos direitos fundamentais"<sup>592</sup>.

Sob esse aspecto, portanto, considera-se o conteúdo essencial do direito fundamental parcialmente absoluto, ainda que dinâmico, identificando um aspecto mutável do seu núcleo intangível apenas no sentido de se ampliar o suporte fático da norma, porém, jamais para reduzi-lo, sempre evoluindo à medida do desenvolvimento da sociedade<sup>593</sup>. Com isso, haveria uma crescente ampliação do

---

<sup>590</sup> "A doutrina do núcleo essencial foi desenvolvida tendo em vista o regime de protecção de direitos, liberdades e garantias (cfr. art. 187º da Constituição portuguesa). Ora, o problema que se coloca é o de saber se ela não deve ser alargada aos direitos económicos, sociais e culturais, pelo menos em aspectos em que eles têm uma natureza análoga aos direitos de liberdade. Sendo assim, o *punctum saliens* da questão é este: como determinar o núcleo essencial do direito à saúde? Como o direito à saúde implica um feixe de prestações, como determinar o nível essencial de prestações sociais?". **Ibid.**, p. 27.

<sup>591</sup> "Desde o crescimento incontrolável das despesas de alguns serviços, como o de saúde, passando pelo desequilíbrio das obras públicas regionais e locais, e terminando na existência de défices estruturais, como políticas de coesão económica e territorial, como acontece com a integração da ex-DDR na Alemanha federal". **Ibid.**, p. 20.

<sup>592</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 585. Marcos Sampaio, na mesma linha, afirma que "impedir o retrocesso conduz à afirmação de que os direitos sociais, uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir uma garantia institucional que os impede de ser anulados pelo desfazimento do ato de implementação e um direito subjetivo à fruição do próprio direito". SAMPAIO, Marcos. **Op. cit.**, p. 230. Sobre as origens da cláusula da proibição de retrocesso no Direito alemão, confira-se: SGARBOSSA, Luís. **Op. cit.**, p. 296. Discorrendo detalhadamente sobre a proibição de retrocesso, cite-se ainda: SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 291-335.

<sup>593</sup> "A teoria absoluto-dinâmica pode oferecer necessário movimento à concretização evolutiva dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, dar a segurança do estabelecimento mais hialino do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, obviamente construído pela mesma mão sensível da jurisprudência constitucional, formada democraticamente, mas sem perder de vista valores centrais da ordem jurídica, como é o caso da garantia de uma vida digna, do mínimo existencial e da proibição de retrocesso. (...) O conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais no constitucionalismo brasileiro deve contemplar, ao mesmo tempo, uma esfera de protecção onde estejam albergados a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, a proibição de retrocesso e os níveis de

núcleo essencial dos direitos fundamentais e, com ela, o dever do Estado de fornecer cada vez mais prestações materiais condizentes com um progressivo estado ideal de coisas.

Ainda aqui não vemos como se afirmar peremptoriamente a impossibilidade de recuo naquilo que, em termos de prestações sociais positivas, tenha-se como uma conquista irreversível de cada povo em determinado contexto histórico. Consoante salienta Canotilho, não se pode neutralizar a liberdade de conformação do legislador, "mesmo em um sentido regressivo em épocas de escassez e de austeridade financeira"<sup>594</sup>, razão pela qual direitos sociais adquiridos poderão eventualmente ser revertidos, baixando-se proporcionalmente os níveis de prestações sociais<sup>595</sup>.

A doutrina, calcada nos ensinamentos de Claus-Wilhelm Canaris, refere-se também à proibição de proteção insuficiente ou, simplesmente, *proibição de insuficiência (Untermaßverbot)*<sup>596</sup>, "no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado"<sup>597</sup>. Escreve Ingo Sarlet que a categoria está relacionada com uma das faces do princípio da proporcionalidade, aplicado "como critério de controle da constitucionalidade de medidas restritivas de direitos fundamentais"<sup>598</sup>, tanto no sentido de proibição o excesso, como para evitar que o Estado frustrate seus deveres de proteção "atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar"<sup>599</sup>.

Valendo-se das lições de Christian Calliess, na distinção dogmática e funcional entre proibição de excesso e de insuficiência, Sarlet aduz ser possível

---

conquista alcançados pelo desenvolvimento normativo e pelas políticas públicas já definidas e realizadas no Brasil". SAMPAIO, *op. cit.*, p. 244 e 247. Também sobre o tema: NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>594</sup> CANOTILHO, J. J. **Op. cit.**, 2015, p. 30.

<sup>595</sup> "Isso significa que a chamada tese da 'irreversibilidade de direitos sociais adquiridos' deve entender-se com razoabilidade e racionalidade, pois poderá ser necessário, adequado e proporcional baixar os níveis de prestações essenciais para manter o núcleo essencial do próprio direito social". **Ibid., loc. cit.**

<sup>596</sup> "Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contém apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar a expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*". Voto do ministro Gilmar Mendes, no STF, ao julgar a STA AgR 175, em 17/03/2010.

<sup>597</sup> SARLET, Ingo. **Op. cit.**, 2015, p. 415.

<sup>598</sup> **Ibid., loc. cit.**

<sup>599</sup> **Ibid., loc. cit.** Sintetiza o autor que "desproporções - para mais ou para menos - caracterizam violações ao princípio em apreço e, portanto, *antijuridicidade*". **Ibid., loc. cit.**

descrever as três etapas da proporcionalidade também em relação à proibição de insuficiência sob os aspectos da *adequação*<sup>600</sup>, da *necessidade*<sup>601</sup> e da *proporcionalidade em sentido estrito*<sup>602</sup>. Nesta última etapa é que, conforme o autor, faz-se necessário estabelecer uma espécie de "concordância prática multipolar", levando em conta todo o quadro global, "ou seja, tanto as exigências do dever de proteção, quanto os níveis de intervenção em direitos de defesa de terceiros ou outros interesses coletivos (sociais)"<sup>603</sup>.

Algumas considerações precisam ser feitas ao enfrentarmos seriamente todos os argumentos acima expostos, a começar pelo fato de que, mesmo quando tomada a norma de direito fundamental em abstrato e tratando-se de identificar aquilo que em razão dela esteja protegido *prima facie*, o conteúdo essencial do direito nunca será compreendido de modo absoluto, sobrevivendo tanto limites positivos quanto negativos, bem como restrições.

Até mesmo os doutrinadores que, na linha de Alexy, defendem o suporte fático amplo das normas de direitos fundamentais, admitem a característica de *limitabilidade* desses direitos. Assim se posiciona Dirley da Cunha Júnior ao ensinar que "não há direitos fundamentais absolutos", sendo necessário, portanto, "uma relação de conciliação ou de ponderação ou concordância prática entre os direitos fundamentais concretamente em conflito"<sup>604</sup>.

Bem verdade que Cunha Júnior insiste num ponto que consideramos ser o cerne da questão aqui levantada: tal limitabilidade jamais se aplicaria ao direito fundamental em abstrato, somente sendo possível *in concreto*<sup>605</sup>. Todavia, na

---

<sup>600</sup> "a) no que diz com o exame da adequação ou idoneidade, é necessário verificar se a(s) medidas - e a própria concepção de proteção - adotada(s) ou mesmo prevista(s) para a tutela do direito fundamental é(são) apta(s) a proteger de modo eficaz o bem protegido". **Ibid.**, p. 417.

<sup>601</sup> "(...) em sendo afirmativa a primeira resposta, cuida-se de averiguar se existe uma concepção de segurança (proteção) mais eficaz, sem que com isso se esteja a intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiro ou interesses da coletividade. Em outras palavras, existem meios de proteção mais eficientes, mas pelo menos tão pouco interventivos em bens de terceiros?". **Ibid.**, p. 417-418.

<sup>602</sup> "c) no âmbito da terceira etapa (que corresponde ao exame da proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade, como preferem alguns), é preciso investigar se o impacto das ameaças e riscos remanescentes após a efetivação das medidas de proteção é de ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos". **Ibid.**, p. 418.

<sup>603</sup> **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>604</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Op. cit.**, p. 583-584.

<sup>605</sup> "Não há a mínima possibilidade de se limitar um direito fundamental em abstrato. Vale dizer, os limites aos direitos fundamentais não podem ocorrer em nível abstrato, mas unicamente em nível concreto. **Ibid.**, **loc. cit.** Registre-se que o autor utiliza os termos "limites" e "limitabilidade", mas, no



sequencia do seu texto, o próprio autor admite que poderá haver limites extraídos das normas abstratas da Constituição, seja em razão de circunstâncias especiais (estado de defesa ou de sítio<sup>606</sup>), seja, ainda, por força de outras disposições constitucionais, sem prejuízo do núcleo essencial dos direitos fundamentais<sup>607</sup>.

Afora essa última ressalva - que, se levada às últimas consequências, implicaria proteção absoluta ao núcleo essencial - , podemos dizer que uma das premissas adotadas nesse estudo é logicamente coerente com a afirmação de Cunha Júnior de que eventuais limites ou restrições aos direitos fundamentais, quando tomados *in abstracto*, somente podem encontrar respaldo na própria Constituição. A diferença entre os nossos posicionamentos talvez esteja no fato de que, conforme já cuidamos de defender em tópico anterior, a reserva do possível há de ser encarada não apenas como um condicionamento fático concreto mas, sim, como um verdadeiro princípio jurídico, implícito na Constituição, que opera como condicionamento normativo e, desse modo, com força suficiente para também impor fronteiras interpretativas das normas abstratas de direitos fundamentais.

Tais fronteiras interpretativas, que no plano prático podem conduzir a limites ou restrições a direitos fundamentais, jamais serão absolutas, eis que essencialmente relacionadas ao contexto econômico e social e à variação das contingências financeiras. Decorre daí uma inevitável associação entre a norma abstrata e as suas hipóteses de aplicação *in concreto*.

Com efeito, não há como se pensar o abstrato dissociado do concreto. Já vimos que a hermenêutica contemporânea, na esteira de pensadores como Heidegger e Gadamer, logrou superar o paradigma interpretativo do esquema

---

contexto da sua exposição, deixa claro estar se referindo a *restrições* aos direitos fundamentais, o que é coerente com a sua posição no tocante ao conteúdo de tais direitos. Cunha Júnior segue as bases de uma teoria externa, na linha de Alexy, daí porque defende a premissa da máxima observância e mínima restrição dos direitos fundamentais. É exatamente nesse ponto que levantamos a controvérsia, por entendermos que tanto as premissas da teoria interna quanto as da teoria externa podem ter lugar em tema de direitos fundamentais.

<sup>606</sup> "Ademais, há uma ordem excepcional de limitações constitucionais de direitos fundamentais, que podemos chamar delimitações circunstanciais, pois dizem respeito às restrições impostas circunstancialmente durante situações constitucionais de crise, por ocasião da decretação dos estados de sítio e de defesa". **Ibid., loc. cit.**

<sup>607</sup> "A propósito dessa característica, cumpre acentuar que os direitos fundamentais, por si só, não podem sofrer qualquer ordem de limitação, seja pela via da interpretação, seja, sobretudo, pela atividade do legislador infraconstitucional, a não ser que a possibilidade de restrição seja admitida na própria Constituição ou derive da necessidade de interação com outras disposições constitucionais, hipótese em que, ainda assim, a limitação jamais poderá atingir o núcleo essencial, isto é, o conteúdo mínimo desses direitos". **Ibid., loc. cit.**

sujeito-objeto, não se devendo mais dissociar a interpretação normativa da aplicação prática do Direito<sup>608</sup>. Toda compreensão demanda uma estrutura prévia cuja validade precisa ser posta à prova atentando-se para a realidade concreta daquilo que procura descrever<sup>609</sup>.

Compreender o sentido de um direito em abstrato passa necessariamente por pré-visualizar a sua aplicação nos mais diversos casos reais que lhe conformam o conteúdo, ou seja, somente é possível extrair o significado abstrato a partir das experiências concretas que o desvelam<sup>610</sup>. Como acentua Lênio Streck, naquilo que denomina de Crítica Hermenêutica do Direito, a interpretação não depende apenas de categorias abstratas e universais aptas a dedução ou subsunção, nem se pode cindir fatos e direito, "porque não há conceitos (ou atribuições de sentido) sem coisas"<sup>611</sup>. Assim, toda significação normativa supostamente reveladora do direito *in abstrato* está necessariamente vinculada a situações concretas, residindo aí o "caráter marcadamente anti-dualista da hermenêutica filosófica"<sup>612</sup> e a co-originariedade entre as questões de direito e as questões de fato<sup>613</sup>.

Sob esse paradigma hermenêutico, não se nega que *saúde, moradia e educação* são direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição, tanto em

---

<sup>608</sup> "É impossível negar as consequências da viragem proporcionada pela filosofia hermenêutica e pela hermenêutica filosófica para a interpretação do direito. Está-se a tratar de uma ruptura paradigmática que supera séculos de domínio do esquema sujeito-objeto. (...) Com o giro ontológico operado por Heidegger se dá - de uma forma inédita em toda tradição filosófica - uma reconciliação entre prática e teoria e, ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação". STRECK, Lênio. **Op. cit.**, 2015, p. 153-154.

<sup>609</sup> "Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas 'nas coisas', tal é a tarefa constante da compreensão. (...) A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrarias. (...) É só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza. (...) Em si mesmo, 'preconceito' (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segunda a coisa". GADAMER, Hans-Georg. **Op. cit.**, p. 356-360.

<sup>610</sup> "Na hermenêutica que sustento não há respostas/*interpretações* (portanto, aplicações) antes da diferença ontológica ou, dizendo de outro modo, antes da manifestação do caso decidendo. Para ser mais simples: não há como definir 'aplicações' da lei em abstrato, porque isso seria retornar ao mito do dado (metafísica clássica). Aliás, é Gadamer quem diz que o sentido somente ocorre na situação concreta". STRECK, Lênio. **Op. cit.**, 2015, p. 158.

<sup>611</sup> **Ibid.**, p. 167.

<sup>612</sup> **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>613</sup> "Também na superação do esquema sujeito-objeto fica nítida essa co-originariedade entre *quaestio facti* e *quaestio juris* e a impossibilidade de sua cisão. Aliás, o círculo hermenêutico (na diferença ontológica) é o que, de fato, proporciona a ruptura com qualquer possibilidade de cisão entre fato e direito, palavra e coisa (para falar apenas nesses dualismos). Graças a esse conjunto de elementos é que Gadamer rompe com qualquer possibilidade de subsunção ou dedução". **Ibid.**, **loc. cit.**

sua perspectiva objetiva, quanto na perspectiva subjetiva. Todavia, isso não significa que todas as prestações positivas que se pretenda relacionadas às áreas da saúde, moradia ou educação devam ser abstratamente tomadas como um direito subjetivo frente ao Poder Público. Há um limite intrínseco e conceitual que esboça o alcance material do direito fundamental como um *direito a algo* a cargo do Estado, limite este que se apresenta mesmo na interpretação da norma *in abstracto*, antes de se cogitar de um real conflito de direitos no caso concreto. E por mais difícil que seja apontar onde começa esse limite, isso não autoriza a afirmar que ele não exista.

Costuma-se afirmar que, pelo simples fato de a pretensão do cidadão estar localizada numa área de intervenção do Estado afeta a valores sociais relacionados ao *mínimo existencial* ou ao *núcleo essencial* de direitos fundamentais, haveria aí um forte indício de que grande parte dos comportamentos necessários a se garantir o atendimento de tal pretensão devem ser adotados, não sendo dado ao Estado, *a priori*, invocar a reserva do possível para se esquivar desse dever. Todavia, a grande questão começa por se precisar, em termos objetivos, quais devem ser estas prestações, quais efetivamente dizem respeito ao mínimo existencial e quais estarão indo além disso, não havendo consenso nesse particular.

Doutrinadores que se dedicaram ao estudo do mínimo existencial asseveram que, mormente no atual contexto social brasileiro, tal parâmetro não mais se refere apenas às necessidades fisiológicas e vitais dos indivíduos, passando a abranger tudo o que se faça necessário para uma efetiva inclusão social em termos de igualdade de chances, possibilitando dignamente a fruição de outros direitos. Daí porque Sgarbossa, reconhecendo o *Existenzminimum* como uma categoria jurídica aberta, refuta veementemente "qualquer pretensão de estabelecimento apriorístico, taxativo e em caráter definitivo de tal conteúdo"<sup>614</sup>.

Fato é que a teoria de origem germânica angariou grande prestígio e difusão na comunidade jurídica brasileira, encontrando eco na jurisprudência. Na área de saúde, por exemplo, já se tem notícia de liminares judiciais concedendo desde

---

<sup>614</sup> SGARBOSSA, Luís. *Op. cit.*, p. 307. Ressalta o autor que "para ingressar em tal discussão, é essencial a compreensão da distinção, aqui já referida de passagem, entre *mínimo vital* ou *mínimo fisiológico* - aquilo que é imprescindível à manutenção da vida em termos biológicos - e *mínimo sociocultural* - consciente na assecuração de um mínimo de inserção do indivíduo, em tendencial igualdade, na vida social. Assim, a própria fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana, dignidade essa que possui uma inequívoca dimensão sociocultural, conforme já afirmado, exige que, além de não se definir aprioristicamente o conteúdo do Mínimo Existencial, não se reduza este último ao mínimo vital". *Ibid.*, p. 308.

próteses penianas<sup>615</sup> a procedimentos e remédios para fertilização *in vitro*<sup>616</sup>. E, ao que parece, tudo vai caminhando para um ambiente em que se buscará destinar aos indivíduos o máximo (de recursos) em nome da garantia do mínimo (existencial), cabendo ao Estado, quando diante do núcleo essencial de um direito fundamental, basicamente anular todos os riscos e arcar com as consequências.

Não negamos aqui os *limites dos limites* ou a *restrição às restrições* na seara dos direitos fundamentais a prestações positivas. Haverá, sem dúvida, situações em que o Estado deverá implementar políticas públicas, bem como satisfazer pretensões por meio de prestações materiais em benefício de determinados indivíduos, sem poder lançar mão de escusas genéricas para limitar ou restringir a eficácia dos direitos fundamentais. Todavia, também o afastamento de tais escusas não pode se dar retoricamente, sendo necessário examinar se, diante da omissão estatal no atendimento de determinadas pretensões, estará havendo ou não um efetivo sacrifício do direito fundamental.

No plano das situações subjetivas frente ao Poder Público, notadamente nos casos mais graves envolvendo questões relacionadas à dignidade da pessoa humana, entendemos que somente se poderá falar em sacrifício de direitos fundamentais se a omissão estatal for de monta suficiente a configurar danos concretos aos titulares dos respectivos direitos subjetivos, caso em que surgirá, em prol dos prejudicados, direitos a serem indenizados pelos danos sofridos, segundo os requisitos teóricos da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Por conseguinte, no que concerne ao papel do Estado frente aos direitos fundamentais, identificamos uma correlação lógica entre a configuração dos seus deveres e a apuração da sua responsabilidade civil, consoante será enfrentado no próximo capítulo.

---

<sup>615</sup> **Município terá de custear implante de prótese peniana.** Disponível em: <http://jmonline.com.br/novo/?noticias,1,GERAL,68645>. Acesso em: 03/08/2016. **Suspensa liminar que autorizava fornecimento de prótese determinada pelo TJ-AL.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=258506>. Acesso em: 03/08/2016.

<sup>616</sup> **Liminar garante remédio para tratamento de fertilização in vitro no Recife.** Disponível em: <http://www.anadef.org.br/ultimas-noticias/1-latest-news/3582-liminar-garante-remedio-para-tratamento-de-fertilizacao-in-vitro-no-recife>. Acesso em: 03/08/2016. **Decisão da justiça obriga o Estado a pagar fertilização 'in vitro' para casal.** Disponível em: <http://180graus.com/politica/justica-obriga-estado-a-pagar-fertilizacao-in-vitro-a-casal>. Acesso em: 03/08/2016.

## 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO NÃO ATENDIMENTO DE PRETENSÕES FUNDAMENTAIS

### 4.1 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

#### 4.1.1 Responsabilidade civil em sentido restrito

O termo *responsabilidade* tem, mesmo no campo específico do Direito, uma gama de significações possíveis, de modo que, como adverte Cretella Júnior, "se não for cuidadosamente conceituado, poderá prestar-se a ambiguidade, em razão da pobreza, sob muitos aspectos, do vocabulário jurídico"<sup>617</sup>.

No sentido amplo, a responsabilidade pode decorrer de um dever diretamente previsto na lei ou de alguma obrigação de caráter negocial e espontânea, recaindo o dever ou a obrigação sobre ao menos um *responsável*. O conceito abarca tanto o próprio cumprimento do dever ou obrigação, quanto as consequências pelo seu descumprimento, gerando um novo dever ou obrigação. No primeiro caso, a responsabilidade traduz a conduta que assegura a própria realização do bem protegido pelo Direito; no segundo, a responsabilidade advirá de um *dano* infligido a esse bem.

Para os fins do presente estudo, interessa-nos mais este segundo momento, que tomaremos como sendo o sentido restrito do termo, abarcando as situações em

---

<sup>617</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 596. Como salienta Sílvio Venosa, "o termo *responsabilidade*, embora com sentidos próximos e semelhantes, é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação. Assim, diz-se, por exemplo, quando alguém é responsável por outrem, como o capitão do navio pela tripulação e pelo barco, o pai pelos filhos menores etc. Também a responsabilidade reporta-se ao sentido de capacidade: o amental, por exemplo, a princípio não responde por seus atos, porque não possui capacidade, embora o vigente Código lhe tenha atribuído uma responsabilidade pessoal mitigada". VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 12-13.

que alguém deva *responder por um dano ao bem jurídico protegido*, seja quando este dano decorre de descumprimento doloso ou culposo de deveres ou de obrigações relacionadas a sua proteção, seja quando o ordenamento atribui responsabilidade a alguém pelo risco de uma atividade que desempenha, em alguns casos mesmo em se tratando de danos causados por terceiros ou decorrente de fatos naturais.

No sentido restrito, portanto, a responsabilidade não decorre mais da simples existência de um dever ou obrigação primária a ser ainda cumprida; ela surge quando já detectada uma ofensa ao bem juridicamente protegido, consubstanciada num *dano*<sup>618</sup>, sendo que alguém, normalmente o próprio devedor ou obrigado originário (mas não necessariamente ele<sup>619</sup>), terá de *responder* por tal resultado danoso, a título de sanção. Doravante, por uma razão prática, quando empregarmos o termo *responsabilidade*, estaremos nos valendo do seu sentido restrito, isto é, voltado ao enquadramento do *responsável pelo dano ao bem jurídico protegido pelo Direito*.

Posta nestes termos a abordagem teórica do tema, tem-se que, em todas as situações nas quais o Direito contempla dita responsabilidade, o conceito pressupõe: a) a existência de um bem juridicamente protegido; b) um fato que implique a ocorrência de uma ofensa a esse bem (*dano*, em sentido amplo); c) a previsão de uma sanção (consequência jurídica) em decorrência desse fato danoso; d) a identificação de pessoa à qual deva ser aplicada tal sanção (imputação da responsabilidade).

Estes quatro elementos conceituais apresentam-se em qualquer setor do Direito, levando a doutrina a distinguir, em termos de regime jurídico, basicamente três esferas ou instâncias de responsabilidade, a saber: penal, administrativa e civil; cada qual com a sua metodologia específica de imputação da responsabilidade.

Na *responsabilidade penal*, o fato ensejador de ofensa a um bem tutelado pelo ordenamento jurídico recebe genericamente o nome de *delito*, definido pela

---

<sup>618</sup> Por ora, estamos empregando o termo *dano* para se referir a qualquer ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma de responsabilidade.

<sup>619</sup> Há casos em que se responde por fatos alheios à vontade do responsável, sendo o dano provocado por terceiros ou mesmo acidentes e fatos naturais.

doutrina como a conduta típica, antijurídica e culpável<sup>620</sup>, que se revela sob a descrição de *crimes* ou *contravenções* e cuja sanção se dá por meio da aplicação de uma *pena* ou *medida de segurança*. Nesse campo, é de rigor a precisa identificação das situações que comportam responsabilidade, por ser a esfera penal a com maior estigma sancionador e voltada para os danos reputados mais graves, de modo que a apuração de responsabilidade penal somente deve se dar quando as demais instâncias de responsabilidade não se revelarem suficientes à adequada resposta à ofensa, decorrendo daí o proclamado princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Resultado disso é que nem todos os bens juridicamente protegidos poderão ser alvo de responsabilidade penal, além do que não se cogita dessa esfera de responsabilidade desatrelada de uma conduta humana no mínimo culposa por parte do agente responsável, sendo inadmissível falar-se em responsabilidade objetiva nesse campo.

Na esfera da *responsabilidade administrativa*, por sua vez, os bens juridicamente protegidos também estão relacionados com o interesse público defendido pelo Estado, porém de modo mais abrangente do que a responsabilidade penal, abarcando um conjunto de valores difusos, tanto em benefício da coletividade (interesse público primário ou material), quanto aqueles associados ao bom funcionamento da máquina estatal, seus recursos materiais e agentes públicos (interesse público secundário ou instrumental)<sup>621</sup>. O fato passível de desencadear a responsabilidade administrativa recebe genericamente o nome de *infração administrativa*, tendo como sanção uma *penalidade* que pode ser aplicada sob diversas formas (multas, proibições, confiscos, demolições, sanções disciplinares etc.).

Por fim, no campo da *responsabilidade civil* - que é o que aqui nos interessa -, o bem jurídico tutelado é essencialmente o patrimônio e a higidez existencial das pessoas, cuja violação pode comportar, a título de sanção, a recomposição do dano

---

<sup>620</sup> "Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável)". ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 392.

<sup>621</sup> Sobre a distinção entre interesse público primário e secundário, preconizada por Renato Alessi e difundida na doutrina brasileira por Celso Antônio Bandeira de Mello, ver: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 67.

material ou moral<sup>622</sup>. Segue-se, então, a responsabilidade civil como um *dever de reparação*, que na maioria das vezes se traduz como a obrigação de pagar uma *indenização* equivalente ao dano<sup>623</sup>. Sem embargo, quando ainda for possível, nada obsta que a reparação do dano possa ser realizada *in natura*, impondo-se ao responsável uma obrigação de fazer.

A expressão *responsabilidade civil* surgiu no âmbito do Direito Privado, como forma de se contrapor à *responsabilidade penal* típica do Direito Público, o que não impediu que o seu emprego fosse mantido mesmo na seara do dever de reparação pecuniária a cargo do Estado, por danos sofridos pelos administrados. Apesar de alguns autores terem preferido falar aí em *responsabilidade administrativa*, *responsabilidade patrimonial do Estado* ou *responsabilidade patrimonial pública*, fato é que "a expressão *responsabilidade civil do Estado* possui consagração generalizada"<sup>624</sup>. Não se deve confundir, portanto, a responsabilidade civil do Estado, voltada para a reparação de danos morais e materiais relacionados a atividade estatais, com a responsabilidade administrativa direcionada à sanção por infrações administrativas.

Cumpra também deixar claro que a obrigação de pagar ou de fazer, que é o objeto da *responsabilidade civil* em sentido restrito e consubstancia um dever de reparação, somente surge após já detectada a ofensa ao bem jurídico protegido, pois "sem dano real, nem se cogitaria no equacionamento do problema da responsabilidade"<sup>625</sup>. Não se confunde, assim, com a obrigação primária direcionada à própria proteção do bem e cujo cumprimento poderia evitar o dano.

A responsabilidade civil poderá ser *contratual* (ou *negocial*), quando o bem jurídico tutelado tiver como fonte um negócio jurídico entabulado entre a vítima e o autor do dano, ou *extracontratual* (ou *extranegocial*), quando o fundamento do dever

---

<sup>622</sup> "Como um gênero, a reparação de danos abrange a indenização do dano patrimonial e a satisfação ou compensação dos danos extrapatrimoniais. Em suma, a fórmula 'bipolar' da reintegração da vítima por lesões econômicas e/ou existenciais domina o campo da responsabilidade civil". FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 345.

<sup>623</sup> Ao lado do destaque que daremos aqui à *função* reparatória, não olvidamos haver doutrinadores que identificam na responsabilidade civil também uma *função punitiva* e uma *função precaucional*. Sobre a multifuncionalidade da responsabilidade civil: FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe, **op. cit.** p. 71.

<sup>624</sup> BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.

07.

<sup>625</sup> CRETELA JÚNIOR, José. **Op. cit.**, p. 596.



de reparar não decorrer de contrato, mas, sim, da incidência de um comando legal de proteção do bem juridicamente tutelado<sup>626</sup>.

O presente estudo, como já se disse, está focado na responsabilidade extracontratual do Estado por omissão no fornecimento de bens e serviços, mais especificamente aqueles envolvendo prestações positivas necessárias a dar efetividade a direitos fundamentais. Em se tratando de danos relacionados a tais direitos, surge a pretensão de ressarcimento como consequência do não atendimento de uma pretensão prévia direcionada ao Estado, de modo que tais pretensões (prévia e posterior) integram, no dizer de Hartmut Maurer, uma ampla esfera de proteção dos direitos fundamentais, havendo, entre elas, uma relação de grau<sup>627</sup>.

Nessa linha de compreensão, nos tópicos seguintes buscaremos examinar os critérios de responsabilidade civil nas situações em que pretensões relacionadas a direitos fundamentais não sejam atendidas pelo Poder Público. Para tanto, abordaremos as principais construções teóricas em torno dos elementos da responsabilidade civil e como tais teorias foram recepcionadas no âmbito do Direito Administrativo, em especial no que concerne às omissões estatais.

---

<sup>626</sup> "Já de longa data se estabeleceu a dicotomia entre a responsabilidade civil *stricto sensu* (delitual ou aquiliana) e a responsabilidade contratual (negocial ou obrigacional). Trata-se de uma *summa divisio* decorrente do critério da origem do dever descumprido, ou seja, o contrato ou o delito. Dois fundamentos para a imputação de um dano. (...) Nesta *summa divisio* entre a responsabilidade negocial e a extranegocial - ou simplesmente *responsabilidade civil* -, o regime das sanções será diverso, conforme se verifique uma violação a um direito de crédito ou a um dever genérico imposto pela norma". FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe. **Op. cit.**, p. 93-94.

<sup>627</sup> "Os *direitos fundamentais* fundamentam primariamente uma *pretensão de defesa ou de omissão* perante intervenções estatais iminentes no âmbito da liberdade do indivíduo. Eles, porém, não se limitam a isso, mas aplicam-se - correspondente ao seu efeito de proteção amplo - também então ainda, quando tais intervenções realizaram-se, e precisamente, como: - *pretensão de eliminação* para a correção da violação jurídica por um *actus contrarius* (por exemplo, por anulação de um ato administrativo antijurídico); - *pretensão de eliminação das consequências* para a eliminação das consequências fáticas de uma intervenção antijurídica e do restabelecimento do estado mais antigo; - *pretensão de ressarcimento de dano ou de indenização* para a compensação (financeira) das perdas causadas pela intervenção. Essas pretensões estão em uma relação de grau. A pretensão seguinte tem a possibilidade de atuar somente então, quando a pretensão prévia não é eficaz". MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006, p. 729. Apesar de o autor se referir aos direitos fundamentais de defesa, o mesmo raciocínio pode ser aplicado aos direitos fundamentais a prestações positivas.

#### 4.1.2 Responsabilidade civil e a erosão dos filtros de reparação

Tradicionalmente, a doutrina debruçou-se sobre os três elementos clássicos da responsabilidade civil: *dano*, *culpa* e *nexo causal*.

Acerca do dano, de início não havia muito o que teorizar, centrando-se as atenções nos outros dois elementos, então tratados como sólidas barreiras ao dever de reparação (filtros de reparação). Como assinala Anderson Schreiber, a prova da *culpa* e a prova do *nexo causal* surgiram como os *dois filtros tradicionais da responsabilidade civil*<sup>628</sup>. Todavia, tais filtros vieram sendo alvo de gradativa erosão, começando pela culpa e, posteriormente, flexibilizando-se também o nexo causal, o que, como veremos, fez os estudiosos da responsabilidade civil direcionarem o foco também para os requisitos do dano indenizável.

Tomada como o principal fundamento da responsabilidade civil no Direito moderno, a culpa individual veio a romper com os modelos de vingança coletiva e privada que eram adotados desde os primórdios da humanidade, quando o dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido, ou, então, aplicava-se a vindita da Lei do Talião (*olho por olho, dente por dente*)<sup>629</sup>. Esse sistema de responsabilidade coletiva e de vingança privada predominou na Europa até o século XIII, deixando, porém, alguns resquícios que subsistiram até o século XVII<sup>630</sup>. Somente com a romana *Lex Aquilia*, sob inspiração de ideias gregas e de seus filósofos<sup>631</sup>, esboçou-se um princípio geral regulador da reparação do dano que veio

---

<sup>628</sup> "O sistema de responsabilidade civil consagrado pelas grandes codificações ancorava-se em três pilares: culpa, dano e nexo causal. Na prática judicial, isto significava que a vítima de um dano precisava, além de evidenciar seu prejuízo, superar duas sólidas barreiras para obter indenização: (i) a demonstração de culpa do ofensor, e (ii) a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa do ofensor e o dano. Estas duas barreiras - prova da culpa e prova do nexo causal - chegaram a ser chamadas *filtros da responsabilidade civil* ou *filtros da reparação*, por funcionarem exatamente como óbices capazes de promover a seleção das demandas de ressarcimento que deveriam merecer acolhida jurisdicional". SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

<sup>629</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

<sup>630</sup> SCHREIBER, Anderson. **Op. cit.**, p. 13.

<sup>631</sup> "Deste modo, pois, e sob influxo dos pretores e da jurisprudência, foi que a noção de culpa acabou por deitar raízes na própria *Lex Aquilia*, o que justificou alguma das passagens famosas, posteriores, com tanta frequência citadas: 'In lege Aquilia, levissima culpa venit' (Ulpianus, *pr. 44, Ad Legem Aquilia*, IX, II); 'Impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum comittit' (Gaius,

a servir como embrião da moderna concepção de *culpa aquiliana*<sup>632</sup>. Dita concepção de responsabilidade subjetiva adaptou-se bem à ideologia liberal, calcada em premissas filosóficas que enalteciam a autonomia individual, passando-se a repudiar modelos de responsabilidade coletiva ou de vingança familiar, sendo que a culpa idealizada pelos primeiros juristas modernos ainda possuía forte conotação moral relacionada ao indivíduo causador do dano<sup>633</sup>.

Por algum tempo reinou absoluta a teoria da *responsabilidade civil subjetiva* e sua fórmula tríplice da culpa (*imprudência, negligência e imperícia*), assim acolhida pelas grandes codificações do século XIX. Entrementes, a adoção de mecanismos rigorosos de demonstração da culpa acabou por dificultar muito a apuração do dever de reparar associado a fatores psicológicos do autor do dano<sup>634</sup>, sendo que, "com o desenvolvimento do capitalismo industrial e a proliferação de acidentes ligados às novas tecnologias, tal dificuldade intensificou-se ao extremo"<sup>635</sup>, conferindo à culpa a alcunha de *prova diabólica*.

Essa dificuldade pragmática, aliada aos crescentes riscos da sociedade industrial, conduziram a um lento processo de flexibilização da culpa e que culminou com o seu ocaso no horizonte da responsabilidade civil<sup>636</sup>. Nas palavras de Calmon de Passos, "o risco se fez integrante do próprio modo de ser da sociedade

*Institutiones*, III, 211) etc.". SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade civil sem culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 19.

<sup>632</sup> GONÇALVES, Carlos, **Op. cit.**, p. 5.

<sup>633</sup> "O raciocínio é singelo: sendo a liberdade um ato de vontade - fruto da racionalidade humana -, os danos produzidos no transcurso da atividade gerariam responsabilidade do agente na medida em que fosse provada a sua culpa por não preservar a pessoa ou os bens da vítima. A culpa se converte em um limite à autonomia da vontade e a responsabilidade em um princípio de ordem moral. (...) A construção da teoria subjetiva se identificava perfeitamente com a expansão da nova classe dominante. A necessidade de acumulação de capital não se compatibilizava com decisões que concedessem indenizações em prol das vítimas. Assim, em todas as lides em que o ofendido não atendesse ao ônus de realçar a culpa do ofensor, a sentença culminaria por declamar o brocardo *res perito domino*. A vítima assumiria os seus próprios prejuízos". FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe. **Op. cit.**, p. 501.

<sup>634</sup> "Se a concepção psicológica da culpa assegurou uma justificativa filosófica à reparação do prejuízo provocado pelo ato ilícito, impôs, por outro lado, forte ênfase sobre a verificação de um comportamento reprovável por parte do autor do dano. (...) Em sua versão da falta moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, a culpa mostrava-se um elemento de difícilíssima comprovação". SCHREIBER, Anderson. **Op. cit.**, p. 17.

<sup>635</sup> **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>636</sup> "A demonstração da culpa libertou-se, ao longo dos últimos anos, de muitos de seus tormentos originais. As transformações vividas no âmbito da própria responsabilidade subjetiva corroboram tal constatação. A proliferação das presunções de culpa, as alterações no método de aferição da culpa, a ampliação dos deveres de comportamento em virtude da boa-fé objetiva, e outros expedientes semelhantes vem contribuindo, de forma significativa, para a facilitação da prova da culpa, hoje não mais uma *probatio diabolica*". **Ibid.**, p. 51.

contemporânea"<sup>637</sup>. Aos poucos novas teorias foram sendo elaboradas no sentido de facilitar a prova da culpa, seja por meio de parâmetros objetivos que ampliaram a sua definição, seja tomando-a como culpa presumida ou como culpa anônima<sup>638</sup>, evolução dogmática que acabou conduzindo à gradativa substituição das categorias da culpa e da responsabilidade civil subjetiva pelas do *risco* e da *responsabilidade civil objetiva*.

Discorrendo sobre a insuficiência do conceito tradicional da culpa e os diversos "processos técnicos" voltados para a sua ampliação, Wilson Melo da Silva alude ao fenômeno da multiplicação das presunções de culpa e da transformação da culpa aquiliana em contratual, por meio de uma "cláusula implícita de segurança" em determinados ajustes, assim como as teorias da culpa anterior, da culpa desconhecida, da culpa por probabilidade, da culpa coletiva, do ato anormal, do abuso de direito, do quase-contrato, das emissões, dentre outras construções doutrinárias elaboradas na desesperada tentativa tradicionalista de se manter a regra clássica de culpabilidade subjetiva, mesmo em situações de responsabilidade civil nas quais uma pseudo culpa se revelava, em verdade, fugidia e fantasmagórica<sup>639</sup>. Tais expedientes não passaram de "máscaras elegantes de culpa adaptadas à face do risco ou de simples mentiras destinadas apenas a camuflar a verdade"<sup>640</sup>. Mais coerente se mostrava, então, lançar logo mão de novas ideias em torno da *responsabilidade sem culpa*.

Flexibilizada ou afastada a prova da culpa, a novel concepção de *risco* - em suas variadas configurações (risco proveito, risco criado etc.) -, levou a que grande

---

<sup>637</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. **O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro**. In: LEÃO, Adroaldo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 133-140. Explica o autor: "A responsabilidade civil, é do saber comum dos juristas, evoluiu de sua compreensão subjetiva e individual, algo imputável a quem deu causa a um dano que jamais teria ocorrido se inexistente o ato do responsável, para o estágio mais avançado da culpa presumida, ultrapassado pela concepção da responsabilidade objetiva, por sua vez suplantada pela teoria do risco. Tudo isso sucedeu não por mero capricho dos teóricos e, sim, por imperativo da nova realidade sócio-político-econômica que o capitalismo avançado e os ganhos tecnológicos determinaram". **Ibid.**, p. 133.

<sup>638</sup> "Na Europa da era do maquinismo e da concentração urbana há uma multiplicação dos acidentes. Danos *anônimos*, dificilmente evitáveis e, em que raramente se encontravam culpados. Simultaneamente, novas demandas sociais denotam a premência da valorização do ser humano, que não mais aceita passivamente os 'golpes do destino' e a conversão dos danos em mera fatalidade. A teoria subjetiva exhibe sinais de fadiga pela sua incapacidade de explicar o papel do 'acaso' em um processo social que paulatinamente confere protagonismo aos conflitos coletivos em detrimento dos individuais". FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe. **Op. cit.**, p. 502.

<sup>639</sup> SILVA, Wilson. **Op. cit.**, p. 80-94.

<sup>640</sup> **Ibid.**, p. 200.

parte da dogmática jurídica do dever de reparar fosse direcionada ao exame do *nexo causal*. Para vindicar o direito a uma reparação, bastaria à vítima comprovar o dano e o nexo causal entre o evento danoso e alguma ação ou omissão atribuída ao suposto responsável.

Interessante observar que a erosão da culpa, com o conseqüente prestígio que se passou a dar às figuras do risco e do nexo causal, fez ressurgir antigos problemas que no passado haviam justificado a própria adoção da responsabilidade subjetiva<sup>641</sup>. E foi justamente para enfrentar esse velhos problemas que as novas teorias da responsabilidade civil objetiva redobraram a atenção sobre o nexo causal<sup>642</sup>.

A ideia de *nexo causal*, como sugere a própria terminologia emprestada das ciências naturais, remete à relação de *causalidade* entre um fato anterior (*causa*) e um fato posterior que dele se entende como decorrente (*consequência*). Dita causalidade, contudo, ingressa de modo peculiar na ciência jurídica, porque "nem tudo que, no mundo dos fatos ou da razão, é considerado como causa de um evento pode assim ser considerado juridicamente"<sup>643</sup>. O Direito seleciona, no conjunto de causas naturais ou lógicas, aquelas que reputa relevantes ao ponto de serem levadas em conta na solução das questões de responsabilidade civil.

Por isso, como ressalta Schreiber, deve-se diferenciar o nexo de causalidade natural (ou lógico) do nexo causal *jurídico*, de modo que "a vinculação da causalidade à responsabilização exige uma limitação do conceito jurídico de causa, sob pena de uma responsabilidade civil amplíssima"<sup>644</sup>. Explica o autor que, sob a ótica tradicional da responsabilidade subjetiva, a delimitação jurídica da causa

---

<sup>641</sup> "A teoria do risco representa uma profunda ruptura da responsabilidade civil aquiliana herdada do direito romano e, de certa forma, um retorno às origens. Lembre-se que a irrupção da culpa como pressuposto da obrigação de indenizar foi considerado um progresso com relação à responsabilidade objetiva preconizada na Lei do Talião. A *Lex Aquilia* implantou o ressarcimento com fundamento na culpa como substitutivo da vingança privada. Com a teoria do risco, o sistema jurídico delibera por procurar um responsável pela reparação, e não mais um mero culpado pelo dano". **Ibid.**, p. 504.

<sup>642</sup> "A perda desta força de contenção da culpa resulta no aumento do fluxo de ações de indenização a exigir provimento jurisprudencial favorável. Corrói-se o primeiro dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, sendo natural que as atenções se voltem - como efetivamente, tem se voltado - para o segundo obstáculo à reparação, qual seja, a demonstração do nexo de causalidade". SCHREIBER, Anderson. **Op. cit.**, p. 56.

<sup>643</sup> **Ibid.**, p. 55.

<sup>644</sup> **Ibid.**, **loc. cit.**

acabava sendo, ainda que indiretamente, implementada pela análise da culpa<sup>645</sup>; porém, com o posterior prestígio dado à responsabilidade objetiva e com a retirada da culpa do cenário da responsabilização em boa parte dos casos, tornou-se necessário elaborar construções teóricas mais sofisticadas para o exame do nexos causal, advindo daí uma miríade de teorias da causalidade (*equivalência das condições*<sup>646</sup>, *causalidade adequada*<sup>647</sup>, *causalidade eficiente*<sup>648</sup>, *causalidade direta ou imediata*<sup>649</sup>, *necessariedade causal*<sup>650</sup> etc.).

---

<sup>645</sup> "Em um contexto dominado pela ideia de culpa, os perigos da super-responsabilização pareciam afastados pela necessidade rigorosa de demonstração do requisito subjetivo do ilícito. Dito de outra forma, a prova da culpa já freava, significativamente, o impulso das demandas de reparação, e, embora tal prova não se confundisse com a do nexos causal, a concepção moral dominante resultava em que, uma vez demonstrada a ocorrência de culpa, as cortes passavam a considerar presentes todos os elementos necessários à formação do juízo de responsabilidade, consistindo a prova do nexos de causalidade em mera etapa formal, não raro solucionada de forma empírica no interior da própria discussão sobre a culpa". *Ibid.*, p. 55-56.

<sup>646</sup> "A justificativa desta teoria reside no entendimento de que o dano não teria ocorrido sem que cada uma das condições tivesse se verificado, razão pela qual a teoria é também denominada teoria da *conditio sine qua non*. O retumbante inconveniente de sua aplicação está em ampliar ilimitadamente o dever de reparar, imputando-o a uma multiplicidade de agentes e eventos que, apenas remotamente, se relacionam ao dano produzido sobre a vítima. Com razão, já se afirmou que a adoção da teoria da equivalência das condições em âmbito civil tornaria cada homem responsável por todas as desgraças que atingem a humanidade". *Ibid.*, p. 57.

<sup>647</sup> "Desenvolveu-se, nesta esteira, a teoria da causalidade adequada, concebida por Von Bar, e aprimorada, anos depois, pelo filósofo Von Kries, para quem a causa de um evento consistiria na causa mais apta, em abstrato, à produção daquele resultado. Tal teoria procura, de fato, identificar, na presença de mais de uma possível causa, qual delas, independentemente das demais, é potencialmente apta a produzir os efeitos danosos. (...) A causalidade adequada, como se vê, envolve não um juízo concreto acerca da causa do evento danoso, mas uma avaliação abstrata fundada em um princípio de normalidade. Imputa-se ao agente as consequências que, em um determinado momento histórico, segundo o estado da ciência e da técnica, são 'normais' consequências do seu comportamento". *Ibid.*, p. 58.

<sup>648</sup> "Procurando fugir à incerteza reinante em matéria de causalidade, formulou-se a chamada teoria da causalidade eficiente, segundo a qual as condições que concorrem para um certo resultado não são equivalentes, existindo sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativo ou quantitativo, eleger-se como verdadeira causa do evento. Aqui, o juízo acerca da causalidade não se daria em abstrato, mas em concreto, observando qual, dentre as diversas causas, foi a mais *eficiente* na determinação do dano". *Ibid.*, p. 59.

<sup>649</sup> "Em meio a críticas dirigidas ao caráter incerto das teorias já examinadas, alcançou papel de destaque a chamada teoria da causalidade direta ou imediata, que, em sua formulação mais simples, considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva. Tal teoria, ao menos aparentemente, fundamenta-se em um fator mais objetivo que suas concorrentes, prescindido de noções abertas como 'eficiência causal' ou 'normalidade social'. Além disso, sob o ponto de vista da sua extensão, a teoria da causalidade direta e imediata, também chamada teoria da interrupção do nexos causal, tem o condão de restringir a relevância do comportamento humano, para fins de responsabilização, aos acontecimentos mais próximos da geração do prejuízo, o que evita injustiças flagrantes". *Ibid.*, p. 60.

<sup>650</sup> "Embora em sua concepção original a expressão *causalidade 'direta e imediata'* excluísse a ressarcibilidade do chamado dano indireto ou remoto, resultando em um potente filtro de ressarcibilidade, tal abordagem gerava, em certos casos, enorme injustiça. Desenvolveu-se, deste modo, no âmbito da própria teoria da causalidade direta e imediata, a chamada subteoria da necessariedade causal, que entende as expressões *dano direto* e *dano imediato* de forma substancial, como reveladoras de um liame de necessariedade - e não de simples proximidade - entre a causa e o efeito. Haverá, assim, dever de reparar, quando o evento danoso for efeito necessário de

Voltadas as atenções para o exame da causalidade, a doutrina procurou solucionar as dificuldades práticas na apuração da responsabilidade civil, sobretudo em situações nas quais diversas causas tenham concorrido para a produção do dano (*concausas*), de modo simultâneo ou sucessivo. Foram traçados critérios para examinar o liame de causalidade, identificando *excludentes do nexu causal* com o condão de afastar a responsabilidade civil, tais como a força maior, o caso fortuito, o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito, o estrito cumprimento do dever legal e a culpa exclusiva da vítima.

Em matéria de responsabilidade civil do Estado, consoante veremos em tópico posterior, a doutrina tem apontado como excludentes do nexu causal basicamente a força maior, o caso fortuito e a culpa exclusiva da vítima, com algumas problematizações a depender da situação e do tipo de ação ou omissão estatal. Ainda que adaptada ao cenário do Direito Público, a apuração da responsabilidade civil do Estado segue, em linhas gerais, a mesma lógica dogmática que busca identificar *concausas* capazes de romper o nexu causal entre o fato danoso e a atividade estatal.

Por outro lado, assinala Ricardo Marcondes Martins, à exceção da teoria da equivalência das causas, todas as demais construções teóricas que se ocuparam de traçar parâmetros restritivos do nexu causal mostraram-se, na verdade, não propriamente como teorias causais, mas, sim, como teorias de *imputação*<sup>651</sup>. O autor se vale da terminologia empregada por Kelsen ao adaptar, na ciência do Direito, a noção de causalidade típica da Física clássica, de maneira que "ao imputar um efeito a dada hipótese, interrompe-se a linha infinita de vínculos, própria da causalidade"<sup>652</sup>; ou seja, pela teoria kelseniana, "a *responsabilidade* advém sempre da *imputação*"<sup>653</sup>. Martins alude ao pensamento de Paul Ricoeur quando este "narra o processo de dissociação entre a condenação e a imputação, culminando na

---

determinada causa. Desta forma, podem-se identificar danos indiretos, passíveis de ressarcimento, desde que sejam consequência necessária da conduta tomada como causa. De fato, a melhor doutrina conclui, atualmente, que a necessidade consiste no verdadeiro núcleo da teoria da causalidade direta e imediata, não se excluindo a responsabilidade excepcional de danos indiretos, quando derivados necessariamente da causa em questão". **Ibid.**, p. 61-62.

<sup>651</sup> "Logo a doutrina percebeu que essas teorias restringentes não eram teorias causais. Elas não identificam - ao contrário do que faz a teoria da equivalência - quando, do ponto de vista naturalístico, um evento é causa de outro, mas, sim, estabelecem, a despeito de um evento ser causa de outro, se os efeitos juridicamente previstos devem, ou não, ser imputados a esse evento. Quer dizer: são teorias de *imputação*, e não teorias do nexu causal". MARTINS, Ricardo. **Op. cit.**, p. 661-662.

<sup>652</sup> **Ibid.**, p. 655.

<sup>653</sup> **Ibid.**, p. 656.

substituição da ideia de culpa pela ideia de risco, e, pois, na despenalização da responsabilidade civil"<sup>654</sup>.

O gradativo afastamento da culpa no campo da responsabilidade civil terminou por deixar em segundo plano o descumprimento de um dever ou de uma obrigação antecedente, o que, como já vimos, foi o fundamento que tradicionalmente embasou o conceito de delito ou ilícito civil. Isso levou a que hoje se compreenda a responsabilidade civil simplesmente como um dever de reparação que é *imputado* a alguém em decorrência de um prejuízo sofrido por outrem.

O nexa causal entre o dever de reparação e o dano não é natural, mas, sim, *normativo*, apresentando-se como um *nexo de imputação*<sup>655</sup>. Por conseguinte, os parâmetros norteadores dessa imputação variam muito a depender da interpretação jurídica dada às circunstâncias fáticas em que o dano ocorreu, havendo situações em que se tornará até mesmo difícil descrever propriamente uma linha de causalidade entre o fato danoso e a responsabilidade imputada, hipótese em que o recurso ao elemento *risco* acabará se revelando mais retórico do que empiricamente demonstrável, como sói acontecer, ainda veremos, na responsabilidade civil por omissão.

Atualmente, ampliou-se tanto a figura do *risco*, que já há doutrinadores afirmando estar o nexa causal chegando ao seu ocaso como filtro de reparação, tal como ocorreu com a culpa, de modo que somente restará, para fins de apuração da responsabilidade civil, o elemento do *dano*. Vem cada vez mais despontando a dogmática defensiva de valores tais como a primazia do interesse da vítima, a flexibilização do nexa causal, os princípios de solidariedade social, a proteção à vulnerabilidade, o dever de segurança e de informação, o respeito aos atos próprios do Estado, a vedação ao excesso e à proteção insuficiente, dentre outros vetores axiológicos que buscam ampliar ao máximo as hipóteses de responsabilidade civil.

Schreiber sustenta que, a par da proteção aos chamados “novos danos” de natureza existencial e os de dimensão transindividual, envolvendo direitos sociais

---

<sup>654</sup> **Ibid., loc. cit.**

<sup>655</sup> "O nexa de causalidade é prospectivamente capaz de converter a noção naturalista de nexa causal em uma noção normativa, muito mais afinada com os objetivos atuais da responsabilidade civil. Com efeito, excepcionalmente faltará a prova sobre quem foi diretamente o causador do dano, mas por um nexa de imputação, seja ele relacionado à segurança, garantia ou risco, a obrigação de reparar um dano será positivamente atribuída a um responsável". FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe. **Op. cit.**, p. 497.



que asseguram o mínimo existencial, assiste-se atualmente uma erosão cada vez mais visível do nexos causal como filtro de reparação, com uma larga expansão do dano indenizável<sup>656</sup>.

Na verdade, já de longa data autores como Wilson de Melo da Silva defendem a "socialização dos riscos" como a melhor solução em tema de responsabilidade civil, para que se trate o dano à pessoa como sendo um dano à coletividade<sup>657</sup>.

Sem embargo desses avanços dogmáticos, pensamos que não se deve perder de vista que a imputação da responsabilidade civil demanda um mínimo de parâmetros racionais e coerentes quanto ao tipo de dano sofrido, descabendo simplesmente reputar como indenizável todo e qualquer prejuízo alegado por um indivíduo, nem tampouco cobrir-se, em relação a todos indivíduos, os riscos a que estão sujeitos na rotina da sociedade contemporânea. Na vã tentativa de se anular riscos corre-se o risco - e a redundância é proposital - de se recair numa sociedade estagnada economicamente, seja porque nada mais se arriscaria, ante o temor de ser responsabilizado, seja porque todos os indivíduos poderiam de algum modo ser

---

<sup>656</sup> "A gradual perda de rigor na apreciação do nexos de causalidade, extraída de tantos expedientes empregados pela jurisprudência, com maior ou menor apoio na doutrina, efetivamente assegura às vítimas em geral a reparação dos danos sofridos. Até aqui, o que vem sendo apontado como relativização da prova do nexos causal parece legitimar-se por aquilo que já foi denominado como 'o imperativo social da reparação'. (...) Enquanto não se procede à necessária revisão da inteira dogmática da responsabilidade civil, vive-se um momento de evidente perplexidade com a corrosão das bases do instituto. Não resta dúvida de que o nexos causal não logrou substituir a culpa como barreira de contenção ao ressarcimento dos danos. E mais: à semelhança do que ocorreu com a prova da culpa, a prova do nexos causal parece tendente a sofrer, no seu papel de filtragem da reparação, uma erosão cada vez mais visível. O resultado desta tendência é a realização do pior temor dos juristas da Modernidade: a extraordinária expansão do dano ressarcível". SCHREIBER, Anderson. **Op. cit.**, p. 78-79.

<sup>657</sup> "É, pois, a socialização dos riscos, na responsabilidade civil, o que melhor parece atender, nessa fase de evolução ou de transição jurídica, aos reais reclamos da consciência coletiva. (...) Dessa maneira, a socialização dos riscos seria apenas mais uma forma de dirigismo estatal e que nem mesmo chegaria a cercear a atividade livre de cada um dos membros integrantes da coletividade. Por ela se visaria, antes, a harmonização da autonomia individual com a solidariedade social, no que, de resto, como bem expressivamente fez consignar o Prof. Darcy Bessone, nós iríamos encontrar 'o grande ideal da sociedade humana'. (...) A socialização dos riscos participaria um tanto ou quanto da própria justiça social, como parcela que, dela, fosse. Viria de encontro à realidade, apontada por muitos, de que o dano, já agora, deixa de ser apenas um dano às pessoas para se tornar um dano à própria coletividade e, pelo critério de justiça distributiva na tarifação dos prêmios, mais se aproximaria do ideal do perfeito *cuique tribuere*, ensejando perspectivas amplas e arejadas nos vastos domínios da responsabilidade civil, onde coibiria explorações, arruinamentos, injustiças, iniquidades, provendo, assim, por maneiras várias, a um melhor entendimento entre os homens e a uma garantia maior de harmonia, de segurança e de paz social para todos". SILVA, Wilson. **Op. cit.**, p. 197, 200 e 203.

identificados como meras vítimas de danos difusos, havendo cada vez menos responsabilidade pessoal.

#### 4.1.3 Responsabilidade civil e dano indenizável

A partir do momento em que se veio operando a erosão dos tradicionais filtros de reparação, tendo-se primeiro implodido a culpa e, mais recentemente, ampliado ao máximo o nexos causal, as atenções voltam-se agora especialmente para exame do *dano*<sup>658</sup>.

A responsabilidade civil pressupõe um dano concreto ao bem jurídico protegido, de natureza material ou imaterial<sup>659</sup>. O dano é um elemento essencial para a configuração da responsabilidade civil, como assinala Sérgio Cavalieri Filho, sendo possível cogitar-se de "responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano"<sup>660</sup>. Ao lado disso, é preciso que esse dano preencha alguns requisitos que o qualifiquem como um dano passível de indenização. Significa dizer: nem todo dano sofrido configura-se como fato gerador de reparação ou ressarcimento que desencadeie a responsabilidade civil<sup>661</sup>.

---

<sup>658</sup> "Com a progressiva corrosão dos tradicionais filtros ao acesso à reparação - a culpa e o nexos causal - restou ao dano o imprescindível papel de elemento selecionador das pretensões ressarcitórias que serão acolhidas ou não pelo Poder Judiciário. O problema elementar da responsabilidade civil será o de estabelecer em que circunstâncias será deferido ao lesado o direito de repercutir o seu dano sobre a esfera jurídica patrimonial de outrem, seja ele o culpado, o autor do fato ou da atividade ou, simplesmente um responsável". FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe. **Op. cit.**, p. 265.

<sup>659</sup> "O dano é o fato jurídico desencadeador de responsabilidade civil. Não há responsabilidade civil sem dano. Aliás - ao contrário do que se verificava em um passado recente - pode mesmo se cogitar de reparação de dano sem a constatação do ilícito, da culpa, ou mesmo em casos extremos, do nexos causal. Todavia, o dano é elemento que dispara o mecanismo ressarcitório. Enfim, inexistente responsabilidade civil sem dano, ainda que ele possa assumir formas diferenciadas, como o dano reflexo ou a perda de uma chance". **Ibid.**

<sup>660</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 95.

<sup>661</sup> Tomamos aqui a *reparação* e o *ressarcimento* como espécies do gênero *indenização*, sem olvidar, ainda, haver outras hipóteses de indenização que não decorrem propriamente da responsabilidade civil. Como explica Carlos Roberto Gonçalves, "alguns autores estabelecem distinções entre as expressões 'ressarcimento', 'reparação' e 'indenização'. *Ressarcimento* é o pagamento de todo o prejuízo material sofrido, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. *Reparação* é a compensação

Orlando Gomes explica que nem todo dano deve ser ressarcido, sendo necessário "saber, pois, em que circunstâncias nasce a obrigação de reparar o dano causado e que prejuízos são indenizáveis"<sup>662</sup>. Por conseguinte, para que haja ressarcimento ou reparação, não basta um prejuízo financeiro (dano econômico), sendo imprescindível que tenha havido violação a algum interesse juridicamente protegido qualificado como um direito, seja um direito subjetivo titularizado por um único indivíduo, seja um interesse de um determinado grupo de pessoas<sup>663</sup>.

A responsabilidade civil, por conseguinte, dá-se diante de um dano certo, anormal e específico, consubstanciado em sacrifício parcial ou total de um bem juridicamente tutelado, sem o que não há que se falar em *dano indenizável*.

O dano indenizável deve ser *certo*, não se indenizando por dano suposto ou eventual. Dano certo é aquele que pode ser objetivamente constatado em relação a determinada pessoa ou grupo, seja em razão de um prejuízo *atual* já caracterizado, seja por um prejuízo *futuro* que se mostra como evidente, tal como ocorre nos lucros cessantes<sup>664</sup>. Abarca, em sua extensão, "aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo

---

pelo dano moral, a fim de minorar a dor sofrida pela vítima. E a *indenização* é reservada para a compensação do dano decorrente de ato lícito do Estado, lesivo ao particular, como ocorre nas desapropriações. A Constituição Federal, contudo, usou-a como gênero, do qual o ressarcimento e a reparação são espécies, ao assegurar, no art.5º, V e X, indenização por dano material ou moral". GONÇALVES, Carlos. **Op. cit.**, p. 598.

<sup>662</sup> GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 83.

<sup>663</sup> Conforme trataremos adiante, atualmente já se vem falando, inclusive, de indenização de danos recaídos sobre interesses difusos. Anderson Schreiber, nessa linha, assinala ter havido uma expansão quantitativa e qualitativa do dano ressarcível, destacando que "o reconhecimento da necessidade de tutela de interesses existenciais atinentes à pessoa humana, e, de outro lado, a verificação de danos demasiado abrangentes, identificados com interesses transindividuais ou supra individuais, que passam a ser considerados dignos de proteção, vieram a exigir o repensar da estrutura individualista e eminentemente patrimonial das ações de reparação". SCHREIBER, Anderson. **Op. cit.**, p. 85.

<sup>664</sup> "Nas palavras precisas de Vedel, 'o dano quer atual, quer futuro é reparável, mas deve ser *certo*. Desse modo, os efeitos do ato danoso recaem de imediato, no patrimônio atual, ocasionando-lhe diminuição sensível, ou se projetam para o futuro, compreendendo o período que vai do incidente que atingiu a vítima até o dia do ressarcimento integral pelo causador do dano". CRETELLA JÚNIOR, José. **Op. cit.**, p. 597-598. Assim tem apontado a jurisprudência: "O dano assim considerado pelo Direito, o dano ensanchador de responsabilidade, é mais que simples dano econômico. Pressupõe sua existência, mas reclama, além disso, que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito. (...) Há ainda outro traço necessário à qualificação do dano. Para ser indenizável cumpre que o dano, ademais de incidente sobre um direito, seja certo, vale dizer, não apenas eventual, possível. Tanto poderá ser atual como futuro, desde que certo, real. Nele se engloba o que se perdeu e o que se deixou de ganhar (e se ganharia, caso não houvesse ocorrido o evento lesivo)". **STJ, REsp. 910.260**, rel. min. Luiz Fux, DJ de 18/12/2008.

que se deixou de lucrar"<sup>665</sup>, de modo a abranger "não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção"<sup>666</sup>.

Não se indeniza dano incerto, calcado em mera eventualidade ou distante probabilidade, quando não se tenha elementos objetivos para se aferir o alcance do prejuízo causado<sup>667</sup>. Para se admitir um dano futuro, é preciso que ele seja consequência de um dano presente com base no qual se tenha elementos de apreciação para avaliar os prejuízos futuros<sup>668</sup>. Saliente-se, contudo, que o requisito da certeza tem sido atualmente flexibilizado pela aplicação de teorias tais como a da *perda de uma chance*<sup>669</sup> e a do *dano por ricochete*<sup>670</sup>.

Em tema de responsabilidade civil do Estado, para que se cogite de dano indenizável, o prejuízo, além de certo, deve apresentar caracteres que demonstrem ter havido uma verdadeira *ruptura da igualdade* no âmbito dos serviços públicos, não apenas quando o Poder Público atue ilícitamente, mas, também, quando atuando licitamente venha a gerar prejuízos a alguns indivíduos ou grupos, de maneira desproporcional aos riscos ordinários enfrentados pela coletividade.

<sup>665</sup> GONÇALVES, Carlos. **Op. cit.**, p. 594.

<sup>666</sup> **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>667</sup> "Ao direito compete distinguir cuidadosamente essas miragens de lucro, de que falava Dernburg, da verdadeira ideia de dano. Não se indeniza esperanças desfeitas, nem danos potenciais, eventuais, supostos ou abstratos". **Ibid.**, p. 590.

<sup>668</sup> **Ibid.**, p. 595.

<sup>669</sup> A teoria da perda de uma chance é originária do direito francês. René Chapus aponta, por exemplo, a perda de uma chance séria quando alguém, em decorrência de decisão administrativa ou da ausência desta decisão, ou por atraso ou acidente, deixa de se submeter a um exame ou a um curso público, ou fica impedido de conseguir um emprego, firmar um contrato ou obter um pagamento, bem como quando, em razão de negligência ou erro de diagnóstico, deixa de evitar uma enfermidade ou uma operação cirúrgica. CHAPUS, René. **Droit administratif général**. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 1236-1237. Tradução livre. A jurisprudência brasileira tem acolhido tal tese, como se infere desse trecho de julgado: "A teoria da perda de uma chance ('perte d'une chance') visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro". STJ, REsp. 1190180/SP, rel. min. Luis Felipe Salomão, DJ de 22.11.2010.

<sup>670</sup> "No dano por ricochete, o prejuízo é direto, na medida em que decorre imediatamente do fato danoso, embora haja, antes, um outro dano, de que depende. Por isso e nesta acepção é chamado também de prejuízo reflexo, como o sofrido por quem dependia materialmente da pessoa que morreu ou ficou inválida em acidente". SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 323. "Admite-se, preenchidos os requisitos da certeza do dano, a indenização do chamado 'dano em ricochete', que se configura quando uma pessoa sofre o reflexo de um dano causado a outrem. É o que acontece, por exemplo, quando o ex-marido, que deve à ex-mulher ou aos filhos uma pensão devida em consequência de separação, vem a ficar incapacitado para prestá-la, em consequência de um dano que sofreu. Indaga-se se nesse caso o prejudicado tem ação contra o causador do dano, embora não seja ele diretamente atingido". GONÇALVES, Carlos. **Op. cit.**, p. 597. Ver, ainda: CHAPUS, René. **Op. cit.**, p. 1239-1240.

Danos genéricos, normais ou insignificantes não comportam indenização, nem se indeniza os aborrecimentos e desconfortos habituais do convívio social, que hão de ser razoavelmente tolerados. São, nas palavras de Cretella Júnior, inconvenientes suportados por imposição da própria vida em sociedade<sup>671</sup>. Portanto, é preciso que o dano se revele *anormal e específico*, alcançando indivíduos ou grupos identificáveis, superando os riscos rotineiros da vida em sociedade e que são suportados por todos indistintamente<sup>672</sup>. A princípio, danos absorvidos pela coletividade não comportam indenização<sup>673</sup>, salvo quando, num grau maior, prejudicam determinadas pessoas ou grupos passíveis de identificação (danos coletivos em sentido estrito)<sup>674</sup>.

Almiro do Couto e Silva leciona que, além dos requisitos primeiramente fixados pelo Direito Privado em matéria de responsabilidade civil, os danos a serem reparados pelo Estado demandam peculiaridades para a sua configuração nas situações em que os agentes públicos, ainda quando atuando licitamente, venham a impor sacrifícios a alguns indivíduos em proveito da coletividade, advindo daí dois requisitos que considera típicos do direito público: a *especialidade* e a

---

<sup>671</sup> "O dano deve ser *anormal*, ou seja, deve exceder os inconvenientes inerentes ao funcionamento do serviço, os encargos que toda vida coletiva impõe. *Anormalidade* é vocábulo que se explica por si mesmo: *anormal* é aquilo que sai da rotina, aquilo que aberrava dos padrões de continuidade". CRETELLA JÚNIOR, José. **Op.cit.**, p. 598.

<sup>672</sup> "O dano deve ainda ser *especial*, isto é, peculiar à vítima ou às vítimas e não comum ao conjunto dos membros de uma coletividade. Neste último caso, com efeito, quando o dano atinge todos os membros de uma coletividade, não é atingida a igualdade de todos diante dos encargos públicos que fundamenta, como já vimos, o conjunto da teoria, porém não se deve confundir especialidade e frequência do dano; o prejuízo não cessa de ser especial porque ele se reproduz frequentemente". **Ibid.**, p. 598.

<sup>673</sup> No tocante a danos genéricos suportados por todos, cite-se os seguintes trechos de julgados: "há discricionariedade do Estado na adequação das necessidades públicas ao contexto econômico estatal. (...) política de conveniência do Estado, enquanto intervém no domínio econômico como órgão normativo e regulador do mercado, não havendo quebra do princípio da proporcionalidade ao tempo em que todo o setor produtivo sofreu as consequências de uma política econômica de forma ampla e genérica." **STJ, REsp 79.937** - rel. min. Nancy Andrighi, DJ de 10.09.2001. "Incabível a reparação de danos ocasionada pela *faute du service publique* quando não seja possível registrar o número de vítimas contaminadas em decorrência de atraso na implementação de programa de combate à dengue, não tendo sido sequer comprovado o efetivo atraso ou se ele teria provocado o alastramento do foco epidêmico. Incabível a reparação de danos ocasionada abstratamente à coletividade, sem que seja possível mensurar as pessoas atingidas em razão de eventual negligência estatal, mormente em havendo fortes suspeitas de que a ação estatal, se ocorrida antecipadamente, não teria contribuído para evitar o dano nas proporções em que se verificou". **STJ, REsp 703471** - rel. min. João Otávio de Noronha, DJ de 21.11.2005.

<sup>674</sup> Nos valem aqui da classificação adotada pelo legislador brasileiro ao tratar dos interesses transindividuais. Os *direitos difusos*, segundo o art. 81, I, do CDC (Lei 8.078/90), são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Já os *direitos coletivos* (em sentido estrito), segundo o art. 81, II, do CDC, são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

*anormalidade*<sup>675</sup>. Assinala, então, que "se o dano espalha-se por toda a sociedade ou não ultrapassa os marcos da normalidade, não é indenizável; se for anormal e especial, sim"<sup>676</sup>.

Pierre-Laurent Frier e Jacques Petit sustentam que o prejuízo deve ser considerado como *anormal* "quando há ruptura caracterizada de igualdade, que ultrapasse os inconvenientes que devem ser suportados por todos em nome das exigências da vida em sociedade"<sup>677</sup>. Por *especialidade* há de se entender a característica com que se apresenta um dano quando este é sofrido por alguma pessoa ou grupo, mas não suportado por outros que se beneficiam da atuação estatal. Hartmut Maurer alude à jurisprudência do tribunal federal alemão ao tratar da figura do *sacrifício especial*, como sendo aquele em que o afetado, em comparação com outros, é agravado desigualmente, excedendo aos limites do sacrifício geral<sup>678</sup>. Nessa esteira, a teoria do sacrifício especial busca obstar que danos generalizados mereçam tutela reparatória pelo Estado, o que, todavia, tem sido alvo de críticas por alguns doutrinadores<sup>679</sup>.

Cumprido destacar que, apesar de a doutrina tradicionalmente afastar a responsabilidade civil por danos genéricos, já se vem admitindo, em determinados casos, também a indenização por *danos difusos*. Discorrendo sobre as ações coletivas de reparação e o chamado dano moral coletivo, Schreider aponta haver uma tendência no direito contemporâneo à expansão qualitativa do dano ressarcível, de modo a alcançar, também, os interesses supraindividuais, o que demanda "a superação da dificuldade de inserção da tutela dos interesses coletivos e difusos em um esquema dogmático construído sobre bases essencialmente individuais"<sup>680</sup>. Contudo, esta nova percepção que vem tendo a doutrina civilista - posto que

<sup>675</sup> SILVA, Almiro. **Op. cit.**, p. 325.

<sup>676</sup> **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>677</sup> FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. **Précis de droit administratif**. 4. ed. Paris: Montchrestien, 2006, p. 505. Tradução livre.

<sup>678</sup> MAURER, Hartmut. **Op. cit.**, p. 869.

<sup>679</sup> Criticando a teoria do sacrifício especial, Rui Medeiros lança mão de teorias materiais que distinguem, no campo do direito de propriedade, os sacrifícios indenizáveis e as vinculações sociais não indenizáveis em função não da privação singular do direito, mas, sim, da afronta, ainda que em caráter geral, do conteúdo essencial do direito. A divergência entre as teorias está no relevo que atribuem ao princípio da igualdade: "a teoria do sacrifício especial considera que a responsabilidade pressupõe, como condição *necessária*, a violação da igualdade transcendente à lei; as chamadas 'teorias materiais' admitem, pelo contrário, a existência de sacrifícios que, não obstante atingirem todos os titulares de situações essencialmente iguais, obrigam a indenizar". MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992, p. 321.

<sup>680</sup> SCHREIBER, Anderson. **Op. cit.**, p. 86.

desenvolvida como forma de incrementar a tutela de importantes bens difusos (meio ambiente, saúde pública, defesa do consumidor etc.) diante de danos provocados por empreendimentos privados e com finalidade lucrativa - parece encontrar sérias dificuldades de aplicação quando se trata de responsabilizar civilmente aquele que é o próprio encarregado de destinar recursos públicos a proteger tais bens: o Estado.

Ora, condenar o Estado a ressarcir ou reparar danos difusos causados por seus agentes equivale a indiretamente impor-se a adoção de uma nova política pública voltada à proteção reforçada de tais bens, de modo que, ainda que tal política pública envolva o incremento no aporte de recursos financeiros, não é de responsabilidade civil que se estará tratando, mas, sim, de puro e simples replanejamento de um dever primário que compete ao Poder Público. Reconhecemos, porém, haver doutrinadores que já admitem hipóteses de responsabilidade civil do Estado mesmo por danos difusos<sup>681</sup>.

Seja como for, ao se cogitar de um dano indenizável, entendemos que a reparação deve sempre se dar em conformidade com o tipo de prejuízo e a sua extensão em termos de vítimas.

Se o dano é individual, a indenização cabe ao indivíduo prejudicado; se o dano é coletivo, cumpre a princípio indenizar toda a coletividade atingida, o que pode ser feito, inclusive, indenizando-se cada indivíduo do grupo na medida do prejuízo particularmente sofrido. Porém, quando o dano é difuso, espalhando-se os prejuízos de modo uniforme e indeterminado por toda a sociedade, a reparação somente pode ser implementada de modo igualmente difuso, não se justificando indenizações individuais, sob pena de violação ao princípio constitucional da igualdade. Ressalve-se apenas as situações em que de um único fato lesivo despontem graus diferentes de prejuízos, podendo-se identificar, ao lado do dano difuso, um dano individual ou coletivo objetivamente aferível.

---

<sup>681</sup> Neste sentido a lição de Almiro do Couto e Silva, quando observa que "a noção de interesse juridicamente protegido sofreu, modernamente, uma modificação substancial. Na perspectiva da tradição, o interesse que o direito protegia era sempre de cunho acentuadamente individualista. A proteção jurídica dos interesses transindividuais, difusos e coletivos, é relativamente recente. No Brasil, a explícita adoção do conceito de interesses difusos e coletivos, realizada com grande amplitude na Constituição Federal e no nosso sistema jurídico, erguendo-os inequivocamente à posição de interesses juridicamente protegidos, ampliou consideravelmente o número de hipóteses em que o Estado é responsável, extracontratualmente, por seus atos e omissões". SILVA, Almiro. **Op. cit.**, p. 324.

Como veremos adiante, se tais considerações, em torno do dano especial e anormal, tem sido levadas em conta para fins de apuração da responsabilidade civil do Estado por omissão, pela mesma razão não de servir para identificar, em termos concretos, quais prestações materiais estarão abarcadas pelo suporte fático das normas de direitos fundamentais, como um "direito a algo" e, por conseguinte, como um dever positivo do Estado<sup>682</sup>. Vale dizer, a mesma dogmática voltada à identificação das excludentes do nexo causal precisa ser aplicada para balizar o modo de agir estatal e justificar eventuais omissões do Poder Público que de certa forma comprometam a eficácia de direitos fundamentais.

## 4.2 TEORIAS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

### 4.2.1 Irresponsabilidade, culpa, risco administrativo, integral e social

Mesmo após a consolidação do pensamento liberal que conduziu ao rompimento com os modelos absolutistas, precipitando o advento do moderno Estado de Direito no final do século XVIII e que se consolidou na Europa ao longo do século XIX, a responsabilidade civil extracontratual do Estado demorou a ser reconhecida.

Enquanto na esfera das relações privadas as primeiras construções teóricas sobre o direito à reparação de danos já vinham sendo excepcionalmente desenvolvidas<sup>683</sup>, no campo do Direito Público o tema sequer era ainda admitido,

---

<sup>682</sup> Conforme vimos no item 2.1.6, seguindo-se a tríplex divisão das posições jurídicas fundamentais adotada por Alexy, o objeto de um "direito a algo" é sempre uma *ação* do destinatário da norma de direito fundamental, seja uma *ação negativa* (não se embaraçar, afetar ou eliminar a posição jurídica configuradora do direito) ou uma *ação positiva* (por meio de prestações fáticas ou da criação de normas que viabilizem a efetivação do direito). A atenção aqui se volta a este último aspecto, quando se trata de apurar a responsabilidade civil por omissão do Estado, quando seus agentes deixam de adotar uma determinada ação positiva.

<sup>683</sup> Na dogmática clássica, por influência dos ideais do liberalismo econômico, não se considerava a responsabilidade civil como uma regra. Isso porque "a lógica capitalista incentiva a liberdade dos



pois não se compreendia como um Estado soberano poderia ser juridicamente obrigado a indenizar indivíduos sujeitos ao seu poder de império.

Somente com a gradativa ampliação do papel do Estado interventor nas questões sociais, econômicas e culturais, passando a atuar em larga escala na prestação de serviços públicos e na execução de obras públicas, a aceitação de sua responsabilidade civil veio progredindo.

A doutrina descreve resumidamente a evolução pela qual passou a responsabilidade civil do Estado, identificando três etapas: a) fase da teoria da irresponsabilidade; b) fase das teorias civilistas; e c) fase das teorias publicistas<sup>684</sup>. Não houve propriamente a substituição de uma teoria por outra, eis que foram coexistindo de modo que aos poucos uma teoria viesse cedendo ao domínio da outra, a depender da situação investigada<sup>685</sup>.

Na fase da *irresponsabilidade* (teoria negativista, regaliana ou, como diziam os franceses, *these feudal*<sup>686</sup>), entendia-se que o Estado não poderia ser civilmente responsabilizado por atos oficiais, os quais eram praticados em nome do soberano, sob a máxima de que se o rei não erra, seus agentes não causam danos a ressarcir, concepção que vigorou na Europa absolutista<sup>687</sup>. Imaginava-se o Estado infalível como a personificação da Nação e a expressão da Lei e do Direito, nunca podendo ser qualificado como violador dessa mesma Lei e Direito, sendo, por isso, *non*

---

agentes econômicos através de um aparato jurídico que minimamente interferisse na circulação de riquezas e no exercício de atividades negociais. Daí que qualquer pessoa eventualmente atingida por força do exercício de tais atividades deveria demonstrar cabalmente ter sido o dano o resultado de um ilícito culposos que lhe gerou lesões em razão de um comportamento adequadamente produzido pelo agente econômico. Diante da complexidade da obtenção pelo ofendido destes elementos probatórios, esta tarefa era conhecida sutilmente como a '*prova diabólica*'. Consequentemente, a maior parte das demandas era rechaçada em juízo, as agruras da vítima não encontravam eco no sistema e, ironicamente, o que se afirmava era uma "*irresponsabilidade civil*". FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe. **Op. cit.**, p. 265.

<sup>684</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 787-788.

<sup>685</sup> "Na evolução das teorias acerca da responsabilidade civil do Estado, estas não se sucederam por substituição uma às outras. A aceitação de uma teoria não representa o abandono ou esquecimento da outra. Ao contrário, o mundo jurídico verificou a coexistência progressiva destas teorias". BAHIA, Saulo. **Op. cit.**, p. 12.

<sup>686</sup> **Ibid.**, p. 16.

<sup>687</sup> "A fase da *irresponsabilidade civil do Estado* vigorou de início em todos os Estados, mas notabilizou-se nos absolutistas. Nestes, negava-se tivesse a Administração Pública a obrigação de indenizar os prejuízos que seus agentes, nesta qualidade, pudessem causar aos administrados. Seu fundamento encontrava-se em outro princípio vetor do Estado absoluto ou Estado de polícia, segundo o qual o Estado não podia causar males ou danos a quem quer que fosse. Era expressado pelas fórmulas: 'Le roi ne peut mal faire' e 'The King can do no wrong', ou, em nossa língua, 'O rei não pode fazer mal' e 'O rei não erra'". GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 968.

*suitability* (não demandável)<sup>688</sup>. Invocava-se, ainda, a própria teoria da separação dos poderes no sentido de que os atos do Executivo não poderiam ser julgados por outro poder, havendo também quem equiparasse todos os atos do Estado às situações de força maior ou caso fortuito, considerando o ônus da vida em coletividade, não sendo justo reparar danos de alguns indivíduos em detrimento dos demais<sup>689</sup>.

Na transição do antigo regime para o Estado de Direito, em 1800 foi editada na França a primeira lei que tratava do ressarcimento por danos oriundos de obras públicas<sup>690</sup>; fora daí, porém, a regra era o não reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, de modo que, se ato antijurídico ensejasse alguma indenização, esta seria da responsabilidade pessoal do agente causador do dano, o que já foi considerado um avanço para a época<sup>691</sup>.

Ao longo do século XIX, com o desenvolvimento econômico propiciado pela revolução industrial, foi-se aos poucos flexibilizando a teoria da irresponsabilidade e abrindo espaço à aplicação, na seara da administração pública, de teorias civilistas de responsabilidade baseadas na *culpa*. Inicialmente, a jurisprudência diferenciava os *atos de império* (praticados pelo Poder Público, com prerrogativas de autoridade) dos *atos de gestão* (praticados pelo Poder Público, mas em igualdade de condições com os particulares), de modo que a responsabilidade civil do Estado apenas poderia ser reconhecida em relação aos atos de gestão e desde que o agente público atuasse com culpa, nos moldes previstos no Código Civil<sup>692</sup>. Havia, portanto,

---

<sup>688</sup> BAHIA, Saulo. **Op. cit.**, 1995, p. 14.

<sup>689</sup> **Ibid.**, p. 15.

<sup>690</sup> A lei francesa foi publicada em data conhecida como o *28 Pluvioso do Ano VIII*, no calendário revolucionário francês (oito anos após a adoção deste calendário em 1792). Portanto, "o rigor da irresponsabilidade civil do Estado era quebrado por leis que admitiam a obrigação de indenizar em casos específicos, a exemplo da lei francesa que determinava a recomposição patrimonial por danos oriundos de obras públicas e da qual acolhia a responsabilidade por danos resultantes de atos de gestão do domínio privado do Estado. A par disso, admitia-se a responsabilidade do agente público quando o ato lesivo pudesse ser atribuído diretamente a ele". GASPARINI, Diógenes. **Op. cit.**, p. 968.

<sup>691</sup> "Não ficavam os indivíduos a descoberto de qualquer proteção, pois haveria possibilidade de responsabilização individual dos agentes públicos que, atuando com dolo ou culpa, acarretassem dano a outrem. Ressalte-se, porém, que a responsabilidade existiria em nome próprio e não como prepostos do Estado". DI PIETRO, Maria. **Op. cit.**, p. 231. "Preponderava a teoria do mandato, interpretada no sentido de que este não havia sido oferecido para que pudesse ser transgredido pelo funcionário. Em havendo transgressão, o Estado não seria responsabilizado, já que aquela não teria sido autorizada por este. O ato lesivo se encontraria cometido além dos poderes conferidos no mandato, com o que o Estado não possuiria qualquer relação com a conduta inadequada do funcionário". BAHIA, Saulo. **Op. cit.**, 1995, p. 15.

<sup>692</sup> "O abandono da teoria da irresponsabilidade do Estado marcou o aparecimento da doutrina da responsabilidade estatal no caso de ação culposa de seu agente. Passava a adotar-se, desse modo,

uma espécie de bifurcação da figura do Estado, a exemplo do que, ainda nos albores da era moderna, já se havia adotado na Alemanha, sob a alcunha de *Teoria do Fisco*. De um lado havia o Estado soberano, imune de responsabilidade; de outro, o Estado enquanto gestor do patrimônio público (Fisco)<sup>693</sup>.

Não obstante o seu mérito histórico<sup>694</sup>, dita bipartição entre o Estado soberano e o Estado Fisco ou entre os atos de império e os atos de gestão, sendo um resquício da antiga *these feudal* (o que, na França, veio a receber a denominação de *ilhas de irresponsabilidade*<sup>695</sup>), foi aos poucos sendo deixada de

---

a doutrina civilista da culpa. Entretanto, procurava distinguir-se, para esse fim, dois tipos de atitude estatal: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilidade, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal". CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 555. "A origem desta teoria é apontada na Revolução Francesa, com os particulares acionando o Estado para obter ressarcimento dos danos causados pela multidão enfurecida". BAHIA, Saulo. **Op. cit.**, 1995, p. 23.

<sup>693</sup> "Para combater esse poder absoluto do príncipe, elaborou-se, em especial por doutrinadores alemães, a teoria do fisco, em consonância com a qual o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao fisco, que teria personalidade jurídica de direito privado, diversa da personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império. O primeiro submetia-se ao direito privado e, em consequência, aos tribunais; o segundo regia-se por normas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais. Com isso, muitas das relações jurídicas em que a Administração era parte passaram a ser regidas pelo *direito civil* e a submeter-se a tribunais independentes, sem qualquer vinculação ao príncipe. Esses tribunais passaram a reconhecer, em favor do indivíduo, a titularidade de direitos adquiridos contra o fisco, todos eles fundamentados no direito privado. Mas o Estado, pessoa jurídica, enquanto poder público, continuava sem limitações estabelecidas pela lei e indemandável judicialmente pelos súditos na defesa de seus direitos. A bifurcação da personalidade do Estado apenas abrandou o sistema então vigente, mas não o extinguiu. (...) correspondeu a uma bifurcação de regimes jurídicos: de um lado, o *jus politiae* (direito de polícia), que partindo da ideia de poder sobre a vida religiosa e espiritual do povo, concentrou em mãos do príncipe poderes de interferir na vida privada dos cidadãos, sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem-estar coletivos; de outro lado, o *direito civil*, que regia as relações do Fisco com os súditos e que ficavam fora do alcance do príncipe, gerando direitos subjetivos que podiam ser assegurados por meio de controle judicial. Esse sistema teve o mérito de submeter uma parte da atividade do Estado à lei e aos Tribunais". DI PIETRO, Maria. **Op. cit.**, p. 18-19.

<sup>694</sup> Segundo Wilson Melo da Silva, tal mérito histórico consistiu em "haver transformado em ponte passadiça entre a irresponsabilidade total, absoluta, inicial, do Estado por todos os seus atos (*the King can do no wrong*, como ainda se diz nos Estados Unidos e Inglaterra), e a ideia de que tal não fosse ou de que tal não pudesse ser. A distinção entre os atos de império e de gestão ter-se-ia constituído apenas no grande passo que, consoante o citado Prof. Caio Mário da Silva Pereira, importou em abrir brecha na cidadela do princípio da irresponsabilidade estatal. É doutrina ilógica, de impossível aplicação prática em determinadas hipóteses, e, sobretudo, muito deixa a desejar como sistema de justiça distributiva". SILVA, Wilson. **Op. cit.**, p. 143.

<sup>695</sup> Mesmo quando reconhecida, na França, a autonomia do Direito Administrativo em matéria de responsabilidade civil, notadamente após o julgamento do famoso *Arrêt Blanco*, subsistiram assuntos em relação aos quais o Estado não poderia ser civilmente responsabilizado. Como contam Frier e Petit, "esta solução permitiu assim manter importantes *ilhas de irresponsabilidade* da administração, em nome do princípio da soberania, notadamente quanto estando em jogo os atos de comando tomados dentro do quadro do poder discricionário ou em nome da segurança pública". FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. **Op. cit.**, p. 477. Tradução livre.

lado no início do século. XX<sup>696</sup>. Todavia, continuava o apego ao requisito da culpa civilista, sem o qual não se configuraria a responsabilidade civil. Equiparava-se a responsabilidade do Estado à do patrão, ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos, de maneira que o exame da culpa do Estado ainda era feito segundo os parâmetros de avaliação da culpa subjetiva dos particulares<sup>697</sup>. Sob os mesmos contornos oferecidos pelo Direito Civil (culpa civilista), o Estado, como patrão ou comitente, apenas respondia de modo indireto pelos atos de seus funcionários, e desde que comprovada a má escolha deles (*culpa in eligendo*) ou a falta de fiscalização sobre a sua conduta (*culpa in vigilando*). Nesse passo, "como era difícil, para o particular, demonstrar a existência destas espécies específicas de culpa, por parte do Estado, é fácil imaginar que o poder público frequentemente escapasse da obrigação de reparar"<sup>698</sup>.

Prosseguindo na evolução, passou-se a entender que a responsabilidade do Estado não poderia ser norteadas pelas regras gerais da culpa civilista, devendo ser levada em conta a intensidade da atividade estatal, com o exercício de poderes de polícia e de outras prerrogativas sobre os particulares, tendo em vista a necessidade de implementação dos serviços públicos. Buscou-se, então, construir um regime de responsabilidade civil de Direito Público a ser aplicado ao Estado, observadas as peculiaridades que envolvem a sua atuação<sup>699</sup>.

---

<sup>696</sup> Hely Lopes Meirelles salienta que "a doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas Nações que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, pelo *Crown Proceeding Act*, de 1947, e pelo *Federal Tort Claims Act*, de 1946. Caíram, assim, os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes". MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 531.

<sup>697</sup> "O estágio da *responsabilidade com culpa civil do Estado*, também chamada de *responsabilidade subjetiva do Estado*, instaura-se sob a influência do liberalismo, que assemelhava, para fins de indenização, o Estado ao particular. Por esse artifício o Estado torna-se responsável e, como tal, obrigado a indenizar sempre que seus agentes houvessem agido com culpa ou dolo. O fulcro, então, da obrigação de indenizar era a culpa ou dolo do agente, que levava a culpa ou dolo ao Estado. É a teoria da *culpa civil*. Essa culpa ou dolo do agente era a condicionante da responsabilidade patrimonial do Estado. Sem ela incoirria a obrigação de indenizar do Estado. O Estado e o particular eram, assim, tratados de forma igual. Ambos, em termos de responsabilidade patrimonial, respondiam conforme o Direito Privado, isto é, se houvessem se comportado com culpa ou dolo. Caso contrário, não respondiam. Os conceitos de culpa e dolo eram, e são, os mesmos do Direito Privado". GASPARINI, Diógenes. **Op. cit.**, p. 969.

<sup>698</sup> BAHIA, Saulo. **Op. cit.**, 1995, p. 22.

<sup>699</sup> "A solução civilista, preconizada pela teoria da responsabilidade patrimonial com culpa, embora representasse um progresso em relação à teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado, não satisfazia os interesses de justiça. De fato, exigia-se muito dos administrados, pois o lesado tinha de demonstrar, além do dano, que ele fora causado pelo Estado e a atuação culposa ou dolosa do agente estatal. Tornam-se, assim, inaplicáveis, em sua pureza, os princípios da culpa civil, para

Na França, a fase publicista da responsabilidade civil do Estado teve início com o abandono de antigo posicionamento jurisprudencial de que o dever de reparação por danos materiais seria assunto exclusivo do Direito Civil. Passou-se a entender que a responsabilidade civil do Estado é matéria de Direito Administrativo e não de Direito Civil, daí o Tribunal de Conflitos francês, no bojo do *arrêt Rothschild* (1855) e do *arrêt Blanco* (1873), haver decidido que as lides referentes a tal matéria seriam julgadas pelo Tribunal Administrativo<sup>700</sup>.

A primeira teoria publicista baseou-se na *culpa administrativa* (ou *acidente administrativo*), decorrente da doutrina francesa denominada *faute du service*, segundo a qual a ausência ou o mau funcionamento do serviço bastaria para caracterizar a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos administrados, independente de quem fosse o agente público causador. Sob esse prisma, o funcionário não se destaca mais do serviço público, estando nele fundido<sup>701</sup>, porquanto "a quem sofre o prejuízo, por parte do Estado, não interessa a identificação do agente danoso. A vítima quer o ressarcimento, desde que estabelecido o *nexo causal* entre o Estado e o prejudicado"<sup>702</sup>. Assim, o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado não mais estaria focada na culpa subjetiva do agente, bastando apurar a culpa na prestação do serviço público tomado como um todo (*culpa anônima*)<sup>703</sup>. Aguiar Dias, citando clássica lição de

---

obrigar o Estado a responder pelos danos que seus servidores pudessem causar aos administrados". GASPARINI, Diógenes. **Op. cit.**, p.969-970.

<sup>700</sup> "Aponta-se como momento de tomada desta orientação publicística o *arrêt Blanco*, produzido na França, em 01.02.1873, pelo Tribunal de Conflitos. Agnès Blanco, ao atravessar uma rua na cidade de Bordeaux, foi acolhida por um vagão da Cia Nacional de Manufatura de Fumo. Seu pai promoveu ação de indenização. Suscitando conflito de atribuições o Tribunal de Conflitos decidiu que a questão deveria ser julgada pelo tribunal administrativo. (...) Embora este julgado tivesse popularizado a noção, o *arrêt Rothschild*, de 1855, já havia consignado o mesmo entendimento". BAHIA, Saulo. **Op. cit.**, 1995, p. 24-25.

<sup>701</sup> **Ibid., loc. cit.**

<sup>702</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Op. cit.**, p. 619.

<sup>703</sup> "O reconhecimento subsequente da culpa administrativa passou a representar um estágio evolutivo da responsabilidade do Estado, eis que não mais era necessária a distinção acima apontada, causadora de tantas incertezas. A teoria foi consagrada pela clássica doutrina de Paul Duez, segundo a qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o provocou. A doutrina, então, cognominou o fato como *culpa anônima* ou *falta do serviço*". CARVALHO FILHO, José. **Op. cit.**, p. 555. "A culpa passou assim a ser anônima, o que quer dizer da generalidade da Administração, da generalidade do serviço - bastando, portanto, comprovar o mau funcionamento do serviço, ainda que fosse impossível indicar o agente causador do dano. E essa culpa do serviço ocorreria em três situações: 1ª) quando o serviço não funcionasse, ou seja, no caso de omissão do Estado; 2ª) quando o serviço funcionasse mal - funcionamento defeituoso, inadequado; 3ª) ou quando o serviço funcionasse extemporaneamente, atrasado, causando dano".

Paul Duez, ressalta que a responsabilidade do serviço público passou a ser vista como primária, absorvendo a personalidade jurídica do agente público<sup>704</sup>.

A teoria da culpa administrativa representou o meio termo na transição da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva do Estado, sobrevivendo aos poucos a segunda teoria publicista, calcada na noção de *risco administrativo*, levando em conta o crescente desenvolvimento das atividades estatais<sup>705</sup>. Aqui não se fala mais em culpa por parte da Administração Pública, que responderá objetivamente quando ocorra dano produzido por um agente do Estado no desempenho de um serviço público (nexo causal). Não se exige sequer a falta ou falha do serviço, pois o simples *fato do serviço*, por si só, já vincula o Estado ao dano produzido, dada a imputação do risco.

Pela teoria do risco administrativo, “é suficiente a prova da lesão e de que esta foi causada pelo Estado. A culpa é inferida do fato lesivo, ou, vale dizer, decorrente do risco que a atividade pública gera para os administrados”<sup>706</sup>. Trata-se de doutrina baseada no *princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais*<sup>707</sup>, porém, é preciso atentar que o risco administrativo comporta excludentes e atenuantes que rompem com o nexo causal entre a atuação do Estado e o resultado lesivo.

---

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Problemas de responsabilidade civil do Estado**. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45.

<sup>704</sup> Esta foi a linha de princípio do Conselho de Estado francês, "que a estabelecera como concepção autônoma, conforme atesta Paul Duez, ao assinalar-lhe as características essenciais: 'A responsabilidade do serviço público é responsabilidade primária: o patrimônio administrativo é imediata e diretamente responsável... a personalidade jurídica do agente desaparece, absorvida pela empresa administrativa... com a qual se integra, na qual se funda e absorve'. Por outro lado, continua ele, a falta do serviço público não está necessariamente ligada à ideia de ato ilícito do agente. Basta o mau funcionamento do serviço, a que se possa imputar o dano. A culpa administrativa assume, pois, caráter anônimo e objetivo". AGUIAR DIAS. **Responsabilidade civil decorrente da ruína de edifícios**. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, v 1, Rio de Janeiro: Prefeitura do Distrito Federal, 1955, p. 34.

<sup>705</sup> "Ampliando-se, consideravelmente, por efeito do crescente desenvolvimento da atividade da administração, tanto em face da própria atividade privada, a reclamar a sua atenção, tanto em função de novos encargos que ela assume, em resultado da sua atual feição intervencionista, pode dizer-se que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público apresenta cada dia um problema diferente, a desafiar os juristas a novas e mais complexas construções". **Ibid.**, p. 36.

<sup>706</sup> GASPARIANI, Diógenes. **Op. cit.**, p. 971.

<sup>707</sup> "Assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público". DI PIETRO, Maria. **Op. cit.**, p.515.

Assim como a teoria do risco administrativo, a teoria do *risco integral* também versa sobre hipóteses de responsabilidade objetiva do Estado, já que ambas pressupõem o elemento *risco*. Consoante veremos mais à frente, a distinção entre tais teorias nem sempre contou com a relevância que hoje se lhe é dada pela doutrina, tendo inicialmente sido compreendidas como construções complementares voltadas à descrição de um mesmo fenômeno<sup>708</sup>. Porém, grande parte dos autores contemporâneos, encontrando amparo na lição de Hely Lopes Meirelles, seguem diferenciando-as substancialmente pelo grau de objetividade na avaliação da responsabilidade estatal<sup>709</sup>.

Nesta linha de intelecção, enquanto a teoria do risco administrativo admite hipóteses nas quais o Estado não responde pelo dano (excludentes) ou tem diminuída a sua responsabilidade (atenuantes), a tese do risco integral não as admite, empregando um modelo radical de responsabilidade objetiva que não foi bem aceito pela doutrina<sup>710</sup>. Deveras, adotar inadvertidamente a teoria do risco integral, com este sentido, equivaleria, na prática, a transformar o Estado numa espécie de "segurador universal", imputando-se-lhe a responsabilidade por todo e qualquer infortúnio sofrido pelas pessoas na convivência em sociedade.

Mais radical ainda do que a ideia de risco integral parece soar a teoria do *risco social*, que seria equivalente a uma verdadeira *responsabilidade sem risco*<sup>711</sup>.

---

<sup>708</sup> Explica Ruy Rosado Aguiar Júnior que o dissídio que lavrou na doutrina sobre a prevalência do risco integral ou do risco administrativo não detém maior relevância, eis que "os defensores de ambas as correntes aceitam a possibilidade de exclusão ou atenuação da responsabilidade do Estado sempre que provada a atuação de fatores causais estranhos ao Estado, como a culpa exclusiva ou concorrente da vítima". AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9706-9705-1-PB.pdf>. Acesso em: 22/02/2017. Atualmente, contudo, a distinção é sufragada pela doutrina, como veremos no item 4.2.5.

<sup>709</sup> "A *teoria do risco integral* é a modalidade extremada da doutrina do *risco administrativo*, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima". MEIRELLES, Hely. **Op. cit.**, p. 532-533.

<sup>710</sup> "Por *teoria do risco integral* entende-se a que obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Não se indaga, portanto, a respeito da culpa da vítima na produção do evento danoso, nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade. Basta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o simples envolvimento do Estado no evento. Assim, ter-se-ia de indenizar a família da vítima de alguém que, desejando suicidar-se, viesse a se atirar sob as rodas de veículo coletor de lixo, de propriedade da Administração Pública, ou se atirasse de um prédio sobre uma via pública". GASPARINI, Diógenes. **Op. cit.**, p.971.

<sup>711</sup> "O fundamento da teoria é bem simples. Se o Estado tem o dever de cuidar da harmonia e da estabilidade sociais, e o dano provém justamente da quebra desta harmonia e estabilidade, seria dever do Estado repará-lo. O que releva não é mais individualizar para reprimir e compensar, mas socializar para garantir e compensar. (...) As excludentes passam a não ser notadas, e a conduta deixa de ser necessariamente da Administração, podendo ser de terceiros ou da natureza. Em

Nessa amplitude de cobertura, o Estado estaria bancando uma espécie de seguro para fazer frente a todos os danos sofridos pelos indivíduos na rotina da vida em sociedade. Alguns autores tratam tal teoria apenas como uma variante extremada do risco integral, considerando que a ampliação do papel do Estado na sociedade contemporânea levou a se localizar o elemento do nexo causal em praticamente todas as hipóteses de dano nas quais se reclama a ausência de sua atuação protetiva, responsabilizando-o por omissão.

Entendemos que, em se falando de responsabilidade civil do Estado no sentido restrito aqui estudado, a concepção de risco social acaba se confundindo com a de risco integral. Não olvidamos haver casos em que a legislação impõe ao Estado o dever de reparar certos prejuízos independente de nexo causal entre o dano sofrido pelo particular e alguma ação ou omissão dos agentes públicos. Porém, ainda que se enxergue aí uma indenização por risco social, esta reparação não decorre propriamente da responsabilidade civil, tratando-se, sim, de um preceito normativo instituidor de verdadeiro *seguro social* administrado pelo Estado e, como tal, sujeito a regras específicas de custeio e cobertura, as quais se diferenciam das regras gerais de responsabilidade civil voltadas para situações comuns em que tal proteção não é prevista.

#### 4.2.2 A responsabilidade civil do Estado no Direito brasileiro

No Brasil, em que pese o texto da Constituição de 1891 haver repetido o princípio geral já acolhido pela Carta imperial de 1824 - limitando-se a atribuir a responsabilidade aos funcionários públicos<sup>712</sup> - a doutrina defendia que isso não

---

verdade, a denominação correta seria 'doutrina da responsabilidade sem risco', pois o risco exige, sempre, certa atividade estatal. O princípio central do risco social é o de que deve o Estado proporcionar o bem-estar de todos. Neste caso, qualquer dano sofrido por um particular ocasionaria o surgimento do dever do Estado em repará-lo, independentemente de sua origem. É, como se vê, uma teoria avançada, de elevado custo social". BAHIA, Saulo. **Op. cit.**, 1995, p. 93 e 114.

<sup>712</sup> **Constituição/1824**, art. 178, item 9: "Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelas obras e omissões praticadas no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos". **CF/1891**, art. 82: "Os funcionários públicos são estritamente



obstava o reconhecimento da corresponsabilidade direta do Estado, tendo a jurisprudência do STF avançado neste sentido<sup>713</sup>.

A própria legislação infraconstitucional já previa hipóteses de responsabilidade da Fazenda Pública, tal como fez o Decreto 451-B de 31/05/1890, dispondo sobre a indenização por danos decorrentes de registros de imóveis<sup>714</sup>, e o Decreto 847 de 11/10/1890 (Código Penal), tratando dos danos decorrentes de erro judiciário reconhecido em sentença de reabilitação<sup>715</sup>. Consoante destaca Aguiar Júnior, "em ambos os casos, o Estado foi colocado diretamente em confronto com o lesado, como devedor da obrigação e legitimado passivo na ação de indenização"<sup>716</sup>. Cita-se, também, o Decreto 1.151 de 05/01/1904, estabelecendo a responsabilidade civil do Estado por ato ilegal de autoridade sanitária<sup>717</sup>.

---

responsáveis pelas obras e omissões que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos".

<sup>713</sup> Aguiar Júnior escreve que "Rui Barbosa, por diversas vezes, posicionou-se favoravelmente à responsabilidade do Estado, sustentando que a pessoal prevista no artigo 32 da Constituição de 1891 não excluía a do Estado. Aceitar a irresponsabilidade da Fazenda Pública, doutrina 'hoje repudiada pelos juristas', seria descurar da fecunda revolução jurídica que se estava realizando nos demais países, afirmava Pedro Lessa, com sua autoridade de mestre de Direito e Ministro do Supremo Tribunal Federal. Amaro Cavalcanti, que escreveu em 1905 alentada monografia sobre a responsabilidade civil do Estado, dava ao art. 82 da Constituição de 1891 abrangência limitada aos seus termos: o dispositivo afirmava a responsabilidade do funcionário por suas faltas, mas não impedia a coexistência da responsabilidade estatal, de forma principal, solidária ou subsidiária, conforme o caso. A jurisprudência do STF passou da total negativa (a Fazenda Pública não responde pelas faltas dos seus funcionários), à aceitação irrestrita do princípio (é indisputável a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos particulares pelos funcionários públicos). Em certo momento, fez-se uma distinção (1921 -1924):o Estado não responderia se o ato do funcionário fosse criminoso, quando a responsabilidade seria pessoal. A partir de 1932, porém, voltou a prevalecer a tese mais ampla". AGUIAR JÚNIOR, Ruy. **Op. cit.**

<sup>714</sup> **Decreto 451-B/1890**, art. 78. "A acção de indemnização, fundada em erro, ou omissão do official do registro, ou seus empregados, será intentada nominalmente contra o mesmo official. § 1º Si o autor vencer, o juiz, a requerimento d'elle, mandará o official de registro communicar ás repartições de fazenda (art. 62) a importancia da condemnação, principal e custas. § 2º A repartição de fazenda respectiva, á vista da carta de sentença e do cumpra-se lançado nella pelo Ministro da Fazenda, pagará ao autor, ou a seus representantes, a somma da indemnização, carregando-a ao fundo de garantia".

<sup>715</sup> **Decreto 847/1890**, art. 86, §2º: "A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do reabilitado a uma justa indenização, que será liquidada em execução, por todos os prejuízos sofridos com a condenação. A Nação ou o Estado são responsáveis pela indenização".

<sup>716</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy. **Op. cit.**

<sup>717</sup> **Decreto legislativo 1151/04**, art.1º, §20: "Não podem a justiça sanitaria, nem as autoridades judicarias, quer federaes, quer locaes, conceder interdictos possessorios contra os actos da autoridade sanitaria exercidos racione imperii, nem modificar ou revogar os actos administrativos ou medidas de hygiene e salubridade por ella determinadas nesta mesma qualidade. Fica salvo á pessoa lesada o direito de reclamar judicialmente perante a justiça federal, as perdas e danos que lhe couberem si o acto ou medida da autoridade sanitaria tiver sido illegal, e promover a punição penal, si houver sido criminoso. Em caso de desapropriação, essa se fará segundo a Constituição Federal e as leis respectivas".

Fato é que, ainda nos primórdios da nossa República, a responsabilidade civil do Estado começou a ser admitida, ainda que com base em teorias civilistas fundadas na responsabilidade subjetiva, sendo a culpa dos agentes públicos, por excesso de poder, praticamente apurada nos mesmos moldes aplicados aos particulares, conforme previsto no art. 15 do Código Civil de 1916<sup>718</sup>. Ao lado disso, aos poucos vieram surgindo construções doutrinárias e jurisprudenciais que, com base no direito comparado, já naquela época defendiam a aplicação de parâmetros da culpa administrativa ou até mesmo do risco administrativo<sup>719</sup>.

Com o advento da Constituição de 1934, a culpa do Estado passou a ser compreendida sob um regime estritamente publicístico, isto é, como *culpa administrativa*, haja vista a responsabilidade solidária do Estado por quaisquer danos culposamente causados por seus agentes<sup>720</sup>, concepção mantida com a Constituição de 1937<sup>721</sup>.

Somente com a Constituição de 1946 foi acolhida a noção de responsabilidade objetiva, superando o paradigma da culpa como requisito indispensável em todos os casos de responsabilidade civil do Estado. Dada a disposição do art.194 da Carta<sup>722</sup> e sem embargo da resistência de alguns autores ainda apegados à tradicional responsabilidade por culpa inculpada no art.15 do Código Civil<sup>723</sup>, a doutrina em geral passou a empregar a teoria do *risco administrativo* como a regra de responsabilidade civil do Estado no Brasil<sup>724</sup>.

<sup>718</sup> **CC/16**, art.15: "As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano".

<sup>719</sup> AGUIAR DIAS. **Op. cit.**, p. 36.

<sup>720</sup> **CF/34**, art. 171: "Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos"

<sup>721</sup> **CF/37**, art. 158: "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 seu cargos".

<sup>722</sup> **CF/46**, art. 194: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes".

<sup>723</sup> "É certo que ainda há quem, aferrado à teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil, tal como exposta em nosso Código Civil, insista na aplicação, pura e simples, do art. 15 desse diploma legal, com a mesma interpretação ditada pelo sistema de nosso direito privado, mesmo em face do art. 194 da Constituição, sem querer compreender que o dano, por si só, obrigue à indenização devida pelas pessoas de direito público interno, argumentando, entre outras razões, que um texto constitucional não seria meio próprio para quebrar o princípio adotado pela legislação privada, onde se encontram os fundamentos da responsabilidade civil". CERQUEIRA, Manuel de Castro. **A responsabilidade objetiva das pessoas de direito público interno: exegeze do art. 194**

A responsabilidade objetiva calcada na premissa do risco administrativo leva em conta fundamentos de equidade e de solidariedade social, devendo o Estado arcar com o ônus na mesma proporção do benefício que proporciona à coletividade, "sendo justo que, em nome desta, repare o dano advindo a cada um dos membros do consórcio civil na execução dos serviços destinados ao bem-estar da mesma coletividade"<sup>725</sup>.

Tal modelo objetivista perdurou com a Constituição de 1967<sup>726</sup> e com a EC 01/69<sup>727</sup>, tendo a Constituição de 1988, no art. 37, §6º, acrescido ainda a responsabilidade das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos<sup>728</sup>. Por outro lado, subsistem divergências acerca da aplicabilidade da teoria do risco administrativo em todas as situações envolvendo a atuação estatal, havendo autores que identificam, na maioria das vezes, apenas uma *culpa presumida* do Estado, passível de prova em sentido contrário, o que equivale a um *risco administrativo mitigado* que exige sempre a presença do nexo causal<sup>729</sup>. Além disso, há de se ter

**da Constituição Federal.** *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, v 2, Rio de Janeiro: Prefeitura do Distrito Federal, 1955, p. 61-62.

<sup>724</sup> O tema da exegese do art. 194 da CF/46, confrontado com o art. 15 da CC 1916, foi examinado pelo STF em 1951, em sede de recurso extraordinário, tendo-se acolhido o voto relator do ministro Orosimbo Nonato no sentido de que "a responsabilidade objetiva do Estado se assenta em fundamentos objetivo, deriva da equidade, se justifica pelas razões de alta política jurídica aludida por Hauriou, pela solidariedade social, pelos princípios da justa distribuição dos ônus e dos cômodos por todos os membros do consórcio civil, de modo que está superada a 'fase civilística' na evolução da ideia da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno (acórdão de 10-4-1951, do S.T.F., em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 32, pág. 282)". *Ibid.*, p. 64-65.

<sup>725</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>726</sup> **CF/67, art. 105:** "As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo".

<sup>727</sup> **EC 01/69, art. 107:** "As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo".

<sup>728</sup> **CF/88, art. 37, §6º:** "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderá pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". Também o art. 43 do Código Civil em vigor no Brasil (Lei 10.406/2002) assim dispõe: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".

<sup>729</sup> "Ocorre, contudo, que se dizer imprescindível completamente da aferição da culpa é, em verdade, um equívoco, pois a administração, se provar que não agiu com culpa (como no caso de condutas omissivas, ou comissivas que não envolvam a noção de risco), irá furtar-se à responsabilização, em princípio. Trata-se de um mero sistema de inversão do ônus probatório. Na medida em que se reconhece como elidentes de responsabilidade a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, o caso fortuito e a força maior, e as mais variadas excludentes, apenas sobra o fato de existir culpa do Estado. E a responsabilização, queira-se ou não, envolverá a ideia de culpa da administração. Afinal, estamos diante de um ilícito administrativo. Só quando se estiver diante de condutas lícitas da Administração é que se poderia falar, nalguns casos, em prescindibilidade da culpa, pois o caso

cautela com a responsabilidade do Estado por omissão, hipótese em que a teoria do risco não poderia ser inadvertidamente aplicada.

Em linhas gerais, sustenta-se que a responsabilidade civil do Estado fica diminuída ou até mesmo afastada se restar provado que a vítima concorreu, parcial ou totalmente, para o evento danoso, se houve culpa de terceiro ou, ainda, por motivo de força maior, diante de um fato da natureza sem qualquer liame com algum comportamento do Estado e que, portanto, exclua o nexu causal. Quanto ao caso fortuito, há controvérsias se afasta ou não a responsabilidade do Estado, entendendo-se que, se o fato humano que indiretamente produziu o dano proveio de agente da Administração, o Estado deve reparar o prejuízo; porém, se o fato for estranho ao funcionamento do aparelho estatal, estaria configurada a culpa exclusiva de terceiro, afastando a responsabilidade. Ressalte-se não ser pacífico este entendimento, por nem sempre ser fácil distinguir as situações, como veremos na parte em que trataremos especificamente da responsabilidade civil do Estado por omissão.

Noutro giro, a doutrina brasileira segue debatendo se a teoria do *risco integral* pode ser também adotada entre nós. Alguns sustentam tal possibilidade em situações excepcionais, quando, por opção política, o legislador imponha ao Estado o dever de reparar prejuízos decorrentes de atividades consideradas de alto risco, como, por exemplo, nos casos de danos nucleares ou danos decorrentes de atentado terrorista. Outros, contudo, repudiam completamente a ideia de risco integral ou risco social, questão que continua alimentando polêmica, mormente quando se vem construindo uma dogmática de flexibilização do nexu causal, inclusive em relação a atos omissivos do Estado.

---

fortuito, por exemplo, não inibiria a responsabilização do Estado. Dá-se, em verdade, uma interpretação equivocada do art. 37, §6º, da Constituição Federal. É certo que ele previu a responsabilidade civil sem culpa, como veremos *infra*. Mas não a previu para todos os casos em que o Estado figurasse como responsável". BAHIA, Saulo. **Op. cit.**, 1995, p. 28.

### 4.2.3 O problema da responsabilidade civil do Estado por omissão

Desde a Constituição de 1946, a teoria do risco administrativo (mitigado) vem sendo considerada como a regra geral da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos no que concerne aos atos comissivos da Administração Pública, entendimento que se repetiu com base no art. 105 da Constituição de 1967, no art. 107 da Constituição de 1969 e se mantém até hoje por força do art. 37, §6º da Constituição de 1988. Assim, havendo uma ação estatal e um dano dela proveniente (nexo causal), deve o Estado indenizar o prejudicado, pouco importando se trate de uma ação lícita ou ilícita.

Deveras, o *dano antijurídico*, que dá margem ao ressarcimento por parte do Estado, pode decorrer tanto de uma atuação estatal ilícita, quanto lícita. Quando a ação estatal é ilícita, o fundamento da indenização é o próprio princípio da legalidade, dado que ninguém deve ser obrigado a suportar prejuízo causado por atuação ilícita de agentes públicos. Já quanto se trata de ação estatal lícita, o fundamento está no princípio da igualdade, diante da *anormalidade e especialidade* do dano. Nesse caso, apesar de a princípio dever-se tolerar inconvenientes decorrentes do lícito, sanciona-se a ação estatal que, mesmo em estrito cumprimento da lei, venha a acarretar, indiretamente, uma lesão a direito alheio, submetendo determinado particular a um sacrifício maior do que o imposto aos demais membros da coletividade<sup>730</sup>.

---

<sup>730</sup> "Caberá falar em responsabilidade do Estado por atos lícitos nas hipóteses em que o poder deferido ao Estado e legitimamente exercido acarreta, *indiretamente*, como simples consequência – não como sua finalidade própria –, a lesão a um direito alheio. Vale dizer: há casos em que o Estado é autorizado pelo Direito à prática de certos atos que não têm por conteúdo próprio sacrificar direito de outrem. Sem embargo, o exercício destes atos pode vir a atingir direitos alheios, *violando-os*, como mero subproduto, como simples resultado ou seqüela de uma ação legítima". BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Op. cit.**, 2007, p. 969. "Com efeito, o Estado intervencionista, fonte geradora, como vimos, da própria responsabilidade objetiva do Estado, consegue, de muitas formas, escapar de algumas reparações de pequena monta ou inerentes às mais corriqueiras de suas atividades, em virtude do princípio universalmente consagrado que nos diz haver: 'igualdade de todos os administrados perante os encargos públicos'. Desta forma, não só se estabeleceu que os encargos públicos existem e que os administrados são obrigados a suportá-los, como também, de forma universal, se disciplinou que, para que um administrado pudesse lograr ressarcimento de encargo lesivo, este encargo deveria ser *anormal e especial*. Atividades lícitas do Estado, como por exemplo, fechamento temporário de vias públicas, impunham significativa lesão a alguns administrados; todavia, haveriam eles de suportá-las devido ao fato de o dano não ser anormal e especial, sendo o mais das vezes temporário e importando em quantias não primordiais para o administrado. A

O risco administrativo é mitigado porque comporta hipóteses *excludentes* do nexo causal, afastando-se a responsabilidade civil extracontratual do Estado em casos de força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima, estado de necessidade ou fato de terceiro, flexibilização que foi acolhida no Direito brasileiro e se consolidou por reiterada jurisprudência do STF<sup>731</sup>, admitindo-se, ainda, a *atenuação* da responsabilidade estatal se houver culpa concorrente da vítima<sup>732</sup>. Sem embargo, há quem defenda que deva o Estado responder por força maior quando esta estiver associada a um fato que, dadas as circunstâncias da sua ocorrência, seria evitável ou, ao menos, previsível<sup>733</sup>.

Ocorre que, apesar de há muito se falar da aplicação da teoria do risco administrativo no que concerne a atos comissivos ilícitos ou lícitos dos agentes públicos, tornou-se problemática a questão quando se cuida de apontar a responsabilidade civil do Estado por *atos omissivos*.

Com base na interpretação literal do art. 37, §6º, levando em conta que o dispositivo constitucional alude aos danos que os agentes públicos "causarem" a terceiros e que a essência do nexo causal estaria, portanto, na *ação* desses

---

jurisprudência, por ser lícita a atividade do Estado, necessária mesmo, quase nunca concedia respaldo às pretensões dos administrados, firmando, assim, jurisprudência pacífica de que não havia nada a ressarcir, caso o administrado não provasse haver sofrido um dano anormal e especial". BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: RT, 1981, p. 35.

<sup>731</sup> "O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidentemente de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima". STF, RE 109615-2, rel. Min. Celso de Mello.

<sup>732</sup> "Para que se configure a responsabilidade do Estado, é necessário que seja verificado o comportamento do lesado no episódio que provocou o dano. Se o lesado em nada contribuiu para o dano que lhe causou a conduta estatal, é apenas o Estado que deve ser civilmente responsável e obrigado a reparar o dano. Entretanto, pode ocorrer que o lesado tenha sido o único causador de seu próprio dano, ou que ao menos tenha contribuído de alguma forma para que o dano tivesse surgido. No primeiro caso, a hipótese é de autolesão, não tendo o Estado qualquer responsabilidade civil, eis que faltantes os pressupostos do fato administrativo e da relação de causalidade. O defeito danoso, em tal situação, deve ser atribuído exclusivamente àquele que causou o dano a si mesmo. Se, ao contrário, o lesado, juntamente com a conduta estatal, participou do resultado danoso, não seria justo que o Poder Público arcasse sozinho com a reparação proporcional à extensão da conduta do lesado que também contribuiu para o resultado danoso. Desse modo, se Estado e lesado contribuíram por metade para a ocorrência dano, a indenização devida por aquele deve atingir apenas a metade dos prejuízos sofridos, arcando o lesado com a outra metade. É a aplicação do sistema da compensação de culpas no direito privado". CARVALHO FILHO, José. **Op. cit.**, p. 566.

<sup>733</sup> "Mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente". DI PIETRO, Maria. **Op. cit.**, 2015, p. 795.

agentes, veio prevalecendo o entendimento de que a referida norma constitucional somente seria aplicável aos atos comissivos do Estado<sup>734</sup>. Tal posicionamento já encontrava amparo em clássica lição doutrinária de que uma omissão jamais poderia ser propriamente a causa de um dano, senão apenas uma *condição* para que o dano fosse causado<sup>735</sup>.

Essa noção estrita de causalidade, ao distinguir entre *causas* e *condições* para a ocorrência de fenômenos, esteve na base de todas as teorias que, desde a Constituição de 1946, debruçaram-se sobre a questão da responsabilidade civil do Estado por omissão, tendo a doutrina lançado divergências acerca da aplicação do art. 194, girando as controvérsias em torno de saber se a norma constitucional apenas albergava hipóteses de responsabilidade objetiva ou se daria espaço também a casos de responsabilidade subjetiva do Estado, nos moldes da legislação ordinária<sup>736</sup>.

Prevaleceu o posicionamento de que, incidindo a norma constitucional apenas nas situações comissivas, haveria de se aplicar a regra do art. 15 do Código Civil de 1916, segundo a qual o Estado somente poderia responder por omissão quando

<sup>734</sup> No escólio de Diógenes Gasparini, "o texto constitucional em apreço exige para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado uma ação do agente público, haja vista a utilização do verbo 'causar' (causarem). Isso significa que se há de ter por pressuposto uma atuação do agente público e que não haverá responsabilidade objetiva por atos omissivos". GASPARI, Diógenes. **Op. cit.**, p. 990.

<sup>735</sup> "Em face do texto constitucional brasileiro, de conseguinte, há previsão de responsabilidade objetiva do Estado, mas, para que ocorra, cumpre que os danos ensejadores de reparação hajam sido causados por agentes públicos. Se não foram eles os causadores, se incorreram em omissão e adveio dano para terceiros, a causa lesiva é outra; não decorre de comportamento dos agentes. Terá sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionado sua ocorrência, mas não a causou. Onde não há cogitar, neste caso, da responsabilidade objetiva. Logo, se é bastante a mera relação objetiva entre a atuação do agente e a lesão para responsabilizar-se o Estado, cumpre, todavia, que esteja em pauta um comportamento comissivo, vem que sem ele jamais haverá 'causa'. Quando o Estado se omite e graças a isto ocorre um dano, este é causado por outro evento, e não pelo Estado. 'Ergo', a responsabilidade, aí, não pode ser objetiva. Cumpre que exista um elemento a mais para responsabilizá-lo". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 552, p. 11-20, out. 1981.

<sup>736</sup> "O que pode ser objeto de testilha doutrinária e jurisprudencial é a questão de se saber se o teor dos arts. 194 da Constituição de 1946, 105 da Carta de 1967, 107 da Carta de 1969 e 37, §6º, da Constituição de 1988 apenas *agasalha* a responsabilidade objetiva, tornando-a *suscetível* de ser aplicada em alguns casos, de par com a responsabilidade subjetiva, cabível em outros tantos, ou se a responsabilidade objetiva tornou-se regra *irrecusável* na generalidade dos casos. Partidários do primeiro entendimento são Caio Tácito - que entende cabível a responsabilidade objetiva nos casos de dano *anormal*, decorrente de atividade lícita do Poder Público, mas lesiva ao particular -, Alfredo de Almeida Paiva, Gonçalves de Oliveira e Themístocles Cavalcanti, conforme notícia do mestre citado. Em posição oposta estão Aguiar Dias, Seabra Fagundes, Mário Masagão, que foi quem ofereceu, como constituinte de 1946, o texto do art. 194, Hely Lopes Meirelles, e muitos outros, todos considerando que desde o Texto Constitucional de 1946 a responsabilidade objetiva é a regra no Direito brasileiro". BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Ob. cit.**, 2007, p. 1005-1006.

seus representantes faltassem a dever prescrito por lei<sup>737</sup>. Aguiar Dias, ao tratar especificamente do tema da responsabilidade civil decorrente da ruína de edifícios em construção e a suposta omissão dos órgãos estatais de fiscalização, ao tempo da Constituição de 1946 já defendia que a ligação entre o acontecimento danoso e atividade administrativa seria apenas *remota*, tornando sempre necessária a prova da culpa administrativa, sem o que não se estabeleceria a conexão causal como pressuposto da responsabilidade civil do Estado<sup>738</sup>.

E mesmo com o advento do Código Civil de 2002, cujo art. 43 reproduziu o comando constitucional do art.37, §6º, a tese subjetiva continuou campeando no tocante às omissões estatais, destacando-se o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a teoria da responsabilidade objetiva por risco administrativo somente pode ser aplicada aos atos comissivos. No caso de omissões, quando se esteja mirando situações nas quais o Estado deixou de fornecer, ao particular, algum bem ou serviço no nível de qualidade exigido, melhor seria aplicar a teoria da *culpa administrativa*, examinando-se cuidadosamente as situações em que serviço público não funcionou ou funcionou mal<sup>739</sup>.

Ressalta Celso Antônio que, não bastando a mera relação causal entre a ausência ou falha do serviço e o dano produzido, sendo necessário apurar as circunstâncias em que tal omissão se verificou, a teoria da culpa administrativa “não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que

---

<sup>737</sup> "Uma das mais tormentosas e duradouras discussões em tema de responsabilidade civil do Estado dizia respeito em saber se o art. 15 do Código Civil de 1916 permaneceu em vigor mesmo após a Constituição de 1946, ou se o art. 194 da Carta em questão cuidou de disciplinar inteiramente o tema, ab-rogando aquele primeiro dispositivo". MONTEIRO FILHO, Carlos. **Op. cit.**, p. 47.

<sup>738</sup> "Não tem recepção o apelo que nesse sentido se faz ao art. 194 da Constituição. Se é exato que adotou a doutrina objetiva, relegando a culpa como elemento essencial à caracterização da responsabilidade civil das entidades de direito público, não é menos certo que o risco administrativo tem aplicação restrita à atividade da pessoa jurídica como tal e em função da relação de causa e efeito com o prejuízo do particular. Ora, decorrendo a responsabilidade regulada no art. 194 da Constituição Federal de concepção baseada, não obstante o seu objetivismo, a esse nexos causal (sem o qual, diga-se de passagem, nem é possível assentar a responsabilidade civil) e não sendo imediata, mas remota a ligação possível entre o acontecimento danoso e a atividade administrativa, o que se há de concluir é que, pretendendo demandar a pessoa jurídica de direito público pelos danos verificados em consequência de desabamento de edifícios, o prejudicado tem que provar a culpa dos seus prepostos à fiscalização. Só através de prova da culpa se estabelece aquela relação de causa e efeito, suficiente para empenhar a responsabilidade das pessoas de direito público, porque, não existindo contiguidade entre essa atividade e o dano, o que estabeleceria a conexão causal, necessário se torna fixar a influência desempenhada pela mau desempenho da fiscalização na produção do evento". AGUIAR DIAS. **Op. cit.**, p. 42.

<sup>739</sup> "Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo". BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Op. cit.**, 2007, p. 987.



entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto”<sup>740</sup>. Tal entendimento vem sendo compartilhado por diversos outros administrativistas brasileiros.

Dirley da Cunha Júnior insiste que a responsabilidade do Estado por suas omissões é de natureza subjetiva, calcada na culpa administrativa, apegando-se para tanto na redação do §6º do art. 37 da Constituição de 1988<sup>741</sup>. José dos Santos Carvalho Filho, asseverando que nem toda omissão estatal enseja a responsabilidade civil, também entende que somente deve o Estado responder por *culpa* nesse caso<sup>742</sup>. Alexandre de Aragão, por sua vez, considera que, ao contrário dos atos comissivos dos agentes públicos, os quais podem abrir espaço a danos indenizáveis por atuação lícita ou ilícita do Estado, a responsabilidade estatal por omissão somente pode se configurar em situações ilícitas, tendo lugar "apenas se o Estado tinha o dever de agir, ou seja, se estava legalmente obrigado a impedir a ocorrência do evento danoso, e se omitiu"<sup>743</sup>.

Todos estes autores contemporâneos seguem as lições de clássicos do Direito Administrativo brasileiro que, como dito anteriormente, vieram se debruçando sobre o tema desde a Carta de 1946<sup>744</sup>. Nesta linha dogmática, seria o verdadeiro caos se o Estado fosse chamado a responder objetivamente por todo evento danoso que seus agentes não tenham causado diretamente, apenas se atribuindo ao Poder Público uma suposta conduta omissiva. Seria transformar o Estado num “segurador

---

<sup>740</sup> **Ibid.**, p. 977.

<sup>741</sup> "Tal conclusão, resulta, aliás, da exegese que se faz do §6º do art. 37 da Constituição, que utiliza a expressão *causar (as pessoas jurídicas de direito público (...) responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros)*, dando a ideia de que a responsabilidade objetiva nele adotada se limita aos danos derivados das *ações* do Estado". CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 293.

<sup>742</sup> "Quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos. A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará *quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa*. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano". CARVALHO FILHO, José. **Op. cit.**, p. 571.

<sup>743</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 566.

<sup>744</sup> "Este posicionamento foi elaborado ainda sob a égide da Constituição de 1946 por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, mas também hoje é o que congrega o maior número de seguidores em doutrina e jurisprudência, talvez mesmo porque tenha como tônica o expressivo e convincente argumento de que o Estado não pode ser responsável por tudo que aconteça, o grande segurador de todas as desgraças e infortúnios, argumento este que, na prática, sensibiliza sobremaneira os aplicadores do Direito". MONTEIRO FILHO, Carlos. **Op. cit.**, p. 48.

universal”, imputando-se-lhe a responsabilidade por tudo que desse errado na vida cotidiana das pessoas<sup>745</sup>. Sustenta-se, assim, que a responsabilidade estatal por omissão jamais há de ser apurada com base no mero risco administrativo, mas, sim, sob o prisma da culpa administrativa (responsabilidade subjetiva por falha do serviço), examinada de acordo com critérios de razoabilidade e padrões de normalidade na atuação estatal<sup>746</sup>.

Por outro lado, a tese calcada na dicotomia entre condutas comissivas e omissivas, atualmente capitaneada por Celso Antônio e ainda prestigiada por parte da doutrina, vem aos poucos sendo relativizada por novas argumentações que buscam ampliar o risco assumido pelo Estado diante da omissão de seus agentes, acolhendo os mesmos parâmetros que já há algum tempo cimentaram a responsabilidade objetiva por atos comissivos.

As críticas partem basicamente de três correntes.

Uma primeira divergência aponta que, não obstante a aplicação da teoria da culpa administrativa em grande parte das situações, haverá circunstâncias específicas em que as omissões estatais atrairão a teoria do risco administrativo.

Almiro do Couto e Silva, nessa esteira, reputa simplória a assertiva de que o art. 37, §6º, da CF/88, por aludir a danos *causados* por agentes públicos, somente

---

<sup>745</sup> "Em nossa opinião, não há como se objetivar uma responsabilidade civil por omissão, na qual inexistente um ato que possa representar o elemento primordial do nexo de causalidade. Se a omissão do prestador do serviço público fosse objetivamente considerada como fato gerador de responsabilidade civil, o Estado seria um segurador universal dos membros da coletividade, arcando com todos os prejuízos que não conseguisse evitar". ARAGÃO, Alexandre. **Op. cit.**, p. 567. "Através da habilidade de mentes instruídas e quase geniais, é possível criar em quase todo prejuízo de uma pessoa ou grupo econômico alguma relação com a Administração, seja por sua ação ou omissão. A partir daí, calcado na responsabilidade objetiva, iniciam-se ações para que o ente estatal pague a conta". MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente. **Direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2001, p. 309.

<sup>746</sup> Sintetizando, Celso Antônio considera que "se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos. Reversamente, descabe responsabilizá-lo se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia". (...) "Os acontecimentos suscetíveis de acarretar responsabilidade estatal por omissão ou atuação insuficiente são os seguintes: a) *fato da natureza* a cuja lesividade o Poder Público não obsteu, embora *devesse fazê-lo*. Sirva de exemplo o alagamento de casas ou depósitos por força do empoçamento de águas pluviais que não escoaram por omissão do Poder Público em limpar os bueiros e galerias que lhes teriam dado vazão; b) *comportamento material de terceiros* cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público, embora pudesse e *devesse fazê-lo*. Cite-se, por exemplo, o assalto processado diante de agentes policiais inertes, desidiosos". BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Op. cit.**, 2007, p. 988 e 991.

estaria tratando de ações e não de omissões<sup>747</sup>. Ainda que considere que "na maioria das situações em que há pluralidade de causas, quando a conduta do Estado é uma delas, e tenha caráter omissivo, a responsabilidade do Poder Público não prescindirá da culpa do agente ou da falha do serviço"<sup>748</sup>, o autor reconhece haver, porém, "inúmeras situações em que o dano provém diretamente de uma omissão do Poder Público e, no entanto, a responsabilidade é objetiva"<sup>749</sup>. Esclarece seu ponto de vista argumentando que o comportamento omissivo do Estado somente deve ser analisado sob a égide da responsabilidade subjetiva quando for *concausa* do dano, ou seja, se a omissão se der sob circunstâncias de uma pluralidade de causas externas que configurem hipótese de caso fortuito ou força maior<sup>750</sup>. Porém, se a omissão for a única causa decisiva do evento danoso, quando o ordenamento tenha imposto ao Poder Público uma atuação que não foi implementada, haveria de ser aplicada a teoria do risco. Assim ocorre, por exemplo, na hipótese de "um acidente de veículo ter sido causado por defeito de manutenção ou sinalização de via pública, ou na de o Estado omitir-se de socorrer pessoa enferma que recorra a hospital público"<sup>751</sup>.

Ocorre que, além de não ser fácil distinguir as situações em que a omissão estatal seja propriamente uma "causa decisiva" ou uma mera *concausa*, os exemplos apontados por Couto e Silva também se amoldam às situações que, pela teoria da culpa administrativa, podem ser enquadradas como passíveis de responsabilização estatal ante a falta no cumprimento do dever de cuidado imposto ao Poder Público. Assim, não enxergamos muito embasamento empírico nesta primeira crítica, porquanto, havendo ou não *concausas*, a culpa concorrente do Estado pode ser perfeitamente argumentada nos mesmos moldes.

---

<sup>747</sup> "Creio ser inaceitável adotar um conceito puramente naturalístico de causa, baseado no raciocínio de que a omissão nunca pode ser um comportamento comissivo como omissivo. Basta que se agregue a noção de dever, moral ou jurídico, para que se perceba, com facilidade, como a omissão pode constituir-se em causa de um evento". SILVA, Almiro. **Op. cit.**, 2015, p. 317.

<sup>748</sup> **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>749</sup> **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>750</sup> "Compreende-se, pois, que a responsabilidade do Estado, quando o dano resulta de uma ação de terceiro ou de força maior, só surgirá quando se demonstre que o Estado cooperou, por culpa de seus agentes ou por culpa anônima ou por falha do serviço, para que o dano se produzisse. Em tais circunstâncias a conduta do Estado só se qualificará como *concausa* do evento se existir violação, por parte do Poder Público, de um dever jurídico preexistente, porquanto os deveres que tem com relação aos particulares são limitados". **Ibid.**, p. 326.

<sup>751</sup> **Ibid.**, p. 317.

A segunda corrente de críticas, por sua vez, considera que, no atual contexto de intervenção estatal, não seria mais adequado continuar se insistindo na dicotomia entre atos comissivos e omissivos para se examinar o grau de responsabilidade do Poder Público, sendo preferível reunir todas as situações sob um único enfoque culposo, seja por ação ou omissão, bastando que se amplie objetivamente os parâmetros de compreensão da culpa estatal.

Marçal Justen Filho, nesse enfoque, reputa a concepção dicotômica como fruto de uma leitura equivocada da norma constitucional, acabando por produzir confusão no trato diferenciado entre as ações e omissões estatais, sendo mais apropriado falar numa *objetivação da culpa* em toda e qualquer situação envolvendo o Poder Público, o que permitiria unificar perfeitamente o tratamento da responsabilidade civil extracontratual do Estado<sup>752</sup>. Decorre daí a ideia de culpa objetiva, que o autor reputa suficientemente adequada às peculiaridades da atuação estatal, identificando o elemento subjetivo em todas as situações de responsabilidade do Estado, porém, associado a um dever objetivo de cuidado e de adoção das medidas necessárias a evitar danos aos administrados<sup>753</sup>. Não importando qual o direcionamento da vontade empreendida pelo agente público causador do dano - e é justamente nisso que se distingue da culpa subjetiva no sentido tradicional -, o que se costuma chamar de responsabilidade civil objetiva nada mais seria do que uma presunção de culpabilidade decorrente da existência de um dever objetivo de cuidado.

---

<sup>752</sup> Na defesa de um *tratamento unitário para as ações e omissões*, o autor assinala que a tese da dicotomia entre atos comissivos e omissivos "é logicamente insustentável, e se afigura muito mais razoável afirmar que, em todos os casos, há um elemento subjetivo, mas subordinado a um regime especial. Na atuação comissiva, o dever de diligência especial impõe ao agente a adoção de cautelas muito severas, visando precisamente a evitar a produção de lesão a terceiros. Portanto, quando a atuação comissiva do agente estatal produz o dano a terceiro, presume-se a presença de um elemento subjetivo defeituoso. O agente produziu o dano porque houve defeito na formação de sua vontade. Já na atuação omissiva, a situação é mais diversa e complexa". JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1216.

<sup>753</sup> "É mais apropriado aludir a uma *objetivação da culpa*. Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio. Quando o Estado infringir esse dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidade à ocorrência do dano, estarão presentes os elementos necessários à formulação de um juízo de reprobabilidade quando à sua conduta. Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadora do dano. A omissão da conduta necessária e adequada consiste na materialização de vontade defeituosamente desenvolvida. Logo, a responsabilidade continua a envolver um elemento subjetivo, consistente na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir". **Ibid.**, p. 1212.

Entrementes, ainda que partindo da uniformidade de tratamento dos atos comissivos e omissivos, sob o prisma da responsabilidade subjetiva do Estado, Marçal Justen salienta que a análise da culpa deve ser empreendida de modo diferenciado a depender do tipo de omissão enfrentada. Aponta o autor uma distinção similar à já empregada no Direito Penal para classificar os crimes omissivos, de maneira que, para efeito de apuração da responsabilidade civil do Estado, será preciso examinar, em cada caso, se a hipótese configura um ilícito omissivo próprio ou um ilícito omissivo impróprio.

Ocorre *omissão própria* quando a norma de conduta impõe ao Estado que adote obrigatoriamente uma determinada ação, instituindo, então, um *dever de agir de modo específico e determinado*, razão pela qual a negativa no cumprimento desse dever por si só já faz caracterizar um ilícito administrativo. Vale dizer: "nos casos em que o direito estabelecer que a omissão estatal é em si mesmo ilícita (omissão própria), o tratamento jurídico será semelhante ao adotado para a atuação estatal ativa"<sup>754</sup>, incidindo aí os mesmos parâmetros de avaliação da culpa aplicados aos atos comissivos<sup>755</sup>. Na *omissão imprópria*, ao contrário, não existindo uma norma especificamente voltada para a atuação estatal na hipótese, há de se analisar se houve infração a um *dever geral de agir*, sendo "descabido reputar que a mera e simples *inação* produzirá a responsabilidade civil do Estado"<sup>756</sup>.

Marçal Justen salienta que tanto por omissão própria quanto por omissão imprópria a responsabilidade civil do Estado requer a reprovação da conduta estatal. O que ocorre são configurações distintas do dever de diligência nas duas situações, pois, "no caso da omissão própria, há um dever de diligência preciso e determinado.

---

<sup>754</sup> **Ibid.**, p. 1220.

<sup>755</sup> "Os casos de *ilícito omissivo próprio* são equiparáveis aos atos comissivos, para efeito de responsabilidade civil do Estado. Assim, se uma norma estabelecer que é *obrigatório* o agente público praticar certa ação, a omissão configura atuação ilícita e gera a presunção de formação defeituosa da vontade. O agente omitiu a conduta obrigatória ou por atuar intencionalmente ou por formar defeituosamente sua própria vontade - a não ser que a omissão tenha sido o resultado intencional da vontade orientada a produzir uma solução conforme ao direito e por ele autorizada. (...) Se houver regra (mesmo técnica) determinando a obrigatoriedade da atuação, em situações daquela ordem, o panorama jurídico atinente ao ato omissivo é idêntico ao dos atos comissivos. Assim se passa, por exemplo, com a omissão de socorro (hipótese de ilícito omissivo próprio). Em todos esses casos, há o dever de ofício de omitir ou de atuar. A infringência a tais deveres produz a obrigação de o Estado responder pelas perdas e danos derivados". **Ibid.**, p. 1218 e 1220.

<sup>756</sup> **Ibid.**, p. 1220. Aduz o jurista: "Nesse caso, a responsabilização apenas surgirá se houver omissão juridicamente reprovável, consistente na infração a um dever de diligência. Assim, por exemplo, o Estado pode ser responsabilizado quando deixar de limpar galerias pluviais, daí derivando inundação das vias públicas e prejuízos a terceiros". **Ibid.**, **loc. cit.**

No caso da omissão imprópria, o dever de diligência não tem conteúdo exato"<sup>757</sup>. Quando existe norma de dever específico, é relativamente fácil apurar a responsabilidade estatal por omissão; na verdade, os casos mais problemáticos ocorrem no interior das balizas do *dever geral de agir*, quando é preciso verificar se o Estado efetivamente poderia agir ou se a sua atuação, dentro dos limites razoavelmente possíveis, foi insuficiente para impedir o evento danoso<sup>758</sup>.

Tal doutrina, como se vê, busca uniformizar o tratamento dos atos comissivos e omissivos. Ao invés de lançar mão do argumento da responsabilidade objetiva para os atos comissivos, comportando excludentes ou atenuantes, opta-se por afirmar sempre estar se tratando de responsabilidade subjetiva, ainda que com distintos parâmetros de objetivação da culpa, adequados às peculiaridades da atuação estatal. Por conseguinte, seja nos atos comissivos, seja nos omissivos próprios ou impróprios, o que se investiga é precisamente o grau de reprobabilidade da providência que o Estado tomou ou deixou de tomar em cada caso, conforme se trate de violação um dever geral ou específico de agir<sup>759</sup>. E é isto inclusive que vai servir de parâmetro à dosagem de eventual indenização a que terá direito o prejudicado.

Por fim, a terceira corrente de críticas à dicotomia entre atos comissivos e omissivos prefere, ao invés de recorrer a uma imprecisa noção de culpa objetiva e se manter no horizonte da responsabilidade subjetiva do Estado, percorrer caminho inverso e unificar o tratamento de todas as ações e omissões estatais sob o prisma da responsabilidade objetiva, aplicando sempre a regra do art. 37, §6º, da CF/88, dentre outras normas constitucionais e legais. Para tanto, amplia-se o risco administrativo de modo a abarcar até mesmo situações que tradicionalmente eram

---

<sup>757</sup> **Ibid., loc. cit.**

<sup>758</sup> "O grande problema são as hipóteses de *ilícito omissivo impróprio*, em que o sujeito não está obrigado a agir de modo determinado e específico. Nesses casos, a omissão do sujeito não gera presunção de infração ao dever de diligência. É imperioso, então, verificar concretamente se houve ou não infração ao dever de diligência especial que recai sobre os exercentes de função estatal. Se existiam elementos fáticos indicativos do risco de consumação de um dano, se a adoção de providências necessárias e suficientes para impedir esse dano era da competência do agente, se o atendimento ao dever de diligência teria conduzido ao impedimento da adoção das condutas aptas a gerar o dano - então, estão presentes os pressupostos da responsabilização civil. **Ibid.**, p. 1218.

<sup>759</sup> "A doutrina costuma aludir a hipóteses de 'exclusão' da responsabilidade civil do Estado. Trata-se de hipóteses em que, mais propriamente, não há elemento subjetivo reprovável por parte do agente que desempenha a função do órgão estatal. Isso se passa, basicamente, nos casos de (a) culpa da vítima; (b) culpa de terceiro; (c) exercício regular de direito pelo agente estatal; (d) caso fortuito ou força maior. (...) Mas o tratamento jurídico das diversas hipóteses exige, sempre, o exame da existência de infração ao dever de diligência que onera o Estado". **Ibid.**, p. 1222.

tratadas como força maior ou caso fortuito, incorporando a omissão estatal ao exame do nexos causal e levando em conta o risco que deve ser suportado pelo Estado.

Deveras, ampliar demasiadamente a categoria da culpa, ainda que sob o prisma do *dever objetivo de cuidado*, acaba, na prática, por igualá-la à própria ideia de *risco*. Daí que, se o intento é o de unificar a teoria de responsabilidade do Estado, servindo tanto a atos comissivos quanto aos omissivos, talvez fosse mesmo preferível centrar o enfoque na teoria do risco administrativo, ampliando-se os parâmetros do risco e não os da culpa. É o que vem sendo feito, com a construção de novas categorias intermediárias, tais como a *omissão específica*, o *fortuito interno* e o *princípio da precaução*, como será examinado a seguir.

#### 4.2.4 A gradativa aplicação da teoria do risco às omissões estatais

A tese de que a responsabilidade estatal por comportamento omissivo há de ser analisada sob a égide da *culpa administrativa* parece ainda ter prestígio na doutrina e tem sido acolhida pela jurisprudência brasileira<sup>760</sup>. Mesmo em grande parte dos casos em que se alude indistintamente à responsabilidade objetiva do Estado nas ações e omissões, tem-se feito referência à violação do dever geral de

---

<sup>760</sup> Cite-se os seguintes trechos de julgados: "A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que 'a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexos causal entre ambos' (STJ, AgRg no AREsp 501.507/RJ, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 02/06/2014). Em igual sentido: STJ, REsp 1.230.155/PR, rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 17/09/2013". **STJ, AgRg 1345620** - rel. Min. Assusete Magalhães, DJ de 02/12/2015; "A jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que em se tratando de conduta omissiva do Estado a responsabilidade é subjetiva e, neste caso, deve ser discutida a culpa estatal. Este entendimento cinge-se no fato de que na hipótese de Responsabilidade Subjetiva do Estado, mais especificamente, por omissão do Poder Público o que depende é a comprovação da inércia na prestação do serviço público, sendo imprescindível a demonstração do mau funcionamento do serviço, para que seja configurada a responsabilidade. Diversa é a circunstância em que se configura a responsabilidade objetiva do Estado, em que o dever de indenizar decorre do nexos causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, que prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso. Precedentes: (REsp 721439/RJ; DJ 31.08.2007; REsp 471606/SP; DJ 14.08.2007; REsp 647.493/SC; DJ 22.10.2007; REsp 893.441/RJ, DJ 08.03.2007; REsp 549812/CE; DJ 31.05.2004)". **STJ, REsp 888420** - rel. Min. Luiz Fux, DJ de 27/05/2009.

cuidado que caracteriza a responsabilidade subjetiva, ampliando-se, na verdade, os critérios de apuração da culpa do Estado, aproximando-a da noção de risco.

Não raro se vê ementas de julgados proclamando a responsabilidade *objetiva* do Estado por omissão, mas que, porém, contraditoriamente, trazem nos seus fundamentos decisórios alguma referência à *culpa* do Estado ou à *falha* na prestação do serviço público, categorias que, como já dito, são típicas da responsabilidade subjetiva por culpa administrativa<sup>761</sup>. Tal fundamento, registre-se, em muitos casos tem até servido para afastar o conhecimento de recursos extraordinários pelos tribunais superiores, por implicar reexame de matéria fática concernente à prova da omissão culposa do Estado<sup>762</sup>.

O que se constata ainda é o tradicional apego à ideia de culpa administrativa nas omissões estatais passíveis de responsabilização civil, sem embargo de que se esteja aos poucos adotando novas linhas de argumentação com o escopo de ampliar o elemento objetivo fundado na ideia de risco, mormente nos casos em que medidas de precaução poderiam ser suficientes a evitar ou mitigar danos, inserindo-se, tais medidas, no campo dos deveres constitucionais atribuídos ao Estado na adoção de políticas públicas. Nesse escopo, primeiramente a doutrina trabalha com a figura da omissão específica, distinguindo-a da omissão genérica<sup>763</sup>.

---

<sup>761</sup> Cite-se: "No que se refere à morte de detento sob custódia do Estado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assenta-se no sentido de que a responsabilidade civil do ente público é objetiva. Incidência da Súmula 83/STJ. O Tribunal de origem, com amparo nos elementos de convicção dos autos, entendeu que está constatada a ocorrência donexo causal entre o dano e a falha no dever de vigilância do Estado". **STJ, AgRg 779043** - rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ de 27/05/2016; "A Constituição Federal de 1988 assegura em seu artigo 37, § 6º, que 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. Cuidando-se de colisão em estrada federal motivado por falha na prestação do serviço, a responsabilidade é objetiva". **TRF3, APELREEX 1558012** - rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, DJ de 10/01/2014.

<sup>762</sup> Confira-se o seguinte excerto: "Divergir do entendimento do acórdão recorrido quanto à responsabilidade subjetiva do Estado por danos ao patrimônio público e social, uma vez que presente o nexocausal e verificação de culpa - evidenciado pela falha do serviço, por ausência de fiscalização efetiva, deixando de cumprir bem seu dever de evitar a ocupação irregular de áreas públicas - demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão recorrido, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária prevista no art. 102 da Constituição Federal. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido". **STF, RE 655916 AgR/DF** - rel. Min. Rosa Weber, julg. em 14/10/2014.

<sup>763</sup> "Não é correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir". CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 37.



Nas situações em que detectada a *omissão genérica*, atribuiu-se ao Estado um dever generalizado de evitar danos, sendo necessário averiguar, em cada caso concreto, se a sua inação acabou contribuindo culposamente para o evento danoso, configurando umnexo causal indireto. Por violação de um dever genérico, o Estado responderá se ficar demonstrado haver incorrido em culpa administrativa, na esteira do posicionamento tradicional.

Nos casos de *omissão específica*, porém, avança-se em direção ao risco administrativo quando se constata que o Estado teria um dever específico de evitar o dano (um dever individualizado de agir) e, por isso, acabou assumindo o risco da sua ocorrência, de modo a fazer configurar umnexo causal direto. Perquire-se se o evento danoso foi resultado do descumprimento de uma norma determinante da ação estatal, caso em que o ato omissivo específico há de receber o mesmo tratamento jurídico dispensado ao ato comissivo, aplicando-se a teoria do risco administrativo.

A doutrina cita o exemplo de acidente automobilístico em rodovia, causado por um motorista embriagado que não foi alvo de fiscalização. Reconhece-se que, a princípio, o Estado tem o dever de fiscalizar a segurança nas rodovias, por meio de uma série de medidas, por exemplo, colocando sinais de trânsito e realizando *blitz* da lei seca. Observa-se haver aí, contudo, uma *omissão genérica*, cabendo então verificar se o Estado incorreu ou não em culpa administrativa, supondo-se que não é possível - e nem seria proporcional - parar e fiscalizar todos os veículos que trafegam pelas rodovias públicas, razão pela qual inevitavelmente algum motorista embriagado acabará escapando da fiscalização, sem que se possa responsabilizar o Estado por isso.

Diferente ocorreria se, uma vez parado na *blitz*, o motorista embriagado viesse a ser liberado e, em seguida, desse causa ao acidente. Nesse caso, o dever do Estado, que antes poderia ser considerado genérico (realizar a fiscalização na rodovia), tornou-se específico (deter o motorista embriagado que foi parado pela fiscalização), de maneira que a omissão de seus agentes, ignorando o dever

individualizado de agir, acabou se incorporando ao risco da atuação estatal direcionada a evitar acidentes desta natureza<sup>764</sup>.

Situações desse jaez vem sendo enfrentadas em inúmeras questões judiciais envolvendo acidentes rodoviários, incêndios, desabamentos, explosões e outros eventos danosos que, pela doutrina tradicional, levariam ao pronto afastamento da responsabilidade subjetiva, sob o fundamento de que o serviço estatal voltado ao enfrentamento de tais infortúnios funcionou dentro do que era possível de se esperar, segundo padrões ordinários de normalidade. Relativizando a máxima de que a responsabilidade do Estado por atos omissivos deveria ser sempre avaliada sob o prisma da culpa administrativa, a jurisprudência já tem acolhido a teoria do risco administrativo, reconhecendo a responsabilidade objetiva também no tocante a omissões específicas<sup>765</sup>.

---

<sup>764</sup> É o exemplo dado por Sérgio Cavalieri Filho: "Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado". CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Op. cit.**, p. 231.

<sup>765</sup> Cite-se alguns trechos de julgados nesse sentido: "Objeto da ação que diz com a imputação ao DNIT/União Federal de responsabilidade pela falta e/ou falha no dever de fiscalização e de manutenção das condições de segurança em rodovias federais. Em que pese parte da doutrina contemporânea sustentar ser subjetiva a responsabilidade da Administração quando o dano decorrer de uma omissão do Estado, necessário se faz distinguir omissão genérica de omissão específica, ou seja, relativa ao fato específico. Em hipóteses como a dos autos, a omissão do Estado é específica, pois a inércia do órgão administrativo - DNIT - constitui a causa direta e imediata do não impedimento da ocorrência do evento causador do dano. Caso em que é possível cogitar da responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, CF/1988, sendo essenciais, à sua caracterização, somente o dano causado e o nexo de causalidade entre o ato omissivo e o resultado danoso. Imprescindível a comprovação de que o serviço estatal se omitiu especificamente onde podia e tinha condições de evitar a falha e, por consequência, o dano". **TRF3, AC 1713476** - rel. Juiz convocado Roberto Jeuken, DJ de 26/03/2015; "Não restou demonstrada a omissão específica estatal na conservação e sinalização da rodovia em que ocorreu o acidente, que estava exatamente sendo alvo de obras de recapeamento, sinalizada com antecedência necessária para os motoristas se precaverem. A vítima conduzia motocicleta sem habilitação, e em velocidade incompatível para a via, o que por si só parece ter sido a causa do acidente, cuja dinâmica, diante da colisão com veículo de terceiros, também não foi suficientemente esclarecida. Ausente, portanto, a caracterização da omissão estatal e do alegado nexo causal". **TRF2, AC 625061** - rel. Des. Fed. Guilherme Couto, DJ de 25/09/2014; "De acordo com o art. 37, §6º, da Constituição Federal, é possível concluir que o constituinte adotou, como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, seja ela direta ou indireta, a Teoria do Risco Administrativo, segundo a qual a responsabilidade objetiva da Administração Pública fica limitada aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo administrado, dispensando a prova de culpa. Por sua vez, sendo a omissão da Administração Pública causa do dano, há que se perquirir se é hipótese de omissão genérica, à qual se aplica a responsabilidade subjetiva, ou de omissão específica, à qual se aplica a responsabilidade objetiva. Por se tratar de pedido de

Reitera-se aqui a observação que acima já fizemos, no sentido de que se poderia perfeitamente fundamentar a omissão específica com base na culpa administrativa. Aliás, a dicotomia entre omissão genérica e específica soa bem similar à tese adotada por Marçal Justen Filho ao distinguir a omissão própria da imprópria, havendo apenas uma sutil diferença de enfoque na medida em que se passa a compreender que a omissão específica, atraindo o mesmo regime jurídico aplicável aos atos comissivos, daria azo à responsabilidade objetiva por risco, ao passo que o referido doutrinador, como já se disse, prefere se ater a parâmetros de objetivação da culpa, insistindo que, em todos os casos, o Estado estaria sendo responsabilizado por culpa e não propriamente por risco.

Na verdade, dadas as peculiaridades da atuação estatal, a distinção entre culpa e risco por vezes acaba se resumindo a mero exercício retórico, dependendo da linha de argumentação adotada. Isso porque a culpa administrativa, por sua própria natureza e segundo a construção teórica na qual se embasou, torna prescindível o elemento volitivo do agente (fala-se, como já vimos, em culpa *anônima* ou culpa *do serviço*), daí porque a teoria foi originariamente denominada de *acidente administrativo*<sup>766</sup>. Ora, a própria noção de "acidente" remete à ideia de

---

indenização por danos decorrentes de acidente ocorrido em razão da negligência do dever de sinalizar e garantir a segurança ao longo da linha férrea, a responsabilidade do Estado é subjetiva, pois embasado omissão genérica". **TRF2, APELRE 600823** - rel. Des. Fed. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, DJ de 08/03/2014; "A par da discussão doutrinária e divergência jurisprudencial sobre o tema da responsabilidade civil do Estado em relação a condutas omissivas, no caso em apreço, é forçoso reconhecer a responsabilidade civil por omissão específica, ante a omissão direta e imediata no tocante à observância das normas de segurança, donde se conclui que, tivessem sido adotadas as medidas necessárias, poderia ter sido evitado o incêndio e explosão ocorridos a bordo do navio, que culminou com o óbito". **TRF2, APELRE 554494** - rel. Des. Fed. Andrea Cunha Esmeraldo, DJ de 08/08/2013; "A responsabilidade civil por omissão de atos da Administração Pública é subjetiva, hipótese em que a culpa passa a se constituir em pressuposto da responsabilidade, não se aplicando, assim, a regra do art. 37, § 6º, da CF. Ou seja, admitindo-se a responsabilidade objetiva em hipóteses que tais, o Estado seria um segurador universal, o que não se entremostra razoável. A doutrina e a jurisprudência mais recente, todavia, vem gradativamente adotando, quando se trata de danos da Administração Pública por omissão, o entendimento de que existe uma clara distinção entre omissão específica e omissão genérica". **TRF3, AP 1010923** - rel. Juiz Alexandre Sormani, DJ de 08.10.2009; "A responsabilidade por omissão estatal não é sempre subjetiva, tendo em vista que assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir". **TRF4, AC 200171020045794** - rel. Des. Fed. Jairo Schafer, DJ de 28.04.2008.

<sup>766</sup> "A teoria da *culpa do serviço*, também chamada de *culpa administrativa*, ou teoria do *acidente administrativo*, procura desvincular a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público". DI PIETRO, Maria. **Op. cit.**, 2015, p. 789. "Imaginou-se, então, para a responsabilização (a fim de que a incerteza quanto ao efetivo agente causador do dano não significasse frustração do dever de reparar), que bastaria a certeza de que o dano adveio do serviço público, por conduta de algum funcionário. Não importaria qual funcionário o tivesse produzido. Estamos diante, então, da teoria do acidente administrativo". BAHIA, Saulo. **Op. cit.**, 1995, p. 26.

responsabilidade objetiva, que é típica do risco e não da culpa. Acidente, por definição, é algo imprevisível e não proposital. Daí porque, ao invés de se trabalhar com a ideia de uma presunção de culpa, tomando-a em alto grau nas omissões mais específicas, mais coerente seria presumir-se o nexo de causalidade, que somente seria afastado caso comprovada a ocorrência de alguma excludente do risco.

A propósito disso escreve Juarez Freitas, asseverando que, sob um juízo de proporcionalidade e uma vez demonstrado que a ação diligente da Administração Pública seria suficiente a evitar a ocorrência de um evento danoso, "não se adota a culpa presumida, muito menos imputação objetiva da culpa, mas a indiferença quanto à culpabilidade individual ou anônima no reconhecimento do nexo causal"<sup>767</sup>. Nesta esteira, a gradativa aplicação da teoria do risco aos atos omissivos levou a doutrina a lançar mão da categoria do *fortuito interno*, distinguindo-o do caso fortuito propriamente dito (fortuito externo) e ampliando, com isso, o risco administrativo.

Costuma-se afirmar genericamente que a teoria do risco administrativo é mitigada pelo reconhecimento de excludentes do nexo causal, mencionando-se a força maior e o caso fortuito. Ocorre que a distinção conceitual entre estas duas figuras nunca foi unânime, havendo até quem considerasse inútil tal diferenciação no Direito brasileiro, que desde o Código Civil de 1916 as tratou como categorias equivalentes no tocante aos seus efeitos<sup>768</sup>, o que foi repetido no Código Civil de 2002<sup>769</sup>. Tal controvérsia, que reinou mesmo entre os civilistas<sup>770</sup>, refletiu-se também no campo da responsabilidade civil do Estado<sup>771</sup>. Contudo, a distinção entre as duas

<sup>767</sup> FREITAS, Juarez. **Proporcionalidade e vedação de excesso e inoperância**. In: *Responsabilidade Civil do Estado*. FREITAS, *op. cit.*, p. 185.

<sup>768</sup> **Lei 3.071/16**, art. 1.058, p. único: "O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir".

<sup>769</sup> **Lei 10.406/2002**, art. 393, p. único: "O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir".

<sup>770</sup> "O Código Civil optou, como se viu, em estabelecer uma sinonímia entre o 'caso fortuito' e a 'força maior', que a doutrina, por força da necessidade, cuidou de desfazer, muito embora haja quem veja nessa diferença questão 'meramente acadêmica', já que se trataria de 'sinônimos perfeitos'. Mesmo entre os que se propõem a estabelecer critérios distintivos, a imprecisão da alcunha, contudo, é grande". BAHIA, Saulo. **Op. cit.**, 1995, p. 71. O autor alude ao entendimento de Arnoldo Wald, seguido por vários outros doutrinadores nacionais, não obstante haverem sido construídas teorias propondo critérios de distinção das duas figuras.

<sup>771</sup> Retratando a força maior e o caso fortuito como situações que afastam ou diminuem a responsabilidade civil do Estado, Bacellar Filho anota que "os dois institutos, quanto aos seus conceitos, até hoje, são objeto de divergência doutrinária", sendo que "algumas definições encontradas na doutrina são exatamente inversas. Considera-se caso fortuito como o evento decorrente da natureza e força maior como aquele oriundo da ação humana. Outras, situam as ocorrências praticamente no mesmo patamar". BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Responsabilidade civil da administração pública - aspectos relevantes. A Constituição Federal**

figuras tornou-se necessária na medida em que a doutrina veio ampliando o risco de imprevisão das atividades estatais, passando a admitir apenas a força maior como excludente de responsabilidade e deixando de lado o caso fortuito.

Como explica Edmir Neto de Araújo, a total assimilação do caso fortuito à força maior somente se mostrava suficiente sob a égide da doutrina da culpa administrativa, segundo a qual tanto a irresistibilidade humana da força maior quanto a impossibilidade de previsão das consequências do caso fortuito situariam o prejuízo fora da órbita de responsabilidade estatal<sup>772</sup>. A partir do momento em que se considerou haver casos em que a atuação do Poder Público se dá sob parâmetros similares aos de um seguro social, passou-se a incluir, no risco da atividade do Estado, situações que antes eram tomadas como caso fortuito<sup>773</sup>. Por conseguinte, vem se entendendo que a força maior excludente do nexo causal é a do caso fortuito externo, havendo situações de *fortuito interno* que por si só não tem o condão de afastar a responsabilidade civil do Estado, eis que incorporadas aos riscos da atividade estatal.

Fortuito interno, no dizer de Saulo Casali Bahia, é aquele acontecimento que, apesar de imprevisível, ocorre a partir da atividade da própria administração, sendo que a imprevisibilidade não afasta a responsabilidade civil do Estado<sup>774</sup>. Aduz o autor que o caso fortuito excludente do nexo causal é tão somente aquele referente ao fortuito externo, vale dizer, sem relação direta com a atividade da administração e decorrente de atos de terceiros ou fatos da natureza<sup>775</sup>.

---

**de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras.**

In: FREITAS, *op. cit.*, p. 331.

<sup>772</sup> ARAÚJO, Edmir Netto, **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 837.

<sup>773</sup> "O Estado, tal e qual uma imensa companhia de seguros, aceita, na prática de suas atividades, o risco da *imprevisão*, e por ele se responsabiliza. Algo como trazer a noção do princípio da precaução às atividades estatais. Assim, pela teoria objetiva, diferentemente do que ocorria com a teoria da culpa administrativa, a força maior é excludente de responsabilidade estatal, o que não acontece, em princípio, com o caso fortuito". **Ibid., loc. cit.**

<sup>774</sup> BAHIA, Saulo. **Op. cit.**, 1995, p. 71. Esclarece o autor: "Isto porque deve-se entender que a atividade estatal criou um risco. Se a administração se coloca no mundo físico, guiando um carro, construindo um edifício, fez surgir, pelo só fato da sua atividade, um risco para os demais. Reparará, portanto, por este risco que criou. Pouco importa que a barra de direção do veículo oficial houvesse partido pelo acaso ou o edifício público desabado pela ação das chuvas. Como se vê, não se exige a presença da culpa. A teoria é objetiva (risco administrativo)". **Ibid., loc. cit.**

<sup>775</sup> "Por outro lado, haveria casos fortuitos (denominados casos fortuitos externos) que não adviriam da atividade da administração, mas de terceiros ou da natureza. Neste caso, a administração não deveria reparar ao lesado (só a teoria do risco social fará com que o caso fortuito externo não sirva de excludente). Num exemplo: ninguém poderá reclamar responsabilidade civil do Estado se um raio caiu sobre sua residência e danificou o telhado". **Ibid., loc. cit.**

Para que se caracterize o fortuito externo é necessário que o evento danoso, além de imprevisível, revele-se irresistível, quando gerado por força da natureza (o que tradicionalmente se chama de força maior) ou ato humano dotado das mesmas características<sup>776</sup>. O fortuito interno, por sua vez, pode se configurar ainda que tenha havido concausa por culpa da vítima, caso em que a responsabilidade civil do Estado, posto que possa ser atenuada, não é totalmente excluída. O raciocínio segue a mesma linha de argumentação lógica que já se consolidou na jurisprudência brasileira no tocante às relações de consumo e o risco assumido pelo fornecedor do serviço. Cite-se, *v.g.*, o reiterado posicionamento do STJ no sentido de que as instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno<sup>777</sup>.

Interessante observar que a nota diferencial entre o fortuito externo e o interno não está na imprevisibilidade, mas, sim, na *irresistibilidade* do evento. Por isso Saulo Casali salienta que muitas vezes o evento pode até ser previsível, porém irresistível, "na medida em que a Administração, usando de todos os meios materiais disponíveis, nada pode fazer para evitar que o dano ocorra"<sup>778</sup>. Tal impossibilidade, que pode decorrer tanto de deficiências tecnológicas ou da falta de recursos financeiros (escassez), acaba se confundindo com a ausência de dever de agir por parte do Estado, afastando a sua responsabilidade civil extracontratual<sup>779</sup>.

---

<sup>776</sup> Neste sentido, confira-se o seguinte precedente jurisprudencial: "A força maior deve ser entendida, atualmente, como espécie do gênero fortuito externo, do qual faz parte também a culpa exclusiva de terceiros, os quais se contrapõem ao chamado fortuito interno. O roubo, mediante uso de arma de fogo, em regra é fato de terceiro equiparável a força maior, que deve excluir o dever de indenizar, mesmo no sistema de responsabilidade civil objetiva". **STJ, REsp 976564** - rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. em 23/10/2012.

<sup>777</sup> **STJ, REsp 1199782 e REsp 1197929** (Recurso Repetitivo. Tema 466) - rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJ de 12/09/2011.

<sup>778</sup> BAHIA, Saulo. **Op. cit.**, 1995, p. 36.

<sup>779</sup> "Esta impossibilidade de contenção do dano pode se originar do fato de sua tecnologia ser inferior para enfrentar, por exemplo, certas intempéries, ou ainda do fato de não dispor de recursos financeiros para despender com medidas hábeis a prevenir o dano. Pode ser que, ainda, os recursos existam. Contudo, diante da sua escassez, devam ser empregados em outras atividades prioritárias. Neste último caso, podemos dizer que a impossibilidade confunde-se com a ausência do dever de agir, pois não se vai exigir, por exemplo, que o Estado crie escolas para deficientes físicos quando não há escolas sequer para crianças normais, que possam incluir no seu quadro de alunos referidos deficientes. Não há o dever porque não se vai imaginar que um Estado de orçamento deficitário, como o nosso, francamente violador da lei clássica do equilíbrio orçamentário, priorize construir

Por outro lado, em se tratando de serviços públicos e outras atividades estatais sujeitas a um regime jurídico público de responsabilidade civil objetiva, o enquadramento com amparo na teoria do risco administrativo, em situações de fortuito interno nas quais se considera presente o nexo causal, na prática equivale a adotar tal responsabilidade lançando uso da categoria da omissão específica. Em suma, *omissão específica* e *fortuito interno* servem conjuntamente a uma mesma finalidade: reconhecer a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, ampliando-se a abrangência do risco por ele assumido no desempenho das tarefas que lhe são impostas pela Constituição e pela legislação ordinária.

Fala-se, também, na aplicação do *princípio da precaução* como nova diretriz para a análise dos deveres específicos do Estado e sua responsabilidade civil por omissão, com incidência não mais restrita apenas à seara do direito ambiental, mas, sim, indo muito além para abarcar todas as atividades de alto risco assumidas pelo Poder Público, tais como armazenamento de munição, explosivos ou materiais inflamáveis, custódia de pessoas ou de bens de valor, dentre outras. Há autores que ampliam ainda mais o ideal de precaução, estendendo a sua abrangência a todos os tipos de situações em que contingências previamente conhecidas aumentam o risco potencial de danos, cabendo ao Estado antecipar-se para evitar prejuízos<sup>780</sup>.

Assim, *v.g.*, com esteio no princípio da precaução para fins de caracterização do risco administrativo, o Superior Tribunal de Justiça já declarou a responsabilidade civil do Estado em casos envolvendo contaminações pelo vírus da AIDS (HIV) ou da Hepatite C (HCV), decorrentes de transfusão de sangue. Entendeu a Corte ter havido conduta danosa da Administração Pública ao não tomar as medidas cabíveis para o controle da pandemia, quando já se sabia, desde a década de 80, que tais doenças poderiam ser transmitidas por transfusão de sangue<sup>781</sup>.

---

escolas especiais ao invés de construir novas escolas ou recuperar as já existentes (o que significaria, inclusive, economia de custos)". *Ibid.*, p. 36-37.

<sup>780</sup> "No âmbito da responsabilidade, é dever do Estado de antecipar-se para evitar eventuais prejuízos decorrentes de coisas à sua guarda ou atividade de risco. Neste caso, precaução significa que o prejuízo pode ocorrer se o Estado não tomar providências, e prevenção significa que o prejuízo ocorrerá seguramente ou com alto índice de probabilidade se o Poder Público não o fizer: no primeiro caso, p. ex., não aumentar o contingente policial para controlar as torcidas em jogo de futebol considerado 'de risco'; no segundo, não realizar obra de reforma ou contenção em edifício público ameaçado de ruir, em avenida movimentada". ARAÚJO, Edmir. *Op. cit.*, p. 837.

<sup>781</sup> "O desconhecimento acerca do vírus transmissor (HIV) não exonera o Poder Público de adotar medidas para mitigar os efeitos de uma pandemia ou epidemia. Princípio da Precaução no âmbito do Direito Administrativo". **STJ, REsp 1299900** - rel. Min. Humberto Martins, DJ de 13/03/2015.

Saliente-se que, sem embargo de doutrina e jurisprudência lançarem mão das categorias acima examinadas e, com base nelas, já se ter ampliado consideravelmente a margem de risco suportada pelo Poder Público no cumprimento dos seus deveres, ainda não se chegou ao ponto de afastar por completo as hipóteses de exclusão donexo causal. Ignorar tais excludentes, sob qualquer enfoque e sem a devida proporcionalidade, significaria recairmos numa genérica e insegura concepção de risco integral, o qual seria assumido pelo Estado diante de todo e qualquer dano sofrido por indivíduos e que inevitavelmente poderia estar relacionado a tarefas estatais, sobretudo no atual contexto das políticas públicas na área social. Em suma: notadamente quando aos atos omissivos, não se pode conceber a adoção da teoria do risco integral como regra geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado.

#### 4.2.5 O repúdio à teoria do risco integral como regra geral

O *risco integral*, já se disse, é uma modalidade extremada do risco administrativo, segundo a qual a Administração Pública estaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano decorrente de fato ou ato administrativo, mesmo nas situações de caso fortuito ou de força maior e, em alguns casos, ainda que havendo culpa ou dolo da vítima<sup>782</sup>. Em sua variante mais radical, o risco integral se converte em *risco social*, passando o Estado a assumir todos os riscos individuais e coletivos e, com isso, sendo obrigado a indenizar prejuízos independente do nexocausal com algum fato ou ato administrativo.

Colhendo lições de clássicos do Direito Administrativo italiano, José Cretella Júnior assinala que a teoria do risco integral "preconiza o pagamento pelos danos causados, mesmo tratando-se de atos regulares praticados por agentes públicos no exercício regular de suas funções"<sup>783</sup>. Com esteio no princípio da repartição equitativa dos ônus e encargos públicos, busca-se por tal teoria instituir uma espécie

---

<sup>782</sup> MEIRELLES, Hely. **Op. cit.**, p. 532-533.

<sup>783</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Op. cit.**, p. 619.



de *seguro coletivo*, operando o Estado "como uma extraordinária companhia de seguros, cujos segurados são os contribuintes que cooperam para a formação de um patrimônio coletivo"<sup>784</sup>.

Talvez por influência da doutrina civilista que, consoante já mencionamos linhas atrás, chegou ao ponto de defender a "socialização dos riscos" como a melhor solução de responsabilidade civil, caminhando para o ocaso do nexo causal como filtro de reparação (item 4.1.2), administrativistas vem sustentando uma mudança de tratamento do sistema de responsabilidade civil do Estado, de maneira a deslocar-se o foco do problema: ao invés de se perquirir sobre a ação do agente (se lícita ou ilícita, se com culpa ou sob risco), as atenções se voltam para a *situação da vítima* do dano injusto<sup>785</sup>.

Resta saber, então, se tal construção teórica encontra-se albergada pelo ordenamento jurídico brasileiro e em que hipóteses.

Historicamente, desde a Carta de 1946, o Supremo Tribunal Federal orientou-se pela teoria do risco administrativo mitigado, não aceitando a tese do risco integral, posição que se mantém até o presente<sup>786</sup>. Em que pese a doutrina e a jurisprudência

---

<sup>784</sup> **Ibid.**, p. 620.

<sup>785</sup> Citando a obra de B. Starck (*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, Rodstein, 1947), Ruy Rosado de Aguiar Júnior aponta aí a origem da "orientação de se considerar a responsabilidade civil do ponto de vista da vítima: 'Nós tentamos uma construção inteiramente nova, com o único cuidado de fornecer uma explicação lógica e simples aos dados reais do problema. A existência de diversos casos de responsabilidade independente de toda imprudência, negligência ou dolo, no entanto indenizáveis, com a ideia do risco não podendo justificar de uma forma satisfatória, nós nos perguntamos se o problema do fundamento da responsabilidade civil não tinha sido mal colocado diante do dilema: culpa ou risco. Pareceu-nos que estas duas teorias, para alguns irredutivelmente opostas, se encontravam num defeito comum. Elas procuravam a razão, a justificação da obrigação de reparar o prejuízo causado, se colocando unicamente do ponto de vista do autor do dano; elas são, como se tem sublinhado, todas as duas subjetivas. Não será esta a razão principal do seu malogro? Não se poderia, invertendo o curso habitual do pensamento jurídico, abordar o problema da responsabilidade civil do ponto de vista da vítima?'. AGUIAR JÚNIOR, Ruy. **Op. cit.**, nota de rodapé 23.

<sup>786</sup> "A responsabilidade objetiva, insculpida no art. 194 e seu parágrafo, da Constituição Federal de 1946, cujo texto foi repetido pelas Cartas de 1967 e 1969, arts. 105/107, respectivamente, não importa no reconhecimento do risco integral, mas temperado". **STF, RE 68107** - rel. Min. Thompson flores, DJ de 09/10/1970; "O art. 107 da Constituição não adotou a teoria do chamado 'risco integral'. Precedentes do STF". **STF, RE 91376** - rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ de 14/09/1979. "A responsabilidade objetiva de pessoa jurídica de direito público, prevista na Constituição Federal, não significa seja o estado responsável, sempre, por dano causado a terceiro por seus órgãos representativos. Não se adotou, no sistema jurídico brasileiro, em tema de responsabilidade civil, a teoria do risco integral". **STF, RE 78569** - rel. Min. Firmino Paz, DJ de 02/10/1981. "Inexistência de ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição, uma vez que o acórdão recorrido, embora aludindo à responsabilidade objetiva do estado nos moldes da teoria do risco integral, em verdade se orientou pela teoria do risco administrativo, sustentando a inexistência de culpa exclusiva da vítima, e sendo certo que, no caso, não havia caso fortuito ou de força maior". **STF, RE 238453** - rel. min. Moreira Alves, DJ de 19/12/2002. "A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988,

virem admitindo casos de responsabilidade objetiva por omissão, tal costuma se dar sob os mesmos parâmetros de atenuação do risco aplicados aos atos comissivos da Administração Pública, apontando-se sempre a necessidade de verificar a presença de causas excludentes com o condão de afastar o nexo causal. Esta ainda tem sido a regra geral, pois, sempre se resistiu em aceitar a tese do risco integral. E por mais que já se tenha ampliado o alcance do risco administrativo, permanece a compreensão de que deve haver um limite de responsabilidade civil do Estado, sobretudo quando se esteja diante de questionamentos envolvendo omissões por parte do Poder Público.

Para Hely Lopes Meirelles, há um exagero na imputação do risco integral, razão pela qual tal fórmula radical restou "abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social"<sup>787</sup>.

Romeu Felipe Bacellar Filho também refuta a teoria do risco integral, argumentando que, em se seguindo tal entendimento, "o Poder Público estaria fadado ao colapso total, pela profusão de ações indenizatórias fundadas em fatos que envolvessem a Administração Pública, todavia, sem guardar com este nenhuma relação causal quanto ao evento danoso"<sup>788</sup>.

Juary Silva assevera que a teoria do risco integral, "exacerbando a fórmula do risco, impregna-a de um conteúdo metajurídico, de tal sorte que a responsabilidade estatal perde os seus contornos jurídicos, para revestir-se de um embasamento puramente ideológico"<sup>789</sup>. Aduz o autor que, no atual contexto, invocar a teoria do risco integral seria tão extremado quanto defender, no polo oposto, a teoria da irresponsabilidade estatal<sup>790</sup>.

---

em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral". **STF, RE 841526** - rel. min. Luiz Fux, DJ de 01/08/2016.

<sup>787</sup> MEIRELLES, Hely. **Op. cit.**, p. 562.

<sup>788</sup> BACELLAR FILHO, Romeu. **Op. cit.**, p. 315.

<sup>789</sup> SILVA, Juary. **Op. cit.**, p. 86.

<sup>790</sup> "Da mesma forma que, perante a antiga teoria da irresponsabilidade estatal, o Estado não respondia, exatamente por ser Estado, isto é, devido à sua posição de preeminência diante dos particulares, assim também, nessa nova formulação, o Estado responde tão só em vista de ser Estado, isto é, o denominador comum das pretensões assistenciais de qualquer um que se encontre sotoposto a seu domínio, de acordo com o princípio conhecido como 'princípio dos ônus e encargos públicos'. Tal diluição do conceito de responsabilidade finda por reduzi-lo a um nada, a um mero *flatus vocis*, encapsulado no interior de uma posição ideológica. A imprestabilidade dessa teoria ressume a toda evidência. O Estado, notadamente o Estado assistencial moderno (*Welfare State*), já está de braços com uma infinidade de problemas ligados às populações carentes: pauperismo, desemprego, doenças, analfabetismo, migrações internas, calamidades naturais, mortalidade infantil,

Alexandre de Aragão adverte que a ideia de um risco integral levaria ao absurdo de supor que, por exemplo, "todos os assaltos seriam indenizáveis pelo Estado", sem que se mostrasse haver uma falha do serviço de segurança pública<sup>791</sup>.

Almiro do Couto e Silva, sob a mesma ótica, ressalta que o Estado não tem o dever de tudo prover e de tudo cuidar, pois, apesar de ter muito poder, nem tudo pode fazer para evitar danos. Daí ser "claramente impensável estender a responsabilidade do Estado a todos os eventos danosos, dando-lhe ainda o caráter de responsabilidade objetiva"<sup>792</sup>, porquanto inconcebível imaginar que se deva responsabilizar civilmente o Estado por todo e qualquer prejuízo decorrente de fatores externos, inevitáveis e irresistíveis, tal como seria, por exemplo, impedir de forma absoluta "que terceiros matem, roubem ou lesem por qualquer modo seus semelhantes"<sup>793</sup>. E arremata: "só na ilha da Utopia seria talvez concebível um sistema assim"<sup>794</sup>.

A ideia de um risco integral, como dito, pode inadvertidamente abrir caminho a uma variante radical de *risco social*, a depender do tipo de política pública ou de qual área de atuação estatal se esteja tratando. Tal concepção, aliás, vem sendo defendida por alguns doutrinadores, apontando-se uma nova tendência de reconhecimento da responsabilidade civil do Estado mesmo quando ausente o nexo causal. Criticando veementemente esta variante, Carvalho Filho adverte que o caráter genérico da responsabilidade "poderia provocar grande insegurança jurídica e graves agressões ao erário, prejudicando em última análise os próprios contribuintes"<sup>795</sup>.

Porém, ainda que a teoria do risco integral pareça estar longe de se tornar a regra geral em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado no Direito brasileiro, há situações peculiares em que o tratamento jurídico conferido pela

---

criminalidade etc. Aditar a essa constelação de problemas o da responsabilidade automática por atos danosos imputáveis ao Poder Público afigura-se não só impróprio como retrógrado, visto que a responsabilidade estatal já atingiu, através da teoria do risco administrativo, formulação dogmática adiantadíssima". **Ibid.**, p. 87.

<sup>791</sup> ARAGÃO, Alexandre. **Op. cit.**, 2012, p. 567.

<sup>792</sup> SILVA, Almiro. **Op. cit.**, 2015, p. 326.

<sup>793</sup> **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>794</sup> **Ibid.**, **loc. cit.** Ressalve-se o autor admitir que "só em casos excepcionais alguns sistemas jurídicos tem acolhido espécies de responsabilidade social por atos que de nenhuma forma podem ser imputados ao Estado e que deixariam a vítima sem possibilidade de ressarcimento. Tal é o que ocorre no direito francês com as indenizações às vítimas por atos de terrorismo ou por transmissão do HIV, para o atendimento das quais a legislação criou fundos específicos". **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>795</sup> CARVALHO FILHO, José. **Op. cit.**, p. 583.

doutrina acaba se aproximando desta noção, praticamente não admitindo quaisquer excludentes de responsabilidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello, não obstante defenda a aplicação da teoria da culpa administrativa em relação aos atos omissivos do Estado, aponta ressalvas no tocante às situações de risco-criado ou de risco-proveito que ele denomina *fato das coisas*, ou seja, "em que o dano procede de coisas administrativas ou que se encontrem sob sua custódia"<sup>796</sup>. Sugerindo que se deva dar aí o mesmo tratamento jurídico conferido às condutas comissivas, segundo a regra da responsabilidade objetiva, o autor se refere aos "casos em que o Estado cria, através de ato *positivo* seu, a situação da qual emerge o dano"<sup>797</sup>, tal como ocorre na "explosão de um paiol onde estejam armazenadas munições de guerra, ainda que haja sido provocada por um raio (força da natureza)"<sup>798</sup>. Exemplifica também com a situação "do semáforo defeituoso, por força do qual dois veículos se chocam, e nem se pode dizer que o serviço funcionou mal se o defeito, determinado por um raio, ocorreu segundos antes do acidente"<sup>799</sup>.

Alexandre de Aragão reconhece tais situações de responsabilidade objetiva por omissão, discordando, porém, que estaria havendo aí a aplicação da teoria do risco integral. Afirma que, mesmo nestas situações, em se verificando um dano a elas relacionado (v.g. "a fuga de um preso ou de doente mental que causa danos nas imediações do presídio ou do manicômio; raio que cai sobre depósito de munições do exército; assassinato de um presidiário por outro etc."<sup>800</sup>), ainda assim existe uma relação de causalidade direta com o risco assumido pelo Estado, diante da situação constituída em prol de toda a coletividade.

---

<sup>796</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Op. cit.**, 2007, p. 1007. São *danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória*, como explica o autor: "Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo, é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência do dano. (...) Servem de exemplos o assassinato de um presidiário por outro presidiário; os danos nas vizinhanças oriundos de explosão em depósito militar em decorrência de um raio; lesões radioativas oriundas de vazamento em central nuclear cujo equipamento protetor derrocou por avalanche ou qualquer outro fenômeno da natureza etc. Com efeito, em todos estes casos o dano liga-se, embora mediatamente, a um comportamento positivo do Estado. Sua atuação é o termo inicial, incidivelmente ligado aos antecedentes criados pelo Estado". **Ibid.**, p. 991-992.

<sup>797</sup> **Ibid.**, p. 1007.

<sup>798</sup> **Ibid.**, p. 993.

<sup>799</sup> **Ibid.**, loc. cit.

<sup>800</sup> ARAGÃO, Alexandre. **Op. cit.**, 2012, p. 569.

Não mais se olvida que a responsabilidade objetiva pode ser imputada inclusive diante de omissões estatais, porém, persiste a necessidade de análise do nexo causal. E se, para responsabilizar, deve haver nexo causal, o risco é atenuado e não propriamente integral. A análise do nexo causal, por sua vez, perpassa por verificar as reais possibilidades de atuação do Estado em cada contexto.

Cite-se o caso envolvendo morte de detento em estabelecimento prisional, tendo o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 841526/RS e com repercussão geral reconhecida, endossado a tese de que o Estado somente pode vir a ser civilmente responsabilizado quando demonstrada a inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, XLIX, da Constituição Federal de 1988. Em consequência disso, o dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, de modo que, se eventualmente demonstrado que não houve tal possibilidade, rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de se adotar a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional<sup>801</sup>.

O que se observa é que a identificação do nexo causal entre o dano e a ação ou omissão estatal pode variar a depender do tipo de modelo de intervenção do

---

<sup>801</sup> Eis o teor da ementa do julgado: "(...) 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad *impossibilia nemo tenetur*, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se *contra legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. *In casu*, o tribunal a quo assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorregia a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário desprovido". STF, RE 841526 (Repercussão Geral) - rel. Min. Luiz Fux, DJ de 01/08/2016.

Estado e as suas áreas de atuação, de modo que as divergências sobre a aplicação ou não da teoria do risco integral acabam se resumindo a discutir os parâmetros sob os quais se revelam as excludentes de responsabilidade em cada qual dessas áreas. Assim, se num determinado evento danoso afirma-se ter o Estado assumido o *risco integral*, não exatamente porque afastada a possibilidade de excludentes em todos os casos, mas, sim, porque nenhuma dessas excludentes apresentou-se, no caso concreto, como suficientemente capaz de afastar o nexos causal entre o dano e a atuação estatal, a divergência entre risco administrativo e risco integral acaba se resumindo a mera questão terminológica.

Atuando o Estado em determinada área potencialmente sujeita a riscos, seja fornecendo um bem ou prestando um serviço público (fato A), se daí advém um dano ao particular e esse dano, apesar de diretamente proveniente de fato natural, de terceiro ou, em alguns casos, ocasionado pela própria vítima (fato B), ainda assim atrai a responsabilidade civil do Poder Público, o que se está fazendo é simplesmente reconhecer que o fato B não se configura como um motivo capaz de afastar a imputação da responsabilidade em derredor do fato A. Noutros casos, porém, o fato B pode se revelar como excludente da responsabilidade civil, tudo a depender da situação e do tipo de atuação estatal consistente no fato A.

Como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, jamais se concebeu, dentre os adeptos da tese do risco integral e desde os seus primeiros escritos, que estivesse o Estado absolutamente obrigado a indenizar particulares por todo e qualquer dano por eles suportado e sem qualquer critério de apuração do nexos causal. Daí porque, durante muito tempo, parte da doutrina brasileira sequer fazia tal distinção, utilizando como sinônimas as expressões *risco integral* e *risco administrativo*, de maneira que "mesmo alguns autores que falavam em teoria do risco integral admitiam as causas excludentes da responsabilidade"<sup>802</sup>. Di Pietro menciona a opinião de Yussef Said Cahali no mesmo sentido, criticando com isso a tradicional distinção perfilhada por Hely Lopes Meirelles e salientando que, ontologicamente, tanto o risco administrativo quanto o risco integral seguem parâmetros que comportam o reconhecimento de excludentes, variando tão somente os fatores a serem

---

<sup>802</sup> DI PIETRO, Maria. **Op. cit.**, p. 790.

considerados como causa do dano injusto<sup>803</sup>. Cite-se, ainda, a lição de Mário Masagão, que utiliza a expressão *risco integral* no mesmo sentido que se dá ao risco administrativo mitigado, apelando ao princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais<sup>804</sup>.

Por tudo isso, Carlos Roberto Gonçalves considera haver, até hoje, certa confusão na doutrina quando se trata de fundamentar as teorias do risco integral e do risco administrativo, tendo-se usado rótulos diferentes para designar substancialmente a mesma coisa, na medida em que, qualquer que seja o risco considerado, sempre se poderá admitir, em maior ou menor grau, a incidência de alguma excludente<sup>805</sup>. Defende, assim, que a rigor "deve-se simplesmente mencionar a adoção, em nível constitucional, da teoria do risco, sem qualquer qualificação", deslocando-se a questão para a investigação da causa do evento danoso<sup>806</sup>.

Partindo de tais ensinamentos doutrinários, pode-se afirmar que o art. 37, §6º, da Constituição de 1988 acolhe a responsabilidade estatal sem culpa, porém, não a responsabilidade *sem causa*, sendo o nexo causal elemento imprescindível à responsabilização<sup>807</sup>. Como regra geral no Direito brasileiro, desde a adoção da tese da responsabilidade objetiva do Estado, tal como veio a ser contemplada no art. 194 da Carta de 1946, sempre se repudiou entre nós a integralidade do risco, tendo a jurisprudência adotado a teoria do risco administrativo mitigado ou atenuado, reputando imprescindível a cuidadosa análise das hipóteses excludentes do nexo causal<sup>808</sup>, sem prejuízo de se reconhecer que em certas situações tais excludentes

---

<sup>803</sup> **Ibid., loc. cit.** Aduz Di Pietro: "Portanto, não é demais repetir que as divergências são mais terminológicas, quanto à maneira de designar as teorias, do que de fundo. Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade objetiva, que implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos também parecem concordar em que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado". **Ibid., loc. cit.**

<sup>804</sup> MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: RT, 1974, p. 299.

<sup>805</sup> "Essa confusão, no entanto, é mais de ordem semântica, pois todos partilham do entendimento de que as regras constitucionais impuseram a responsabilidade objetiva do Estado pela reparação do dano, não significando, contudo, que tal responsabilidade subsista em qualquer circunstância, mas podendo ser excluída em caso de culpa da vítima ou de força maior". GONÇALVES, Carlos. **Op. cit.**, p. 184.

<sup>806</sup> **Ibid.**, p. 185.

<sup>807</sup> ARAGÃO, Alexandre. **Op. cit.**, 2012, p. 571.

<sup>808</sup> "A responsabilidade objetiva, inculpada no art. 194 e seu parágrafo, da Constituição Federal de 1946, cujo texto foi repetido pelas Cartas de 1967 e 1969, arts. 105/107, respectivamente, não importa no reconhecimento do risco integral, mas temperado". **STF, RE 68107** - rel. Min. Thompson Flores, DJ de 09/10/1970.

variam de grau ou podem até mesmo ser afastadas, a depender do contexto e do tipo de atuação do Estado.

Por outro lado, a ideia de risco integral vem angariando certo prestígio diante da tendência, já assinalada, de ampliar-se cada vez mais o risco assumido pelo Estado frente aos infortúnios a que estão sujeitos os indivíduos numa sociedade complexa, com expansão quantitativa e qualitativa do dano ressarcível e de modo a alcançar, inclusive, interesses supraindividuais.

Como dissemos anteriormente, tem ocorrido, no campo da responsabilidade civil extracontratual, uma gradativa flexibilização do nexos causal, estendendo-se a figura do *risco* como forma de se fomentar a solidariedade social no interesse da vítima, com a proteção da sua vulnerabilidade, dentre outros fundamentos. Tudo isso tem levado a que a teoria do risco integral, como modalidade extremada de responsabilidade objetiva, no sentido que lhe emprestou Hely Lopes, venha galgando espaço de aplicação ao menos em hipóteses de danos extraordinários previstas em lei, em situações de risco criado pela própria Administração ou, ainda, para a efetivação de direitos fundamentais.

A par da regra geral de responsabilidade objetiva mitigada prevista no art.37, §6º da Constituição, doutrina e jurisprudência não mais descartam que possa o legislador reconhecer a incidência de um risco de altíssimo grau em determinadas situações específicas, devendo o Estado indenizar danos praticamente sob quaisquer circunstâncias relacionadas a ditas situações. Tal previsão pode se dar não apenas por força de mandamento constitucional, mas, também, em razão de lei ordinária, consoante já admitiu o Supremo Tribunal Federal<sup>809</sup>. Sem embargo desse relativo consenso, subsistem divergências sobre se estaria havendo, mesmo em tais situações, a adoção da teoria do risco integral.

Cogita-se da suposta adoção da teoria do risco integral, por exemplo, no que concerne a danos nucleares, tendo em vista a regra do art. 21, XXIII, c, da Carta de 1988, prevendo que a responsabilidade civil independe da existência de culpa. Doutrinadores, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello, encaixam tal

---

<sup>809</sup> "A disposição contida no art. 37, §6º, da Constituição Federal não esgota a matéria relacionada à responsabilidade civil imputável à Administração, pois, em situações especiais de grave risco para a população ou de relevante interesse público, pode o Estado ampliar a respectiva responsabilidade, por danos decorrentes de sua ação ou omissão, para além das balizas do supramencionado dispositivo constitucional, inclusive por lei ordinária, dividindo os ônus decorrentes dessa extensão com toda a sociedade". **STF, ADI 4976** - rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 29/10/2014.



situação dentre aquelas em que o risco criado pelo Estado, em proveito de toda a coletividade, deve ser suportado totalmente pelo Poder Público<sup>810</sup>. Porém, mesmo que esse caso emblemático seja tratado em regra específica da própria Constituição, há quem relute em aceitar a teoria do risco integral, como o faz Diógenes Gasparini, defendendo que a teoria aplicada aos danos nucleares é a do risco administrativo mitigado, nos mesmos moldes da regra geral do art. 37, §6º<sup>811</sup>. Também Juarez Freitas assinala que "na sistemática brasileira, não se vai ao ponto de preconizar a indenização por danos alheios à Administração, sequer na hipótese de danos nucleares (CF, art.21, XXIII, 'c'), porque se admitem, também nessa situação, as excludentes"<sup>812</sup>. De fato, a própria legislação que regulamenta o acidente nuclear, recepcionada pela CF/88, afasta esta responsabilidade em havendo culpa exclusiva da vítima e apenas em relação a ela<sup>813</sup>.

Também nas diversas situações em que o Estado assume riscos pela guarda de coisas, pessoas ou equipamentos perigosos, nem todos os autores chegam a afirmar peremptoriamente o risco integral, mitigando-o no caso de culpa exclusiva da vítima. Almiro do Couto e Silva cita o exemplo de uma explosão em depósito de munições do exército, que há de ser considerado causado pelo Estado independentemente de qualquer ação ou omissão de seus agentes. Nesse caso, dado o risco exacerbado da atividade estatal, nem mesmo a força maior elidiria a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes, pois ainda que a explosão

---

<sup>810</sup> "O risco a que terceiros são expostos pelo Estado não pode deixar de ser assumido por quem o criou. Depósitos de explosivos, centrais nucleares, recintos de guarda de animais, são fontes potenciais de possíveis danos a terceiros, pelo perigo das coisas ali conservadas. Manicômios, presídios, igualmente, por manterem pessoas suscetíveis de atos agressivos ou destruidores, representam para terceiros um risco de produção de danos". BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Op. cit.**, 2007, p. 992.

<sup>811</sup> Referindo-se ao art. 21, XXIII, da CF/88, Gasparini ressalta que "a instituição dessa responsabilidade era desnecessária, já que a satisfação dos danos decorrentes de qualquer atividade estatal nessa área é da responsabilidade do Estado, por força do que estabelece o §6º do art.37 da Lei Maior. Em razão dessa disposição autônoma de responsabilidade do Estado por danos decorrentes de qualquer atividade na área nuclear e que parece retirá-lo dos efeitos do §6º do art.37 da Constituição Federal, cabe perguntar: cuida-se de responsabilidade integral? Persiste o direito de regresso contra o agente causador do dano? Se persiste, em que condições? Não se trata de submeter a União às consequências da teoria da responsabilidade integral, que determina o pagamento do prejuízo pelo só envolvimento do Poder Público, a União, no caso, no evento danoso. A teoria, como se disse, é injusta e inaplicável por dita razão". GASPARINI, Diógenes. **Op. cit.**, p. 984-985.

<sup>812</sup> FREITAS, Juarez. **Op. cit.**, p. 180.

<sup>813</sup> **Lei 6.453/77**, art. 6º: "Uma vez provado haver o dano resultado exclusivamente de culpa da vítima, o operador será exonerado, apenas em relação a ela, da obrigação de indenizar".

tenha sido ocasionada por um raio, o Estado é responsável. O autor, contudo, afasta o nexa causal no caso de culpa exclusiva da vítima<sup>814</sup>.

Noutro giro, é de se registrar que no Brasil já foram editadas legislações estabelecendo o dever do Estado de reparar prejuízos independente do nexa causal entre o dano indenizável e alguma ação ou omissão estatal. São preceitos normativos que instituem verdadeiros *seguros sociais*.

Citem-se as Leis 10.309/2001 e 10.744/2003, dispendo sobre a responsabilidade civil da União perante terceiros em caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas de transporte aéreo público, no Brasil ou no exterior, excluídas apenas as empresas de táxi aéreo. Nelas ficou estabelecido que o montante global das despesas com tal responsabilidade civil fica limitado ao equivalente em reais a um bilhão de dólares americanos, visando exclusivamente à reparação de danos corporais, doenças, morte ou invalidez, excetuados, dentre outros, os danos morais, ofensa à honra, ao afeto, à liberdade, à profissão, ao respeito aos mortos, à psique, à saúde, ao nome, ao crédito e ao bem-estar, sem necessidade da ocorrência de prejuízo econômico.

O legislador definiu *atos de guerra* como sendo qualquer guerra, invasão, atos inimigos estrangeiros, hostilidades com ou sem guerra declarada, guerra civil, rebelião, revolução, insurreição, lei marcial, poder militar ou usurpado ou tentativas para usurpação do poder. Por *ato terrorista* considerou-se qualquer ato de uma ou mais pessoas, sendo ou não agentes de um poder soberano, com fins políticos ou terroristas, seja a perda ou dano dele resultante acidental ou intencional. E quanto aos *eventos correlatos*, incluiu-se aí as greves, tumultos, comoções civis, distúrbios trabalhistas, ato malicioso, ato de sabotagem, confisco, nacionalização, apreensão, sujeição, detenção, apropriação, sequestro ou qualquer apreensão ilegal ou exercício indevido de controle da aeronave ou da tripulação em voo por parte de qualquer pessoa ou pessoas a bordo da aeronave sem consentimento do explorador.

Mais recentemente, em razão dos preparativos para a realização da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, foi editada a Lei

---

<sup>814</sup> SILVA, Almiro. **Op. cit.**, 2015, p. 322.

12.663/2012, que, dentre outras medidas, autorizou a União a constituir garantias ou contratar seguro privado para a cobertura de riscos relacionados a tais eventos, bem como instituiu um benefício assistencial (pensão especial) voltado para auxiliar jogadores, titulares ou reservas das seleções brasileiras campeãs das copas mundiais masculinas da FIFA nos anos de 1958, 1962 e 1970, sem recursos ou com recursos limitados. Tal legislação foi objeto de impugnação no STF, que, em sede de controle concentrado, decidiu que não viola a Constituição a ampliação de responsabilidade civil por lei ordinária especial, para além das balizas do risco mitigado de que trata o art. 37, §6º, da Carta Magna, sendo possível também a criação de benefícios assistenciais para atender a demandas reparatórias vinculadas a acontecimentos extraordinários<sup>815</sup>.

Em todas estas situações específicas previstas na legislação como passíveis de indenização pelo Poder Público, independentemente do nexos causal com alguma ação ou omissão estatal, Di Pietro entende estar havendo a aplicação da teoria do risco integral, escapando à regra geral de risco mitigado de que trata o art. 37, §6º da Constituição<sup>816</sup>. Tal exegese, mais uma vez, não é pacífica entre os administrativistas, considerando-se que o enquadramento de responsabilidade civil *sem causa* a rigor não deveria ser feito à luz das teorias de responsabilidade civil

---

<sup>815</sup> "(...) Validade do oferecimento pela União, mediante autorização legal, de garantia adicional, de natureza tipicamente securitária, em favor de vítimas de danos incertos decorrentes dos eventos patrocinados pela FIFA, excluídos os prejuízos para os quais a própria entidade organizadora ou mesmo as vítimas tiverem concorrido. Compromisso livre e soberanamente contraído pelo Brasil à época de sua candidatura para sediar a Copa do Mundo FIFA 2014. III – Mostra-se plenamente justificada a iniciativa dos legisladores federais – legítimos representantes que são da vontade popular – em premiar materialmente a incalculável visibilidade internacional positiva proporcionada por um grupo específico e restrito de atletas, bem como em evitar, mediante a instituição de pensão especial, que a extrema penúria material enfrentada por alguns deles ou por suas famílias ponha em xeque o profundo sentimento nacional em relação às seleções brasileiras que disputaram as Copas do Mundo de 1958, 1962 e 1970, as quais representam, ainda hoje, uma das expressões mais relevantes, conspíquas e populares da identidade nacional. IV – O auxílio especial mensal instituído pela Lei 12.663/2012, por não se tratar de benefício previdenciário, mas, sim, de benesse assistencial criada por legislação especial para atender demanda de projeção social vinculada a acontecimento extraordinário de repercussão nacional, não pressupõe, à luz do disposto no art. 195, § 5º, da Carta Magna, a existência de contribuição ou a indicação de fonte de custeio total. (...)" **STF, ADI 4976** - rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 29/10/2014.

<sup>816</sup> "Diante das normas que foram sendo introduzidas no direito brasileiro, surgiram hipóteses em que se aplica a teoria do risco integral, no sentido que lhe atribui Hely Lopes Meirelles, tendo em vista que a responsabilidade do Estado incide independentemente da ocorrência das circunstâncias que normalmente seriam consideradas excludentes de responsabilidade. É o que ocorre nos casos de danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII, *d*, da Constituição Federal), disciplinados pela Lei n. 6.453, de 17-10-77; e também na hipótese de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, conforme previsto nas Leis n. 10.309, de 22-11-01, e 10.744, de 9-10-03". DI PIETRO, Maria. **Op. cit.**, p. 790-791. No mesmo sentido: GASPARINI, Diógenes. **Op. cit.**, p. 986.

extracontratual, cabendo distinguir as obrigações de reparar diretamente voltadas à cobertura de danos em casos específicos nos quais se impõe deveres ou obrigações primárias ao Estado, daquelas em que haja uma ação ou omissão antijurídica justificadora da reparação em caráter secundário.

Consoante tivemos a oportunidade de apontar no item 4.1.1, o sentido amplo de *responsabilidade* abarca duas hipóteses: a) o cumprimento de deveres ou obrigações diretamente voltados à proteção de um bem jurídico; b) cumprimento de deveres ou obrigações decorrentes de dano causado a um bem juridicamente protegido. Localizamos o sentido estrito de responsabilidade apenas nesta segunda hipótese, não se aplicando à primeira. Vale dizer, nas situações em que a própria lei ou contrato estabelece um dever ou obrigação de se indenizar vítimas de prejuízos, esta cobertura é o próprio bem juridicamente protegido e não uma sanção pelo descumprimento do dever de proteção.

O parâmetro de distinção de tais situações pode ser encontrado no contrato de seguro. Quando, *v.g.*, uma empresa seguradora indeniza o proprietário de um veículo que pegou fogo ao ser atingido por um raio, não se trata aí de responsabilidade civil no sentido estrito acima ventilado, pois a obrigação primária de indenizar o dano não está associada a qualquer descumprimento de dever ou obrigação por parte da seguradora. O próprio contrato tem por objeto a cobertura do dano, e daí decorre diretamente a obrigação de indenizar, de modo que a indenização paga ao segurado, nesse caso, não se dá a título de sanção por dano antijurídico imputado ao obrigado. Na verdade, o dever de indenizar é fruto da própria obrigação originariamente imposta. Não obstante, se a seguradora nega-se a cumprir a obrigação nos moldes a que se vinculou, aí sim se pode falar em responsabilidade no sentido estrito acima referido.

Decorre desse raciocínio a distinção que precisa ser feita entre a responsabilidade civil extracontratual do Estado e as hipóteses legais de indenização estatal por infortúnios e danos provocados por terceiros. Se por vontade política da nação, foram editadas leis impondo ao Poder Público que forneça cobertura e amparo a vítimas de determinados prejuízos, em relação aos quais sequer se poderia falar emnexo causal com alguma ação ou omissão do Estado, não se estará tratando aí propriamente de responsabilidade civil no sentido estrito. Cuida-se, sim, de um seguro social, tal qual já se prevê, há muito tempo, no tocante

aos acidentes de trabalho, benefícios assistenciais e previdenciários por invalidez, seguro obrigatório no licenciamento de automóveis, dentre outros.

Concordamos com Marçal Justen Filho quando o autor alude às hipóteses de assunção pelo Estado de *responsabilidade civil por atos a ele estranhos*, assinalando que “rigorosamente, o caso não configurará propriamente responsabilidade civil, mas uma forma de outorga de benefícios a terceiros lesados”<sup>817</sup>. Vale dizer: “a hipótese não é de responsabilidade civil extracontratual. Aliás, se fosse, não haveria necessidade de aludidas leis”.<sup>818</sup>

Na verdade, as poucas hipóteses de aplicação da teoria do risco integral que podem encontrar espaço no ordenamento jurídico brasileiro se aproximam das situações de risco administrativo nas quais o dever objetivo de cuidado do Estado é ampliado com tamanha abrangência que praticamente não deixa margem a excludentes calcadas em motivos de força maior ou de caso fortuito. São situações de danos relacionados a atividades estatais de altíssimo risco, quando, ainda que comprovada a culpa exclusiva de terceiro ou algum acontecimento natural imprevisível ou irresistível, a dimensão do prejuízo se espalha prospectivamente de modo a alcançar vítimas que nada poderiam fazer para evitar o evento danoso.

Há setores de atuação estatal em que desponta um amplo dever objetivo de cuidado por parte do Poder Público, tornando inexorável o nexo causal entre o dano e alguma ação ou omissão de seus agentes. No caso de danos ambientais, por exemplo, considerando-se o dever da Administração Pública na fiscalização e repressão a condutas lesivas ao meio-ambiente (CF/88, art. 225), não obstante alguma divergência doutrinária quando se trata de identificar o nexo causal entre o dano e a omissão na fiscalização<sup>819</sup>, a jurisprudência tem sido contundente no sentido de que a responsabilidade objetiva por dano ambiental há de seguir a teoria do risco integral, sem abertura para hipóteses excludentes, consoante linha de

---

<sup>817</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 1228.

<sup>818</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>819</sup> Escrevendo sobre a responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental, Carolina Zancaner Zockun aponta que “ocorrido o dano ambiental e tendo verificado que a conduta provém de certo agente poluidor, estará ele obrigado a indenizar o prejuízo causado, ainda que esteja atuando em estrita conformidade com a legislação de regência”. Quanto aos atos comissivos, a autora entende aplicáveis tanto a teoria do risco integral quanto a do risco mitigado. Em relação aos atos omissivos, contudo, “segue-se que a responsabilidade estatal será *subjetiva*. Vale dizer: haverá que se aquilatar se a omissão do Estado decorre de dolo ou culpa para que, ultrapassado esse exame, se possa apurar a existência de responsabilidade”. ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental**. In: FREITAS (org.), *op. cit.*, p. 87.

entendimento já consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça ao decidir, em sede de julgamento de recurso repetitivo, os Temas 438 e 707<sup>820</sup>.

Dito entendimento tem sido comumente aplicado por juízes e tribunais a empresas privadas que, explorando atividades econômicas com potencial risco de danos ambientais, atraem para si a responsabilidade civil por força do *princípio do poluidor-pagador*<sup>821</sup>. Ao lado disso, há casos em que a lesão ao meio ambiente é imputada a pessoas jurídicas de direito público ou a empresas prestadoras de serviços públicos, seja por ação ou por omissão dos seus agentes. Nesse caso, o dano ambiental pode decorrer de fato diretamente causado pelo Poder Público (quando, por exemplo, um ente federado executa obra sem o devido licenciamento

---

<sup>820</sup> No Tema 438, discutiu-se a presença de culpa exclusiva de terceiro como excludente de responsabilidade, o que importaria na não aplicação da teoria do risco integral em acidente ambiental. O Tribunal firmou a seguinte tese: "A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador". **STJ REsp 1114398** - rel. Min. Sidnei Beneti, DJ de 16/02/2012. No Tema 707, discutiu-se questão referente à responsabilidade civil em caso de acidente ambiental (rompimento de barragem) ocorrido nos Municípios de Mirai e Muriaé, no Estado de Minas Gerais. O Tribunal firmou a seguinte tese: "a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados; c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo a que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado". **STJ, RESP 1.374.284** - rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJ de 05/09/2014.

<sup>821</sup> Neste sentido, confira-se o teor do seguinte trecho de ementa: "Apelação interposta contra sentença de procedência do pedido de ação civil pública ajuizada com vistas à condenação dos demandados (pessoa jurídica e seu sócio) a reparar os danos ambientais decorrentes de vazamento de 25.000 litros de óleo combustível BPF ("óleo queimado") e de 900 kg de hidróxido de sódio (soda cáustica), utilizados nas atividades empresariais de envasamento de laticínios, em instalações atingidas pelas enchentes ocorridas em 2010 no Município de União dos Palmares/AL. (...) Os próprios réus confirmam a ocorrência do dano, bem como que estavam a utilizar o óleo combustível e a soda cáustica, que vazaram, em sua atividade empresarial, mas esperam ver sua responsabilidade afastada, ao fundamento de que o vazamento teria decorrido de evento natural imprevisível (as enchentes). Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro adota, em matéria ambiental, a responsabilidade civil objetiva e a teoria do risco integral, de modo que se mostra correta a sentença que acolheu a pretensão autoral. (...) A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, parágrafo 3º, da CF e do art. 14, parágrafo 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador". **TRF5, AC545343** - rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti, DJ de 30/11/2012.

ambiental da competência de outro ente federado) ou, ainda, por conduta omissiva consistente no descumprimento do dever de fiscalização<sup>822</sup>.

Entrementes, seria de indagar se haveria aí efetivamente um *risco integral*, conquanto, mesmo em se admitindo a responsabilidade civil do Estado por omissão, restará sempre averiguar o nexos causal entre o dano e a ausência de fiscalização, já que uma vigilância infalível de todos os potenciais poluidores é algo impensável em qualquer sistema, por mais perfeito que seja o aparato de polícia ambiental. Há, decerto, situações em que tal liame pode ser facilmente verificado, configurando-se uma culpa administrativa que por si só tornaria indiscutível a responsabilidade, sem precisar sequer lançar mão da ideia de risco integral. Porém, nem sempre é possível identificar o nexos causal, inclusive em razão da distância temporal entre o fato danoso e o momento da fiscalização do Poder Público, já que tal vigilância não pode ser diária nem incidir perenemente sobre todas as entidades fiscalizadas.

Cite-se caso ocorrido no bairro Cidade dos Meninos, no Município de Duque de Caxias-RJ, em que houve a contaminação de crianças por inseticidas organoclorados abandonados numa fábrica que pertenceu ao antigo Ministério da Educação e Saúde, desativada desde a década de 1960. A maioria dos julgados deu-se no sentido de que, dado o largo hiato temporal entre o fato e o dano, não teria havido prova suficiente de que a contaminação pelo contato com os pesticidas

---

<sup>822</sup> "(...) As entidades de direito público (*in casu*, Município de Juquitiba e Estado de São Paulo) podem ser arrostadas ao pólo passivo de ação civil pública, quando da instituição de loteamentos irregulares em áreas ambientalmente protegidas ou de proteção aos mananciais, seja por ação, quando a Prefeitura expede alvará de autorização do loteamento sem antes obter autorização dos órgãos competentes de proteção ambiental, ou, como na espécie, por omissão na fiscalização e vigilância quanto à implantação dos loteamentos. 3. A conclusão exarada pelo Tribunal *a quo* alinha-se à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, orientada no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para figurar em ação que pretende a responsabilização por danos causados ao meio ambiente em decorrência de sua conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar. Igualmente, coaduna-se com o texto constitucional, que dispõe, em seu art. 23, VI, a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. E, ainda, o art. 225, caput, também da CF, que prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 4. A competência do Município em matéria ambiental, como em tudo mais, fica limitada às atividades e obras de 'interesse local' e cujos impactos na biota sejam também estritamente locais. A autoridade municipal que avoca a si o poder de licenciar, com exclusividade, aquilo que, pelo texto constitucional, é obrigação também do Estado e até da União, atrai contra si a responsabilidade civil, penal, bem como por improbidade administrativa pelos excessos que pratica. (...)". **STJ, AgRg 973577** - rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 19/12/2008.

da fábrica decorreu de conduta omissiva da União, afastando-se o nexos causal e, portanto, a aplicação da teoria do risco integral na espécie<sup>823</sup>.

Vê-se, pois, que a aplicação concreta da teoria do risco integral por omissão pode gerar controvérsias até mesmo em áreas de atuação da Administração Pública nas quais vem sendo admitida a modalidade extremada de risco administrativo, tudo dependendo dos parâmetros utilizados pelo aplicador no exame do nexos causal. Se por um lado é possível afirmar a ampla responsabilidade objetiva do Estado quando a vigilância se torna imprescindível, inclusive por força do princípio da precaução, por outro lado não se olvida que a correta atuação do Estado nem sempre terá o condão de evitar danos.

A jurisprudência brasileira está repleta de precedentes em que, mesmo se pressupondo um nexos causal decorrente do dever de vigilância no funcionamento dos serviços públicos, restou afastada a responsabilidade do Poder Público quando, no contexto do caso concreto, tal nexos não se verificou.

Em situações envolvendo responsabilidade civil por morte de presos em estabelecimentos penitenciários, ainda que reconhecendo ser de alto grau o risco assumido pelo Estado no zelo pela integridade física dos custodiados, os tribunais tem quase sempre justificado a imputação em razão de alguma falha no dever de vigilância, reputando desnecessário o apelo para a teoria do risco integral<sup>824</sup>. Nessa linha, não haveria de se falar em responsabilidade civil por morte de preso em cadeia pública quando se tenha detectado que o Estado nada poderia fazer para evitar o ocorrido<sup>825</sup>.

O mesmo temperamento do risco tem sido observado no tocante a acidentes rodoviários. A depender da falha de vigilância na segurança da rodovia, o Poder Público (entidades estatais ou empresas concessionárias do serviço público) vem sendo condenado a indenizar as vítimas nas situações em que, tendo o perigo se tornado previsível, cuidados básicos poderiam ter sido ordinariamente tomados

---

<sup>823</sup> Confira-se, dentre outros julgados: **TRF2, AC 587317** - rel. Des. Fed. Maria Alice Paim Lyard, DJ de 02/07/2014; **TRF2, APELRE 483526** - rel. Des. Fed. Guilherme Diefenthaler, DJ de 07/05/2014.

<sup>824</sup> **STJ, RESP 1095309** - rel. Min. Luiz Fux, DJ de 01/06/2009.

<sup>825</sup> Já mencionamos precedente jurisprudencial no sentido de que "nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexos de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se *contra legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arripio do texto constitucional". **STF, RE 841526** (Repercussão Geral) - rel. Min. Luiz Fux, DJ de 01/08/2016.



pelos agentes públicos, de modo a evitar o acidente. É o caso de animais de grande porte soltos nas laterais da pista e que potencializam ainda mais o risco de acidentes<sup>826</sup>. Não obstante, nem sempre se pode responsabilizar o Poder Público por conta do dever de zelar pela boa conservação das estradas, já se tendo afastado a imputação, *v.g.*, em situações extraordinárias tais como vendavais com queda de árvores na pista<sup>827</sup>.

Refutando a teoria de risco integral também em casos de prejuízos ocasionados a pacientes atendidos nos hospitais públicos, a jurisprudência costuma examinar se houve atendimento inadequado ou alguma outra atuação defeituosa do serviço público de saúde. Apesar do pouco espaço para se afastar a culpa administrativa<sup>828</sup> ou se invocar excludentes do risco administrativo<sup>829</sup>, a análise do

---

<sup>826</sup> "A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento segundo o qual é aplicável o CDC às relações entre a concessionária de serviços rodoviários e seus usuários. 'A presença de animais na pista coloca em risco a segurança dos usuários da rodovia, respondendo as concessionárias pelo defeito na prestação do serviço que lhes é outorgado pelo Poder Público concedente' (REsp n. 687.799/RS, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 30/11/2009.)". **STJ, AgAREsp 586409** - rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, DJ de 13/08/2015; "(...) O Tribunal a quo, soberano na análise do material cognitivo produzido nos autos, concluiu pela responsabilidade civil do ente público, porque, 'sendo o DNIT o responsável pela conservação das rodovias federais, responde ele por eventuais danos ocorridos em veículos e pessoas, decorrentes de acidente automobilístico, quando não comprovada a culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiros'. Concluiu a instância de origem, ainda, que 'resta comprovado o nexo de causalidade entre a conduta imputada à Administração e o dano verificado, de modo que a vigilância e a adoção de medidas preventivas, em relação ao trânsito de animais na rodovia, são de responsabilidade da Administração". **STJ, AgAREsp 164733** - rel. Min. Assusete Magalhães, DJ de 10/03/2015; "Há responsabilidade subjetiva do Estado que, por omissão, deixa de fiscalizar rodovia estadual com trânsito freqüente de animais, contribuindo para a ocorrência do acidente". **STJ, REsp 1173310** - rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 24/03/2010.

<sup>827</sup> "A responsabilidade civil (objetiva ou subjetiva) pressupõe, necessariamente, que o dano suportado esteja relacionado, direta e imediatamente, com a ação ou a omissão do agente do Estado, sem o que não se forma o nexo de causalidade, indispensável à configuração do dever de indenizar. Inexistência, na espécie, de relação direta e imediata entre o dano suportado e a ação ou a omissão imputável aos agentes do réu (Código Civil, art. 1.060), uma vez que do fato da árvore caída na pista não decorreu inexoravelmente o acidente, eis que intervieram concausas tais como a existência de outro veículo na pista, bem como o fato de que era noite e chovia, o que reduz a visibilidade, exigindo maior cautela por parte do motorista. "O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50)" (STF - RE 109.615-RJ). Resulta da prova produzida nos autos que a queda da árvore, ao contrário do sustentado na petição inicial (que afirma que a árvore foi derrubada pelos prepostos do réu para desobstruir a pista), decorreu de um vendaval, ou seja, fato da natureza (caso fortuito), o que exclui o dever de indenizar". **TRF1, AC 96.01.48664-0** - rel. Juiz Leão Aparecido Alves, DJ de 01/04/2002.

<sup>828</sup> "Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto. (...) In casu, restou incontroverso que o referido estabelecimento hospitalar restou invadido em outras ocasiões com morte de 7 (sete) pessoas, caracterizando-se a culpa

nexo causal é imprescindível para que se possa apontar a responsabilidade extracontratual do Estado, considerando que certos atrasos ou falhas ordinárias, por conta da grande demanda, não de ser proporcionalmente suportadas pelos pacientes<sup>830</sup>.

Por tudo que foi dito, terminamos o presente tópico concluindo que, conquanto se deva reconhecer a responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos decorrentes de atividades por ele assumidas com alto grau de risco, isso não significa acatar, de modo absoluto, a teoria do risco integral, pois o nexo causal dependerá sempre do tipo de serviço, o local e as circunstâncias, levando em conta as medidas que razoavelmente podem ser tomadas para se evitar danos. Em se tratando de omissões do Poder Público, é temerário recorrer-se pura e simplesmente à integralidade do risco; por mais amplos que sejam os deveres estatais na prestação de serviços públicos essenciais à eficácia dos direitos fundamentais, urge investigar cuidadosamente os requisitos mínimos delineadores do nexo causal em caso de prejuízos sofridos por particulares no âmbito destes serviços. Vale dizer: em matéria de omissão, não se cogita da responsabilidade *sem causa*.

As únicas hipóteses que se aproximam da ideia de risco integral são aquelas em que a própria legislação prevê indenizações por danos sofridos por particulares sem qualquer relação de causa e efeito com alguma omissão do Estado. Trata-se de

---

ensejadora da responsabilidade por omissão". **STJ, REsp 738833** - rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/08/2006.

<sup>829</sup> "A responsabilidade do Estado, quando presta serviços públicos, é objetiva, encontrando sustentação na teoria do risco administrativo e descrição no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Na espécie, o Tribunal local, calcado nas provas dos autos, entendeu caracterizada a responsabilidade objetiva do Estado, pois a paciente, após ser submetida a tratamento médico, em hospital público, apresentou sequelas no aparelho fonatório. Restando comprovado o fato, o dano causado e o nexo de causalidade entre os dois últimos, consideram-se satisfeitos os requisitos para a caracterização da responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, hipótese em que não se exige a comprovação de dolo ou culpa por parte do agente. (...)". **STJ, AgAREsp 403236** - rel. Min. Og Fernandes, DJ de 12/12/2013.

<sup>830</sup> "No caso de ato omissivo praticado pelo Estado, por serviço que não funcionou ou funcionou de forma tardia ou ineficaz, deve-se enquadrar a responsabilidade estatal como subjetiva, mormente não ter sido o autor do dano, sendo necessário, para tanto, a comprovação do comportamento ilícito praticado pela Administração Pública. Precedentes: REsp nº 639.908/RJ, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 25/04/05 e REsp nº 602.102/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 21/02/05. Por meio da valoração do conjunto fático dos autos, não se vislumbra a ocorrência de ato culposo por parte do Estado, nem de prova do dano moral, tendo em vista que o tempo que durou a demora na entrega do medicamento à paciente restou razoável, mormente o remédio requisitado não ser, a princípio, destinado à doença da recorrente e em razão do número elevado de pedidos, no mesmo sentido, feitos à Secretaria Estadual de Saúde". **STJ, REsp 684906** - rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25/05/2006.

um risco que é assumido pelo Estado, sem que tenha sido por ele criado, o que, porém, como já dito, não configura propriamente uma responsabilidade objetiva por risco integral, senão simplesmente um *seguro social* instituído em prol das vítimas.

Em todo caso, a responsabilidade civil do Estado por danos relacionados a direitos fundamentais deve ser avaliada com atenção às circunstâncias fáticas e ao contexto geral dos serviços públicos destinados a efetivá-los, sendo preciso examinar os limites e restrições constitucionalmente impostas a tais direitos, partindo da premissa de que nem toda omissão atribuída ao Poder Público caracterizará um dano indenizável por violação de direitos fundamentais.

#### 4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E RESERVA DO POSSÍVEL

Consoante vimos no tópico antecedente, apesar de a doutrina e a jurisprudência brasileiras não acolherem a teoria do risco integral como regra geral em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Poder Público, notadamente quando se trata de apurar danos decorrentes de omissões estatais, tem-se admitido a máxima ampliação da imputação de responsabilidade ao Estado em situações extraordinárias previstas na própria Constituição (v.g. danos nucleares ou danos ambientais) ou em legislações específicas (v.g. atentados terroristas a bordo de aeronaves), reconhecendo-se, ainda, um alto grau de risco em situações de perigo criadas pelo próprio Estado (v.g. depósitos militares de explosivos), nas quais se aplicam parâmetros de responsabilidade objetiva que praticamente não admitem excludentes. Ao lado disso, mais recentemente, vem se constatando certa tendência de ampliação do risco assumido pelo Estado diante de infortúnios relacionados a políticas públicas de concretização dos direitos fundamentais sociais e cujo planejamento, para o adequado emprego de recursos, há de ser feito levando em conta uma série de demandas da coletividade.

Os casos mais emblemáticos dizem respeito ao serviço de saúde pública, quando já se verifica um número crescente de ações judiciais questionando

omissões estatais e apontando, como causa de pedir, o direito ao fornecimento de medicamentos, o atendimento em hospitais públicos ou a realização de procedimentos médicos. Nessa delicada seara dos direitos fundamentais, sobretudo quando estejam em jogo pretensões voltadas à garantia do mínimo existencial, o tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado, em caso de danos resultantes da não satisfação de tais pretensões, apresenta-se ainda mais problemático.

Juarez Freitas ressalta que, se de um lado o Estado não pode se apresentar como um "segurador universal", de outro lado não pode ser omisso quando se trata de assegurar a eficácia de direitos fundamentais consagrados na Constituição, daí resultando que "a consagração da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, §1º) funciona como anteparo contra a teoria segundo a qual não poderia o Estado ser objetivamente responsabilizado por omissões"<sup>831</sup>. Freitas não chega ao ponto de defender a aplicação incondicional da teoria do risco integral por danos envolvendo direitos fundamentais, esclarecendo ser sempre necessário verificar o nexo causal entre o dano e a omissão estatal, de maneira que não se cogitará de responsabilidade civil do Estado se ficar demonstrada a inviabilidade no cumprimento do dever estatal correlato ao direito fundamental, dentro de parâmetros normalmente aceitáveis. O autor sustenta, então, que sejam adotados critérios de proporcionalidade no exame da reserva do possível<sup>832</sup>.

Deveras, para que não se tome o atalho inseguro que inadvertidamente seria traçado no rastro da teoria do risco integral, instituindo-se, sem qualquer cautela, um verdadeiro *seguro social* com cobertura ampla e ilimitada em matéria de prestações positivas relacionadas a direitos fundamentais, imperioso se torna traçar parâmetros razoáveis e proporcionais de identificação daquilo que realmente pode ser objeto de uma pretensão fundamental perante o Poder Público, levando em conta, inclusive,

---

<sup>831</sup> FREITAS, Juarez. **Op. cit.**, p. 177.

<sup>832</sup> "Não se estabelece o nexo se inviável o cumprimento do dever ('reserva do possível'). Deveras, não seria razoável admitir o liame causal - eis aspecto significativo da presente abordagem - no caso de inviabilidade motivado do cumprimento das diligências públicas, afastada a erronia dos que enveredam para a teoria do risco integral. De mais a mais, indisputável que, se houver culpa parcial da vítima (concausa), parcial será o dever indenizatório. Assim, o dano juridicamente injusto, que prejudica direito ou interesse legítimo (individual ou transindividual), caracteriza-se por ser: (i) certo, (ii) especial (não eventual), ainda que reflexo e (iii) discrepante dos parâmetros do normalmente aceitável. Numa palavra: desproporcional". **Ibid.**, p. 178.

quais são as situações de dano passíveis de reparação por parte do Estado em caso de omissão.

Já se disse que o grau de risco assumido pelo Estado poderá variar a depender da área de atuação, não havendo dúvida de que, em se tratando de bens e serviços relacionados a direitos fundamentais, sobretudo aqueles voltados para a garantia do mínimo existencial, são bem amplos os deveres da Administração Pública e, por conseguinte, será igualmente ampla a sua responsabilidade civil em caso de dano. Contudo, a própria amplitude do direito fundamental precisa ser delimitada em termos de prestações concretas que possam ser exigidas do Estado.

Nas linhas que se sucederão, buscaremos justificar porque não se pode cogitar de danos quando se estiver diante de pretensões localizadas fora dos limites dos direitos fundamentais, bem como há de se suportar certos danos causados pelo Estado em função de restrições a direitos fundamentais. Na verdade, somente se pode falar de dano indenizável quando efetivamente demonstrado ter havido um sacrifício do direito fundamental por omissão do Poder Público.

Veremos as razões pelas quais o princípio da reserva do possível pode vir a afastar a responsabilidade civil do Estado, tanto quando tenha incidido como um limite negativo ao direito fundamental (hipótese em que sequer haveria de se falar em dano a reparar), quanto como restrição ao direito fundamental (hipótese em que o dano, apesar de existente, não é indenizável). Ao lado disso, a reserva do possível também pode ser invocada para afastar a responsabilidade civil nas situações em que, apesar de detectado um dano indenizável, não houver nexos causal com uma conduta comissiva ou omissiva estatal, sem que se aplique, ao caso, qualquer norma legal específica de seguro social ou de risco administrativo integral.

#### **4.3.1 Inocorrência de danos nos limites a direitos fundamentais**

No item 3.3.2.1, procuramos esclarecer que todos os direitos fundamentais a prestações, extraídos a partir dos suportes fáticos das normas constitucionais, não

de ser primeiramente identificados com vistas a *limites imanentes* que lhes conformam o conteúdo e que são extraídos por interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Do mesmo modo que os limites positivos servem de ponto de partida para se atribuir aos indivíduos direitos subjetivos a prestações, não devendo o Estado esquivar-se de assegurá-las, qualquer pretensão individual em descompasso com os limites negativos dos direitos fundamentais estará fora do alcance das normas constitucionais instituidoras dos deveres estatais. E ainda que se idealize um suporte normativo amplo para as normas de direitos fundamentais, sempre haverá condicionamentos a serem respeitados.

Baseado nessa premissa, o presente tópico tem por objetivo argumentar que descabe falar em responsabilidade civil do Estado por dano decorrente da não satisfação de uma prestação individual localizada *fora dos limites* que conformam o conteúdo do direito fundamental. Vale dizer, há certos limites que traçam o próprio *perfil jurídico do direito* e que, uma vez observados pelo Estado, não configuram um prejuízo a ser reparado.

O tema já foi demasiadamente enfrentado por publicistas que cuidaram de delimitar o direito de propriedade, levando em conta a função social que desde o final do século XIX a doutrina vem reconhecendo como elemento intrínseco ao conteúdo da propriedade privada, concepção que se incorporou à legislação civil e, posteriormente, às Cartas constitucionais, como ocorreu no Brasil após a Constituição de 1934 e se repetiu até o presente (CF/88, art.5º, XII).

Trata-se de antiga lição doutrinária a que, em tema de intervenção estatal, abraça a distinção juridicamente feita entre os limites imanentes e os sacrifícios da propriedade. No dizer de Forsthoff, não se pode falar em expropriação indenizável nos casos em que "o Estado impõe à propriedade limites que já vão implicados pelo próprio conceito da mesma"<sup>833</sup>, mas, sim, tão somente nas situações em que "a um

---

<sup>833</sup> FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 436. Tradução livre. Assim explica o autor germânico: "Em algumas ocasiões, as leis contém prescrições que traçam limites à propriedade ou, mais exatamente, que põe limitações ou impõe deveres ao proprietário no exercício de seus direitos. Tem que sofrê-los, pois a propriedade somente é um poder de disposição sobre uma coisa dentro dos limites garantidos pelas leis. A propriedade está vinculada pela lei. De modo inequívoco expressa o § 903 BGB (O proprietário de uma coisa pode proceder com ela, enquanto não se oponham a lei ou os direitos de terceiro). O princípio do art. 153 ap. I, segundo o qual o conteúdo e os limites da propriedade emanam das leis, não aporta nada novo e está de acordo com a situação jurídica atual. Posto que o conceito de propriedade, mais além

indivíduo ou a um setor individualmente circunscrito de sujeitos de direito se impõe limitações que, por sua gravidade e extensão, implicam um sacrifício não exigível"<sup>834</sup>. Também Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández propõem que se diferencie, por uma parte, a atuação administrativa "que deve ser suportada passivamente pelo administrado, como uma carga da vida social, sem contraprestação econômica alguma"<sup>835</sup> e, por outra parte, a atuação administrativa "que, ainda produzindo o efeito de um sacrifício imperativo de direitos patrimoniais que o titular destes há de sofrer, faz nascer, correlativamente, um direito a ser indenizado pela perda material que a medida o comporta"<sup>836</sup>.

No Direito brasileiro, já mencionamos, dentre outros, o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao explicar que a ideia de *direito de propriedade* traz em si mesma, implícita, os *limites* que balizam a própria extensão do direito, sendo "compreensível que dispositivos legais estabeleçam condicionamentos ao exercício da propriedade, traçando, deste modo, o perfil do *direito* correspondente"<sup>837</sup>.

Sem olvidar existirem atributos essenciais inerentes à propriedade privada (uso, gozo e disposição), os quais, portanto, configuram *limites positivos* do direito de propriedade, garantidos pela Constituição como requisitos mínimos delimitadores do âmbito normativo do direito e que o Estado a princípio deve respeitar<sup>838</sup>, também existem *limites negativos* que estabelecem *a priori* aquilo que não é facultado ao proprietário realizar (obrigações de não fazer), bem como o que deve por ele ser

---

de sua função técnico-jurídica no marco do sistema de Direito privado, constitui uma parte da ordem de nossa civilização, é inevitável que as representações gerais de valor culturais e sociais exerçam uma influência no estabelecimento dos limites imanentes da propriedade. Assim, em nosso tempo flutua notavelmente a extensão que se há considerado aceitável atribuir à limitação imanente da propriedade. Sem embargo, as limitações legais imanentes não constituem somente uma carga, senão também uma proteção da propriedade, pois há que entendê-las em sentido limitativo: somente valem as obrigações impostas pela lei. Nenhuma outra carga pode inferir-se da essência ou da natureza da propriedade que não tenha algum apoio na lei". **Ibid.**, p. 446. Tradução livre.

<sup>834</sup> **Ibid.**, p. 441. Tradução livre.

<sup>835</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1990, p. 832.

<sup>836</sup> **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>837</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Op. cit.**, 2009, p. 350. Aduz o autor, em suma: "as normas atinentes à propriedade e ao seu uso e gozo definem o âmbito de expressão da propriedade, tal como reconhecida em um dado sistema juspositivo. São elas que desenham o que chamamos de 'direito de propriedade', isto é, o conteúdo juridicamente protegido e aceito como válido, em certa ordenação nacional, para a propriedade". **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>838</sup> "Segue-se que a lei não pode, a pretexto de regular ou condicionar o exercício da propriedade, elidir ou bloquear o uso, o gozo ou a disposição do bem sobre o qual incida o domínio. A supressão ou o bloqueio destes atributos *inerentes* à propriedade - e que podem validamente existir, como adiante se dirá, *não caracterizam definição do âmbito do direito*, não são limitações à propriedade, mas arremetidas contra o direito de propriedade". **Ibid.**, p. 351-352.

cumprido ou respeitado (obrigações de fazer ou de suportar), sob pena de estar incorrendo num ilícito ou abuso de direito.

Assim, por exemplo, se a lei instituidora do plano diretor urbano proíbe construções acima de determinada altura (gabarito) ou se a lei ambiental estabelece um percentual de proteção contra o desmatamento nas propriedades rurais, tais obrigações negativas não estão restringindo ou sacrificando o direito de propriedade, senão apenas delimitando-lhe o *perfil jurídico* e estabelecendo, com isso, o espaço de liberdade que tem o proprietário para usar, gozar e dispor do seu domínio. O mesmo acontece quando órgãos de vigilância sanitária, zelando pelo cumprimento da lei, fiscalizam propriedades urbanas, impondo aos respectivos proprietários obrigações de fazer consistentes em manter condições satisfatórias de higiene em seus imóveis, de modo a evitar a proliferação de animais nocivos à saúde pública (ratos, mosquitos e outros transmissores de doenças), ou, ainda, quando a própria Constituição faculta ao Poder Público municipal exigir, dos proprietários de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promovam o seu adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios (CF/88, art.182, §4º, I).

Enquanto na concepção tradicional a propriedade privada era encarada sob uma ótica individualista, sendo tratada como puro direito subjetivo essencialmente moldado pela legislação civil e, em alguns países, até como um direito natural inalienável<sup>839</sup>, na atualidade o enfoque dado é bem diferente, sobretudo em razão da força normativa dos princípios constitucionais, passando-se a encarar o direito de propriedade sob os moldes de uma *situação ou relação jurídica complexa*, como destaca Francisco Loureiro, "carregada de direitos e deveres, inspirados em valores constitucionais e no princípio da função social"<sup>840</sup>. Vladimir da Rocha, neste mesmo

---

<sup>839</sup> Edvaldo Brito exemplifica "o caso da fé na propriedade privada, existente desde a fundação dos Estados Unidos, influenciando-lhe a política, a economia e a cultura e permitindo a Cunliffe cunhar a palavra *proprietarismo* para indicar a mistura de elementos que compõem esta fé americana e a recordar que um repasse histórico do fenômeno nos Estados Unidos bem pode começar com a Declaração de Independência, em 1776, regida por Thomas Jefferson, passando por todas as Constituições dos Estados norte-americanos adotadas durante a guerra revolucionária, porque elas, invariavelmente, mencionam de forma explícita os direitos de propriedade como uma característica do legado inalienável concedido por Deus ou a natureza, ou por ambos". BRITO, Edvaldo. **Op. cit.**, p. 23.

<sup>840</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37. Sobre o tema, confira-se também: CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Apreciação crítica aos direitos fundamentais de primeira geração à luz do**



diapasão, alude ao *perfil constitucional da função social da propriedade*, devendo-se "reconhecer a função social da propriedade como um princípio essencial à própria existência da propriedade"<sup>841</sup>.

Tudo isso explica porque, se no passado os deveres legalmente impostos ao proprietário eram concebidos como algo externo ao direito de propriedade, na perspectiva contemporânea já se pode perfeitamente encará-los como *limites* que integram internamente o próprio perfil jurídico da propriedade privada e fora dos quais não se haverá de falar em direito.

Encontrando inspiração em lições filosóficas que remontam a Aristóteles e Santo Tomás de Aquino, atribui-se a Duguit, no último quartel do século XIX, a percepção dos direitos sob uma ótica solidarista, contrapondo-se à doutrina individualista fruto da revolução liberal<sup>842</sup>, o que, ainda nos primórdios do século XX, levou à gradativa publicização do Direito Privado, notadamente no que diz respeito ao direito de propriedade.

Pois bem, o que há décadas se costuma apontar, com naturalidade, no tocante à conformação do direito de propriedade, pode ser perfeitamente aplicado a todos os demais direitos fundamentais, inclusive aos direitos fundamentais sociais, valendo tanto em relação aos direitos de defesa quanto aos direitos a prestações, ou melhor, levando em conta as funções de defesa e de prestação presentes em todos os direitos fundamentais, considerando a sua *multifuncionalidade*. Relembre-se aqui a advertência já pontuada no item 3.1.7, no sentido de que não existem rigorosamente, de um lado, direitos fundamentais de defesa e, de outro lado, direitos fundamentais a prestações.

---

**direito de propriedade: da propriedade liberal à propriedade social.** In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 239-261.

<sup>841</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil constitucional da função social da propriedade.** *Revista de Informação Legislativa*, n. 141. Brasília, jan./mar. 1999, p. 09-21.

<sup>842</sup> Como escreve Wilson Melo da Silva, a doutrina individualista cede espaço à corrente socialista do direito, na medida em que "o homem deixa de ser aquela criação abstrata dos jusnaturalistas ou dos filósofos da Revolução Francesa, capaz de viver longe de todos isoladamente, segregado do convívio dos demais homens e investido de certas prerrogativas e direitos que lhe pertenciam pelo só fato de ser homem, como escreveria Duguit. (...) Duguit, no seu monumental *Traité de droit constitutionnel*, antes de lançar os postulados da sua famosa doutrina solidarista do direito, admitiu que em duas correntes distintas se poderiam agrupar as doutrinas que buscassem explicar os fundamentos do direito mesmo: a corrente da doutrina individualista e a corrente da doutrina socialista. Lá, na doutrina individualista, partir-se-ia do *homem natural*, tomado como um ser isolado, segregado dos demais homens, portador de prerrogativas próprias, nascidos todos absurdamente iguais em direito e livres. Aqui, na doutrina socialista, o homem é considerado não abstrata e isoladamente, mas tal como efetivamente o é, um ser destinado a viver em sociedade e que só na sociedade encontraria o meio natural do desenvolvimento de suas aptidões". SILVA, Wilson. **Op.cit.**, p. 6-9.

Na verdade, todos os direitos fundamentais apresentam uma índole ambivalente, funcionando os direitos de defesa e os direitos a prestações como situações jurídicas complementares extraídas das normas de direitos fundamentais, de modo que cada direito pode simultaneamente comportar obrigações negativas e positivas por parte do Estado. Assim, qualquer que seja o direito fundamental, se o próprio conteúdo do direito, tal como delimitado pela Constituição e pelas leis, não confere ao seu titular a faculdade de exigir determinadas prestações frente a terceiros ou ao Estado, inexistirá rigorosamente um *dano* a esse direito quando tais prestações não vierem a ser atendidas.

Registre-se, contudo, haver doutrinadores que, por demasiado apego às premissas da teoria externa e do suporte amplo das normas constitucionais de direitos fundamentais, resistem em aplicar a todos direitos fundamentais a noção de *limites imanes* que tradicionalmente há muito já se aponta ao se tratar do direito de propriedade e sua função social.

Ricardo Marcondes Martins, nessa esteira, entende que nem todos os direitos fundamentais admitiriam conformação, mas apenas os chamados *direitos institucionais*, dentre os quais cita o direito à herança e o direito à propriedade, eis que tradicionalmente já configurados no Código Civil<sup>843</sup>. Por conseguinte, no entender do autor, somente no tocante a esses direitos, cujo conteúdo depende necessariamente de uma definição do legislador, poder-se-ia falar em limites conformadores, ao passo que o direito fundamental à liberdade, por exemplo, não teria conformação balizada por limites imanes, haja vista ser a autonomia individual uma prerrogativa constitucionalmente assegurada na maior medida possível e sem prévia delimitação de conteúdo, que apenas se sujeitaria a restrições decorrentes de fatores externos *a posteriori*<sup>844</sup>. O mesmo se aplicaria a outros direitos de valor não patrimonial, como a vida, a saúde e a integridade física.

---

<sup>843</sup> "Na data da promulgação da Constituição já existia um conceito técnico-jurídico de *herança* e de *propriedade*: esse conceito, ao menos no seu núcleo essencial, constitucionalizou-se junto com as palavras. O direito à propriedade estava configurado no art. 524 do CC de 1916 como o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los de quem quer que injustamente os possua. Essa conformação foi repetida no *caput* do art.1228 do CC de 2002. Afirma-se: esse contorno do direito de propriedade, já existente quando da promulgação da Constituição, constitucionalizou-se. Por isso, em rigor, só há conformação quando inexistente o conceito técnico na data da elaboração da Constituição". MARTINS, Ricardo. **Op. cit.**, p. 472.

<sup>844</sup> "O direito à liberdade admite apenas *restrição*, não admite *configuração*, pois não se trata de direito institucional; o princípio da proteção à liberdade impõe o dever de respeitar na *maior medida*

Tal linha de pensamento, encontrando raízes na doutrina administrativista alemã<sup>845</sup>, baseia-se na ideia de que o núcleo essencial dos direitos institucionais, porquanto dotados de valor patrimonial, teria uma configuração preexistente em função do significado que sociologicamente veio sendo dado a este valor, significado este que, uma vez definido pela tradição jurídica, apenas teria sido incorporado pela Constituição, seja quando recepcionado de modo implícito e sem ser alterado, seja quando explicitamente remetido à conformação ao legislador ordinário<sup>846</sup>. Sob esse prisma, somente se poderia falar em configuração ou conformação de um direito fundamental quando se tornasse necessário, segundo a tradição do direito positivo, um conceito técnico delimitando o perfil jurídico desse direito, o que não aconteceria com os direitos desprovidos de natureza institucional e recaídos sobre bens naturais que independem de prévia regulamentação.

Com a devida *venia*, não vemos razão para se distinguir o perfil jurídico dos direitos fundamentais em função da sua natureza institucional ou não institucional, nem nos parece ser esta uma classificação útil para tal finalidade no atual contexto do constitucionalismo. O fato de um direito fundamental estar vinculado a determinado *instituto*, dotado de significado técnico e socialmente regulado<sup>847</sup>, não significa que a conformação do seu conteúdo, ainda que sociologicamente preexistente à Constituição, dela não dependa (sendo recepcionado) ou por força

---

*possível* a autonomia dos indivíduos, a prerrogativa de auto-administrarem sua esfera jurídica". **Ibid.**, p. 472-473.

<sup>845</sup> Referindo-se à tradição alemã em matéria de intervenções estatais, Maurer assim explica o tratamento jurídico dispensado aos direitos de valor não-patrimonial: "A isso pertencem, segundo a doutrina dominante, vida, saúde, integridade física e liberdade (no sentido de liberdade de movimento corporal), portanto, os bens jurídicos mencionados e protegidos no artigo 2 II da Lei Fundamental. Como esses estão determinados como bens naturais para o ordenamento jurídico, não existem - de outra forma como na propriedade, que sem dúvida, se refere ao ter, usar e dispor real, contudo, carece de regulamentação jurídica - dificuldades de delimitação". MAURER, Hartmut. **Op. cit.**, p. 868-869.

<sup>846</sup> "A conformação de direitos institucionais pode ser *real* ou *aparente*: será real quando não houver um significado definido quando da promulgação da Constituição; será aparente quando houver um significado previamente definido. No último caso a *configuração* infraconstitucional anterior à elaboração da Constituição constitucionaliza-se e se encontra *implícita* no próprio texto constitucional". MARTINS, Ricardo. **Op. cit.**, p. 473-474.

<sup>847</sup> Ensina Reale que os institutos representam "estruturas normativas complexas, mas homogêneas, formadas pela subordinação de uma pluralidade de normas ou modelos jurídicos menores a determinadas exigências comuns de ordem ou a certos princípios superiores, relativos a uma dada esfera da experiência jurídica". Aduz que, "quando um instituto jurídico corresponde, de maneira mais acentuada, a uma estrutura social que não oferece apenas uma configuração jurídica, mas se põe também como realidade distinta, de natureza ética, biológica, econômica etc., tal como ocorre com a *família*, a *propriedade*, os *sindicatos* etc., costuma-se empregar a palavra *instituição*. A não ser por esse prisma de maior *objetivação social*, envolvendo uma 'infraestrutura' associativa, não vemos como distinguir um instituto de uma instituição. REALE, Miguel. **Op. cit.**, p.191.

dela não se modifique (quando princípios acolhidos por uma nova Carta alterem a essência do instituto).

Os chamados direitos *institucionais* seguem a mesma lógica geral de conformação aplicada a qualquer direito fundamental: seus limites imanentes serão sempre extraídos da Constituição vigente, seja diretamente, quando a própria Lei Maior já aponta, de modo explícito ou implícito, os limites negativos e positivos, seja indiretamente, quando, por autorização da Constituição, remete-se à legislação infraconstitucional que assim o faça, respeitados os princípios constitucionais.

A construção teórica de que somente seriam passíveis de conformação os direitos institucionais não pode prevalecer no atual contexto da ciência jurídica, dada a importância que se passou a atribuir aos princípios constitucionais na interpretação de todo o ordenamento, não havendo mais como se definir o significado do direitos patrimoniais partindo-se apenas de elementos analíticos tradicionalmente dispostos no Código Civil e sem adaptá-los aos valores constitucionais que devem balizar a sua própria definição<sup>848</sup>. Nessa perspectiva, o direito de propriedade deve ser encarado como uma situação jurídica que reúne "não só um feixe de poderes, como os de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, mas também deveres em relação a terceiros proprietários e a terceiros não-proprietários"<sup>849</sup>. Portanto, "ao lado dos tradicionais poderes que fazem da propriedade um valor de sinal positivo, há, também, valores emergentes, que tem como universo de referência o sistema social"<sup>850</sup>.

Como leciona Orlando Gomes, o conteúdo do direito de propriedade mostra-se muito complexo sob aspecto intrínseco, abarcando, além dos poderes conferidos ao proprietário (conteúdo positivo), toda a gama de limitações que a ordem jurídica impõe ao seu exercício (conteúdo negativo)<sup>851</sup>. José Afonso da Silva, nessa mesma

---

<sup>848</sup> Como salienta Francisco Loureiro, "não existe uma norma que possa ter justificação em si mesma, interpretável em si e por si. Ao contrário. A norma, ainda que definitiva, deve vincular o intérprete segundo o valor e o conteúdo que o ordenamento, como um todo, atribui àquela definição. Conceituar a propriedade apenas com base em seus elementos analíticos, descritos no Código Civil, significa voltar à escola da exegese, sublinhando suas características basilares: o culto à lei, o predomínio da intenção do legislador na busca de sentido e do alcance dos textos legais, o caráter estatista do ordenamento. Seria encampar a teoria subjetivista da interpretação, limitando-se à indagação da vontade histórico-psicológica do legislador do final do século XIX". LOUREIRO, Francisco. **Op. cit.**, p. 41-42.

<sup>849</sup> **Ibid.**, p. 43.

<sup>850</sup> **Ibid.**, p. 43-44.

<sup>851</sup> "Sob aspecto intrínseco, o problema do conteúdo do direito de propriedade pode ser encarado de dois ângulos diversos. Do primeiro, consiste em determinar as faculdades inerentes a esse direito,

toada, salienta que o princípio da função social da propriedade, encontrando sua sede na Constituição Federal, incide no direito de propriedade, impondo-lhe um novo conceito<sup>852</sup>. Decorre daí que "a noção de 'situação jurídica subjetiva (complexa)' tem sido usada para abranger a visão global do instituto"<sup>853</sup>, nela resguardando-se "o conjunto de faculdades do proprietário dentro da delimitada esfera que a disciplina constitucional lhe traça"<sup>854</sup>.

Por tudo quanto dito, tem-se que, tal como se dá com a conformação do direito de propriedade, todos os direitos fundamentais, especialmente aqueles para cuja efetividade se exige prestações positivas por parte do Estado, não de ser compreendidos em função do seu perfil jurídico, tomado este como a resultante de um conjunto de forças normativas que conciliam interesses não apenas do titular do direito mas, também, de terceiros, da sociedade e do Poder Público. Vale dizer: todo e qualquer direito fundamental tem limites imanentes que lhe demarcam o conteúdo *prima facie*.

Passemos, por conseguinte, à questão central do presente tópico, buscando construir teoricamente o argumento de que não se pode falar em *dano* quando o Estado é instado a atender pretensões concretas que, por estarem fora dos limites conformadores dos direitos fundamentais, não poderiam ser exigidas pelos indivíduos. Para tanto, tomaremos de empréstimo a mesma linha de sustentação que a doutrina brasileira costuma adotar quanto investiga a natureza gratuita (não indenizável) dos *condicionamentos*, distinguindo-os dos sacrifícios e das violações de direitos.

Consoante explica Carlos Ari Suldfeld, "os condicionamentos administrativos definem as condições de exercício regular dos direitos. Não diminuem sua extensão, apenas a delimitam. Nisso reside sua diferença em relação aos sacrifícios"<sup>855</sup>. Por

---

firmando-se, em resumo, a extensão dos poderes do proprietário como *direito complexo* que é. Do segundo, em fixar as *limitações* que a ordem jurídica impõe ao seu exercício. A visão por qualquer desses ângulos será sempre estreita e *unilateral*. Tanto o conteúdo *positivo* como o *negativo* devem ser destacados para o esclarecimento completo dos termos do problema. As faculdades inerentes ao domínio resumem-se, em apertada síntese, no *jus vindicandi* e, compreendido no *jus abutendi*, o *jus disponendi*, como é óbvio. As limitações atingem o *exercício* do direito, do ponto de vista *intensivo*". GOMES, Orlando. **Op. cit.**, 1997, p. 100.

<sup>852</sup> "O direito de propriedade não pode mais ser tido como um direito individual. A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza". SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 74-75.

<sup>853</sup> **Ibid.**, p. 72.

<sup>854</sup> **Ibid.**, **loc. cit.**

<sup>855</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 56.

consequente, os condicionamentos, "justamente por delimitarem o campo de atuação legítima do titular do direito (é dizer: por apenas traçarem seu perfil) não conferem direito à indenização"<sup>856</sup>. Ricardo Marcondes, ainda que referindo-se apenas ao direito de propriedade, como dito, considera haver restrições que respeitam o núcleo essencial do direito e que "podem ser chamadas de *condicionamentos* ou *limitações*"<sup>857</sup>.

Como acima já criticamos, inexistente razão para não se identificar condicionamentos (limites imanentes e conformadores) no tocante a direitos fundamentais não patrimoniais, começando pelos direitos de liberdade, os quais não de ter reconhecidas também uma função social implicitamente extraída da Constituição, o que não significa, de maneira alguma, recair num regime autoritário coletivista ou que aniquile a dignidade da pessoa humana em prol da supremacia do interesse público<sup>858</sup>.

Já vem de longa data o tratamento que a doutrina dá ao *poder de polícia* do Estado, tanto se referindo à propriedade quanto à liberdade, pois, na lição de Bandeira de Mello, as limitações administrativas servem justamente para traçar o perfil jurídico do direito de liberdade, integrando-lhe o próprio conteúdo<sup>859</sup>. Como também assinala Edvaldo Brito, o poder de polícia, constituindo "uma limitação à liberdade do indivíduo, imposta pelo Estado em benefício da convivência social", é "um poder implícito pela falta de explicitude do texto constitucional"<sup>860</sup>. Assim, sem olvidar da correta advertência de Celso Castro acerca da preeminência da liberdade individual sobre a autoridade estatal<sup>861</sup>, não se discute que a liberdade deve sempre obedecer a uma função social, revelando-se, no sentido jurídico, como uma *liberdade condicionada*, respeitados os princípios constitucionais.

<sup>856</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>857</sup> MARTINS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 477.

<sup>858</sup> Opera aí o postulado da proporcionalidade para que sejam equilibrados os interesses individuais com o interesse público. Sobre o tema: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>859</sup> "Não se deve confundir liberdade e propriedade com *direito de liberdade* e *direito de propriedade*. Estes últimos são as expressões daquelas, porém tal como admitidas em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações administrativas ao *direito* de liberdade e ao *direito* de propriedade - é a brilhante lição de Alessi - uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade". BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Op. cit.*, 2007, p. 794.

<sup>860</sup> BRITO, Edvaldo. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>861</sup> "Na tábua de valores jurídicos, é inequívoco que a liberdade se sobrepõe hierarquicamente ao Poder. Por isso, o cidadão, ao submeter-se à administração, abre mão de parcela de sua liberdade que há de ser a mínima eficiente à causa da organização social". CASTRO, Celso. *Op. cit.*

Mesmo frente a direitos fundamentais cujos bens juridicamente protegidos não estejam claramente delineados na lei, sendo extraídos do texto constitucional a partir de termos de conteúdo indeterminado tais como "segurança", "dignidade da pessoa humana", "saúde", "educação", "moradia" etc., há de se examinar, diante de determinadas pretensões lançadas pelos titulares desses direitos, qual a extensão do suporte fático da norma constitucional embasadora, de maneira a que se possa compatibilizar proporcionalmente os interesses individuais com o interesse público, demarcando, com isso, as fronteiras das pretensões legítimas<sup>862</sup>.

Ressalte-se que os condicionamentos dos direitos podem se apresentar sob a forma de limites (obrigações de não fazer), encargos (obrigações de fazer) e sujeições (obrigações de suportar), aspectos que aqui reunimos sob o rótulo de *limites negativos* dos direitos fundamentais. Porém, o fato de concebê-los como limites negativos, no sentido de imporem ao titular do direito uma situação desfavorável a eventuais pretensões individuais que os superem, não retira dos condicionamentos também um conteúdo positivo, na medida em que a delimitação do perfil do direito se dá em prol do interesse geral da sociedade, visando a construção de uma nova realidade<sup>863</sup>.

Destarte, todos os direitos fundamentais estarão sempre condicionados não apenas às pretensões dos seus titulares, mas, também, às de terceiros e às do próprio Poder Público. Decorre daí a *dupla função dos condicionamentos dos direitos fundamentais* em relação ao Estado: de um lado, impõem ao Poder Público

---

<sup>862</sup> "Por vezes, os direitos individuais encontram-se já plena e rigorosamente delineados na lei; outras vezes, dentro dos limites legais, *incumbe à Administração Pública* reconhecer, averiguar, no caso concreto, a efetiva extensão que possuam em face do genérico e impreciso contorno legal que lhe tenha sido dado. Também nestas últimas hipóteses, a Administração não restringe nem limita o âmbito de tais *direitos*. Unicamente, acedendo, como de seu dever, à vontade legal, procede, concretamente, à identificação dos seus confins ou lhes condiciona o exercício, promovendo, por ato próprio, sua compatibilização com o bem-estar-social, no que reconhece, *in casu*, as fronteiras legítimas de suas expressões". BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Op. cit.**, 2007, p. 795.

<sup>863</sup> Daí porque Sundfeld critica a terminologia clássica *poder de polícia*, preferindo falar em *administração ordenadora*, quando salienta que: "a imposição de certos deveres positivos sempre foi coerente com a noção de polícia, como no exemplo do dever de capinar terreno urbano ou de retirar a neve do passeio público; é que o cumprimento de tais deveres, em última análise, visa impedir a perturbação. Entretanto - e aí vai uma razão para substituir a limitada ideia de poder de polícia - hoje em dia se exige do titular do direito subjetivo que, usando da posição que este lhe assegura, colabore com a construção de uma nova realidade. Em uma frase, à administração ordenadora não basta que *este indivíduo não perturbe*, é mister que *este indivíduo ajude, na medida das possibilidades propiciadas pelo exercício de seu direito*. Quem é proprietário de um bem, quem controla uma empresa, deve cumprir uma função social. Em consequência disso, a administração ordenadora, e os condicionamentos que ela impõe, não tem apenas sentido negativo, mas também conteúdo positivo". SUNDFELD, Carlos. **Op. cit.**, 2003, p. 57.

que assuma e cumpra os seus deveres constitucionais, respeitando o conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos indivíduos e da coletividade (limites positivos); de outro lado, ao balizarem a situação jurídica dos titulares de direitos fundamentais (limites negativos), servem também para delimitar até onde vão os deveres do Estado, em termos de sua atuação concreta, diante de pretensões a ele direcionadas com base em tais direitos<sup>864</sup>.

Nesse prisma, se da ponderação entre os limites negativos e os limites positivos se chega à conclusão de que determinada pretensão individual extrapola o perfil jurídico do direito fundamental em questão, não se há de cogitar em descumprimento de dever por parte do Estado, nem, por conseguinte, em sua responsabilidade extracontratual. Em suma: *não se pode alegar danos em decorrência de condicionamentos a direitos*.

Esse posicionamento, em torno da gratuidade dos condicionamentos demarcadores do direito (não se podendo pretender indenizações em razão deles), que sempre foi pacífico no tocante à intervenção do Estado na propriedade privada por meio de limitações administrativas<sup>865</sup>, pode e deve ser, repita-se, igualmente aplicado também em relação aos demais direitos fundamentais de cunho não-patrimonial. Difícil decerto será, a depender do objeto do direito e seu grau de fundamentalidade em cada contexto histórico, estabelecer concretamente em que consistem ditos limites imanentes, positivos e negativos, demarcadores das fronteiras do perfil jurídico. Contudo, tal dificuldade prática não afasta a premissa de que, qualquer que seja o direito fundamental, há e haverá, sempre, condicionamentos.

---

<sup>864</sup> Referindo-se às limitações administrativas recaídas sobre direitos individuais, Alexandre Santos de Aragão identifica duas obrigações atribuídas ao Estado: "(1) tem a obrigação de fazer o particular respeitar outros direitos e valores sociais que possam ser afetados pelo exercício indiscriminado da sua liberdade (obrigação de limitar); e (2) obrigação de respeitar o núcleo essencial de cada liberdade a ser limitada (obrigação de contenção do seu poder estatal de limitar), sob pena de transformar a limitação em restrição ou extinção da liberdade, o que será constitucionalmente vedado ou, quando aceito pelo ordenamento, gerará direito de indenização ao particular lesado". ARAGÃO, Alexandre. **Op. cit.**, 2012, p. 178.

<sup>865</sup> "Há, pura e simplesmente, o delineamento jurídico do âmbito de expressão legítima da propriedade. Em uma palavra, há a composição do desenho daquilo que é o direito de propriedade nos seus atributos de uso e gozo. Traceja-se por tal modo o perfil do direito de propriedade, direito comum a todos os que se encontram no mesmo requadro zonal. Bem por isso, a estatuição e a modificação ulterior desses limites modelados em lei não ensancham indenização alguma aos proprietários". BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Op. cit.**, 2009, p. 354. No sentido da gratuidade das limitações à propriedade, ver também: DI PIETRO, Maria. **Op. cit.**, 2015, p. 172; CARVALHO FILHO, José. **Op. cit.**, 2016, p. 851; ARAGÃO, Alexandre. **Op. cit.**, 2012, p. 178; JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. cit.**, 2011, p. 594.



Tudo o que aqui foi dito quanto aos condicionamentos dos direitos fundamentais aplica-se não apenas aos chamados direitos de defesa, como também aos direitos a prestações, havendo de incidir o postulado da proporcionalidade em todas as hipóteses. Da mesma maneira que um indivíduo não pode se escusar em obedecer a uma obrigação proporcionalmente imposta como delimitadora do seu direito fundamental, não poderá, também, pretender obter do Estado uma prestação positiva que extrapole a fronteira daquilo que se tem como protegido pelo seu direito fundamental. Na medida em que a Constituição brasileira impõe ao Poder Público uma gama de atividades, é da própria Carta que podem ser implícita e explicitamente extraídos os parâmetros indicadores dos condicionamentos dos direitos fundamentais. Há de se considerar tanto os limites positivos, justificadores de pretensões fundamentais, quanto os limites negativos, fixando o padrão constitucional de quantidade e qualidade dos bens e serviços públicos no atendimento essencial e igualitário de toda a população.

Reitera-se aqui o que mencionamos no item 3.3.2.3 acerca do serviço estatal de saúde pública, cujos custos são variáveis em função da necessidade de cada usuário, ao contrário do que ocorre nos serviços de justiça e segurança pública. O caráter prioritariamente universal e igualitário do acesso à saúde pública, tal como previsto na própria Constituição, impõe que o Estado execute um planejamento orçamentário montado em bases estatísticas, de modo atender adequadamente a todos os setores da saúde, sobretudo os com maior demanda social, ajustando, dentro do possível, os padrões ordinários de funcionamento do serviço público. Assim, não se revela proporcional exigir-se do Estado todas as prestações positivas que, nos casos concretos, possam assegurar a manutenção da vida dos usuários da rede pública de saúde, pressupondo-se, com isso, um grau máximo de deveres estatais relacionados a tudo que sirva à proteção de tal direito fundamental e de maneira a até se responsabilizar civilmente o Estado por danos decorrentes de omissões nesse atendimento integral.

O padrão de funcionamento da máquina administrativa a serviço da efetivação dos direitos fundamentais configura aquilo que normal e ordinariamente se espera do Estado em cumprimento aos seus deveres constitucionais, não se podendo dele exigir que atue aquém ou além desse padrão, mas, sim, que busque a alocação eficiente de recursos públicos frente à grande demanda de bens e serviços

públicos. E ainda que seja difícil definir-se *a priori* esse padrão, a depender do contexto econômico e social, não se pode olvidar que os direitos fundamentais encerram limites, dentre eles os limites negativos relacionados ao fenômeno da escassez, apresentando-se a reserva do possível como uma das balizas do perfil jurídico do direito.

#### **4.3.2 Danos não indenizáveis nas restrições a direitos fundamentais**

Após se investigar o conteúdo *prima facie* de um direito fundamental, levando em consideração os condicionamentos que lhe conformam o perfil jurídico - dentre eles a reserva do possível operando como limite negativo de tal conteúdo -, deve-se compreender que poderão surgir, ainda, *restrições* com o condão de afetar a efetividade do direito fundamental nos casos concretos.

Quando já delimitado o suporte fático da norma de direito fundamental e sua eficácia, desenhando-se preliminarmente o conteúdo do direito em termos de condutas concretas que a princípio deverão ser adotadas pelo destinatário da norma, a restrição advém num determinado contexto específico de *compressão* desse conteúdo preliminar, em razão de fatores externos com força suficiente para reduzir a eficácia inicialmente estabelecida.

Desta feita, diante de uma pretensão individual ou coletiva que encontre amparo numa norma de direito fundamental, sendo enquadrada como uma posição de direito *prima facie*, será preciso ainda lançar mão de um exercício de ponderação nos casos concretos, sopesando conflitos de interesses relacionados a outras pretensões de igual importância, o que pode vir a impedir que, em certas situações, aquela posição se torne definitiva. Em síntese, a norma de direito fundamental poderá ter a sua eficácia restringida a depender do contexto da sua aplicação. A restrição não diz respeito propriamente ao conteúdo do direito fundamental, mas, sim, ao exercício das faculdades inerentes a tal conteúdo.

Cumpra esclarecer que essa descrição do fenômeno aplicativo dos direitos fundamentais coaduna-se com a postura dogmática adotada neste estudo e já explicitada nos itens 2.2.2 e 2.2.3, mesclando-se premissas tanto da teoria externa quanto da teoria interna dos direitos fundamentais e aceitando, com isso, a concomitância de limites e restrições. Enquanto os limites remetem aos condicionamentos que conformam o conteúdo *prima facie* do próprio direito, levando em conta o padrão constitucional de funcionamento dos serviços públicos e de fornecimento de bens pelo Estado, as restrições operam em situações nas quais o direito fundamental, apesar de reconhecido como tal, pode deixar de ser efetivado em razão de um conflito contextual com outros direitos fundamentais cuja implementação caiba também ao Estado na área social.

Uma vez que sequer se pode alegar danos em decorrência de meros condicionamentos a direitos fundamentais, no caso das restrições a direitos fundamentais esses danos *a priori* são cogitados, porém, diante das circunstâncias em que se verificam, *não comportam indenização a cargo do Estado*. Eventuais danos dessa natureza não de ser razoavelmente suportados pelo titular do direito, sem que se possa falar em descumprimento de dever por omissão dos agentes públicos, incidindo excludentes de responsabilidade civil do Estado, salvo se houver uma norma específica imputando objetivamente ao Poder Público o dever de reparação.

Conforme examinamos no item 3.3.3., há situações concretas em que o princípio da reserva do possível por si só não afasta a configuração do direito *prima facie*, porém, pode vir a impor restrições aos direitos fundamentais diante da escassez de determinados bens de consumo rival (ou exclusivos) e sob determinadas circunstâncias, razão pela qual o atendimento a pretensões de uns acaba por inviabilizar que outros indivíduos possam ser atendidos a contento, sem que com isso fique caracterizada a culpa administrativa.

Reitere-se aqui o exemplo da escassez de vagas em hospitais públicos, impondo certas restrições ao direito fundamental à saúde. A questão revela-se ainda mais delicada quando se trata de garantir o acesso universal a unidades de terapia intensiva, nem sempre disponíveis a depender da demanda e da urgência. Frisamos que, uma vez demonstrado que o Estado, por imposição de normas orçamentárias de vinculação de receitas, vem direcionando grande quantidade de verbas para as

políticas públicas de saúde, criando leitos hospitalares e unidades de emergência em número razoável e suficiente para atender a demanda ordinária<sup>866</sup>, tendo-se estabelecido uma metodologia de regulação do acesso a tais bens, não se pode a princípio exigir prestações estatais que esbarrem em limites operacionais, nem, apenas por isso, presumir-se a culpa administrativa na ausência de atendimento a um determinado indivíduo.

Esta conclusão pode ser extraída a partir do mesmo argumento que, conforme abordaremos no próximo tópico, costuma ser utilizado pela doutrina e jurisprudência para afastar a responsabilidade civil do Estado por omissão em situações nas quais, infelizmente, grande número de brasileiros tem perdido a vida, vítimas da violência urbana ou de desastres que, caso enfrentados sob a ótica de um modelo ideal e infalível de funcionamento da máquina pública, poderiam ser evitados com maior investimento nas áreas de segurança pública, defesa civil, infraestrutura etc.

Não soa lógico que, em nome do direito à vida e independente da reserva do possível, sustente-se a tese da plena exigibilidade de vagas em hospitais públicos ou unidades de terapia intensiva, responsabilizando-se civilmente o Estado em caso de danos decorrentes da ausência de prestações positivas relacionadas a tais serviços, porém não se faça exatamente o mesmo quando se mostra patente o número insuficiente de delegacias, viaturas e policiais para o combate direto à criminalidade que assola o Brasil, ou diante da necessidade de incremento no investimento em pavimentação, sistemas de drenagens, diques contentores de enchentes, órgão de defesa civil, corpos de bombeiros etc. Em todos estes casos, a regra geral, na doutrina e na jurisprudência, tem sido afastar o nexo causal entre o dano e a omissão do Estado, justamente por se entender que o funcionamento normal e ordinário da máquina administrativa, obedecendo a razoáveis padrões de constitucionalidade, não pode garantir resultados infalíveis em todas as situações de risco.

---

<sup>866</sup> Ressalve-se que, como já pontuado no item 3.3.3, essa premissa deve ser discutida em cada contexto fático. Reconhecemos que no Brasil isso não tem ocorrido, eis que, conforme análise do CFM, em 70% dos estados não há o número de leitos de UTI que o Ministério da Saúde considera necessário para se garantir um bom atendimento à população. Entendemos, contudo, que a ampliação do padrão constitucional de funcionamento da saúde pública não deve ser feito por meio de decisões judiciais isoladas beneficiando alguns poucos indivíduos, mas, sim, por decisão política de alcance difuso.

Relembrando aqui o que já dissemos acerca dos parâmetros de responsabilidade civil do Estado por omissão e o repúdio que se tem lançado à teoria do risco integral como regra geral (item 4.2.4), deve-se compreender que tal responsabilidade, ainda que voltada à apuração de danos relacionados a direitos fundamentais, precisa ser avaliada com cautela e levando em conta o contexto geral dos serviços públicos destinados a efetivá-los. A responsabilidade extracontratual do Estado há de ser verificada tendo em mira o princípio da proporcionalidade, buscando-se, como defende Juarez Freitas, o ponto de equilíbrio entre o *Estado omissis* e o *Estado segurador universal*, pois nenhum dos dois se afigura um tipo adequado<sup>867</sup>.

Nesse diapasão, se alguém alega haver sofrido um prejuízo relacionado a um direito fundamental de que é titular, por ter o Estado deixado de lhe prestar determinado atendimento a tempo e modo, ou de lhe fornecer um pretendido bem em razão da escassez dos meios disponíveis pela Administração Pública, quando demonstrado que se deu prioridade a outros indivíduos que também necessitavam de prestações positivas e conforme uma ordem de regulação do serviço previamente estabelecida, tal prejuízo a princípio não deveria reunir os requisitos de um dano indenizável, por não se verificar omissão estatal culposa.

As normas orçamentárias previstas na própria Constituição atuam como um dos parâmetros restritivos dos direitos fundamentais, impondo ao administrador um rigoroso planejamento de gastos públicos, com atenção a todas as contingências e alocações de recursos orçamentários, de maneira a propiciar o desenvolvimento nacional equilibrado e o atendimento, na medida do possível, de todas as demandas sociais.

Esta mesma *ratio*, aliás, é a que justifica a regra diferenciada de execução civil contra a Fazenda Pública, estabelecida constitucionalmente entre nós desde a Carta de 1934 e atualmente extraída do art. 100 da atual Constituição, tendo-se instituído um mecanismo especial para organização dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária, com obediência a uma ordem

---

<sup>867</sup> Inobstante recorra aos princípios da prevenção e da precaução para sustentar a tese da responsabilidade objetiva moderada do Estado por omissão, o autor refuta a teoria do risco integral, considerando que "o Estado não deve ser segurador universal, tampouco omissis e descumpridor dos deveres defensivos e prestacionais ou positivos". Assim, "o Estado brasileiro, em última análise, tem o dever de zelar pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, punível a omissão despida de motivos plausíveis". FREITAS, Juarez. **Op. cit.**, p. 185.

cronológica de apresentação de precatórios, ao passo que a quitação das obrigações de pequeno valor deverá seguir também um planejamento, mediante requisições de pequeno valor (RPV) à conta de reservas orçamentárias específicas.

Até mesmo os créditos de natureza alimentícia, ainda que contabilizados separadamente, tem o seu pagamento condicionado à cronologia de uma classe específica de precatórios com dotação própria. Ora, a clara preocupação do legislador constituinte brasileiro, ao deixar explícita a necessidade de mecanismos tais como o precatório e a RPV, por si só já mostra o relevo dado às restrições orçamentárias em matéria de efetividade dos direitos fundamentais sociais, residindo aí o ponto fulcral do princípio da reserva do possível.

Sabe-se que o regime dos precatórios decorreu de construção jurisprudencial em razão da regra de impenhorabilidade dos bens públicos que veio sendo adotada no Brasil desde o Império<sup>868</sup>. Ante tal obstáculo, houve até quem defendesse não existir propriamente uma execução contra a Fazenda Pública, entendimento que restou superado pela doutrina, considerando que a adoção do precatório requisitório serviu justamente como forma de execução que segue princípios próprios e específicos<sup>869</sup>. O surgimento do precatório deu-se, sobretudo, visando moralizar os critérios de preferência na ordem dos pagamentos, impondo obediência à fila dos devedores, em respeito aos princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade<sup>870</sup>, bem como para fazer cessar a famigerada advocacia

---

<sup>868</sup> Francisco Dantas conta que "passou-se a considerar que os bens da Fazenda Nacional só poderiam ser alienados por decreto da Assembléia Geral, de modo que a penhora somente se poderia realizar sobre esses bens mediante decreto que a autorizasse, tendo a Instrução de 10-4-1851, editada pelo Directório do Juízo Fiscal e Contencioso dos Feitos da Fazenda, estabelecido que em bens da Fazenda Nacional não se faz penhora. (...) Daí surgiu a necessidade de criar-se um sistema que pudesse, ao mesmo tempo, submeter a Fazenda Nacional aos efeitos da execução (tendo em vista que nosso país havia, como visto no Capítulo anterior, adotado um sistema de unidade de jurisdição) sobretudo em razão desse entendimento de que os bens da Fazenda Nacional eram impenhoráveis, passando-se longo período sem que se atinasse para esse problema. Como não havia nenhuma menção a essa questão na lei, tampouco dela cuidou a doutrina, compeliu-se a prática forense a construir uma solução para o problema. O sistema da execução contra a Fazenda Nacional, portanto, é criação jurisprudencial que veio suprir as lacunas legislativas, embora fosse depois guindado à categoria de instituto constitucional". DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **O sistema do precatório**. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, ago-nov/1998, p. 61-102.

<sup>869</sup> "A simples inexistência da penhora dos bens públicos - nota característica da execução - levou eminentes processualistas a entenderem que execução não havia, denominando-a de execução imprópria ou que não existe verdadeira execução. Outros acentuam - ao que entendo com melhor razão - que o procedimento de execução contra a Fazenda Pública revela uma execução que obedece a princípios próprios e específicos, porque seus bens são, por lei, impenhoráveis". **Ibid.**

<sup>870</sup> "O regime constitucional de execução por quantia certa contra o Poder Público - qualquer que seja a natureza do crédito exequendo (RTJ 150/337) - impõe a necessária extração do precatório, cujo

administrativa que levava a que os pagamentos de uns, em detrimentos de outros, fossem deliberados por influência política<sup>871</sup>. Portanto, pode-se dizer que, na sua origem, o precatório foi um instituto jurídico plasmado pela essência direta da democracia<sup>872</sup>.

Não obstante os abusos com que veio sendo adotado no Brasil, haja vista a prática política constante de se tentar protelar cada vez mais o pagamento das dívidas da Fazenda Pública, por meio de novos parcelamentos e outras alterações legislativas<sup>873</sup>, não se pode a rigor afirmar que o sistema de execução contra a

---

pagamento deve observar, em obséquio aos princípios ético-jurídicos da moralidade, da impessoalidade e da igualdade, a regra fundamental que outorga preferência apenas a quem dispuser de precedência cronológica (*prior in tempore, potior in jure*). A exigência constitucional pertinente à expedição de precatório - com a consequente obrigação imposta ao Estado de estrita observância da ordem cronológica de apresentação desse instrumento de requisição judicial de pagamento - tem por finalidade: a) assegurar a igualdade entre os credores e proclamar a inafastabilidade do dever estatal de solver os débitos judicialmente reconhecidos (RTJ 108/463); b) impedir favorecimentos pessoais indevidos; e c) frustrar tratamentos discriminatórios, evitando injustas perseguições ditadas por razões de caráter político-administrativo". *Ibid.*, p. 99-100.

<sup>871</sup> Vladimir Souza Carvalho, citando lições de Castro Nunes, Themístocles Cavalcanti, Carlos Maximiliano, Pontes de Miranda e Amaro Cavalcante, explica que, antes da Carta de 1934, as dívidas da Fazenda Pública eram aleatoriamente enviadas ao Congresso Nacional e tramitavam a depender de pedidos de políticos. Não raro deputados obstavam o pagamento dos créditos de desafetos. Assim, o sistema de precatório surgiu para moralizar a administração pública. CARVALHO, Vladimir Souza. **Iniciação ao estudo do precatório**. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, ano 19, n. 76, out-dez 1982, p. 325-364.

<sup>872</sup> *Ibid.*, p. 327. No mesmo sentido, destacando o seu cunho democrático, Francisco Cavalcanti salienta que "a figura do precatório surgiu no Direito brasileiro como um instrumento visando proibir abusos e preterições". CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Breves considerações sobre as execuções contra a Fazenda Pública**. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em direito*, Recife, n. 9, p. 35-69, 1998.

<sup>873</sup> Tal ocorreu com o advento da Constituição de 1988, tendo o art. 33 ADCT permitido o pagamento em prestações anuais no prazo máximo de 8 anos. Posteriormente, a EC 30/2000 estabeleceu, dentre outras medidas, o parcelamento de alguns precatórios por até dez anos, na forma do art. 78 do ADCT. Tal modificação foi declarada inconstitucional pelo STF, pelos seguintes fundamentos: "O art. 78 do ADCT, acrescentado pelo art. 2º da EC 30/2000, ao admitir a liquidação 'em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos' dos 'precatórios pendentes na data de promulgação' da emenda, violou o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Atentou ainda contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei. Pelo que a alteração constitucional pretendida encontra óbice nos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição, pois afronta 'a separação dos Poderes' e 'os direitos e garantias individuais'. Quanto aos precatórios 'que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999', sua liquidação parcelada não se compatibiliza com o *caput* do art. 5º da CF. Não respeita o princípio da igualdade a admissão de que um certo número de precatórios, oriundos de ações ajuizadas até 31-12-1999, fique sujeito ao regime especial do art. 78 do ADCT, com o pagamento a ser efetuado em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, enquanto os demais créditos sejam beneficiados com o tratamento mais favorável do § 1º do art. 100 da Constituição. Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 2º da EC 30/2000, que introduziu o art. 78 no ADCT da Constituição de 1988." **STF, ADI 2356-MC e ADI 2362-MC** - rel. Min. Ayres Britto, julg. 25/11/2010. No mesmo sentido: **STF, RE 544.267- AgR** - rel. Min. Dias Toffoli, julg. 07/08/2012, *DJ* de 23-8-2012. Mais recentemente, também foi objeto de críticas a EC 62/2009 (apelidada de *emenda do calote*), estabelecendo alterações na sistemática de pagamentos dos

Fazenda Pública através do precatório requisitório seja, como sugere José Augusto Delgado, uma invenção "de origem tipicamente tupiniquim"<sup>874</sup> ou, no dizer de Francisco Dantas, uma "criação exclusiva brasileira, que não tem similar em nenhuma parte do mundo"<sup>875</sup>. Ora, a solvência na execução de dívidas da Fazenda Pública, mormente no contexto de um Estado prestador, não é um problema exclusivamente brasileiro. Talvez a novidade por aqui tenha sido a previsão do regime diferenciado de execução fazendária no próprio texto constitucional, o que em outros países normalmente é deixado para a legislação complementar.

Na Alemanha - nação que desde meados do século passado notabilizou-se pela implantação de um Estado Social de Direito, com a função primordial de dar efetividade aos direitos fundamentais, inclusive pela via jurisdicional -, não se olvidou serem necessários mecanismos processuais específicos para que se pudesse vir a compelir as pessoas jurídicas de direito público na satisfação de pretensões dos cidadãos que importassem em gastos orçamentários ainda não previstos. Não se aplicam ao Estado alemão, portanto, as mesmas regras de execução contra particulares.

Discorrendo sobre o enfrentamento do problema naquele país, Karl-Peter Sommermann explica que a execução forçada por quantia certa contra a Fazenda Pública, "deve estar submetida a algumas restrições, naqueles casos em que a utilização das regras gerais pudesse ameaçar a capacidade de funcionamento da Administração Pública"<sup>876</sup>. Aduz o autor germânico, catedrático de Direito Público da Universidade de Speyer, haver também na Alemanha certos "privilégios do fisco" em

---

precatórios e julgada parcialmente inconstitucional pelo STF. Neste sentido: **STF, ADI 4357** - rel. Min. Ayres Britto, julg. 14/03/2013; **STF, ADI 4425 QO** - rel. Min. Luiz Fux, julg. 25/03/2015. Na doutrina, confira-se: NASCIMENTO, Carlos Valder do; JUSTEN FILHO, Marçal. **Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

<sup>874</sup> DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica. Advocacia administrativa na execução contra a fazenda pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço público**. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Org.). *Execução contra a Fazenda Pública*. Brasília: Série Cadernos do CEJ, v. 23, 2003, p. 125.

<sup>875</sup> DANTAS, Francisco. **Op. cit.**, p. 68.

<sup>876</sup> SOMMERMANN, Karl-Peter. **A execução forçada por quantia certa contra a fazenda pública no direito alemão**. Tradução: Luís Greco. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Org.). *Execução contra a Fazenda Pública* Brasília: Série Cadernos do CEJ, v. 23, 2003, p. 108. Aduz o autor: "Ao regular a execução forçada contra a Fazenda Pública, deve o legislador levar em consideração, tanto o interesse do cidadão em uma realização efetiva de seu direito, como o interesse da coletividade em uma Administração capaz de funcionar. O legislador alemão não criou um Direito de execução unitário, mas diversas regras, que se orientam, por um lado, segundo a respectiva jurisdição, e por outro lado, segundo as pessoas jurídicas de direito público atingidas pela execução". **Ibid.**, **loc. cit.**



matéria de execução forçada, a começar pelo fato de que, para se dar início a uma execução processual civil contra pessoas jurídicas de direito público, é necessária a prévia provocação, pelo credor, da autoridade administrativa competente para a organização das finanças da respectiva entidade<sup>877</sup>. Além disso, não se permite a penhora de bens públicos, aí incluindo os recursos de fundos públicos<sup>878</sup>.

Bem verdade que a Administração alemã tem por costume cumprir diligentemente as determinações judiciais, sendo raras as situações em que se torna necessária a execução civil contra entidades estatais<sup>879</sup> ou até mesmo contra concessionárias, quando se trate de dívidas decorrentes de serviços públicos relacionados a necessidades básicas da população<sup>880</sup>. Entrementes "a questão começa a tornar-se problemática quando o círculo de serviços a serem prestados se torna grande demais e quando, no contexto de uma crise econômica, surja a

---

<sup>877</sup> "Na execução forçada contra a Federação ou um estado, fundada em título oriundo da jurisdição civil, a execução somente poderá ter início quatro semanas após o momento em que o credor manifeste, face à autoridade a que cabe a representação do devedor, sua intenção de proceder à execução forçada. Nos casos em que a execução forçada recaia sobre o patrimônio administrado por outra autoridade que não a que representa o devedor, tal manifestação deve também ser dirigida ao competente ministro das finanças, conforme o § 882a, I, ZPO". *Ibid.*, p. 113.

<sup>878</sup> "Como garantia à capacidade de funcionamento dos entes da Administração Pública, todos os Códigos de Processo Administrativo protegem o patrimônio indispensável da Administração contra a execução. De acordo com § 882, da ZPO, não se permite a execução forçada sobre coisas que sejam indispensáveis para a realização de tarefas públicas do devedor ou cuja alienação contrarie o interesse público. A execução com base em títulos da jurisdição administrativa tem dispositivo análogo, que se encontra no § 170, III, VwGO. A literatura de comentários arrola, como bens indispensáveis para tarefas públicas, 'carro de polícia ou de bombeiros, incluindo os instrumentos necessários para a eliminação do perigo, armamentos dos poderes armados, meios de transporte públicos, prédios da Administração com seu inventário, e análogos'. A proteção contra a execução abrange, por exemplo, também fundos, quando servirem estes para o pagamento de créditos vencidos, sendo, portanto, indispensáveis para a realização de tarefas públicas. Créditos e outros direitos patrimoniais não estão abrangidos pela proteção à execução. Em síntese, fica protegido contra a execução somente o chamado 'patrimônio da Administração' (*Verwaltungsvermögen*), não o patrimônio financeiro (*Finanzvermögen*". *Ibid.*, p. 114.

<sup>879</sup> "Na praxe, a execução individual e coletiva contra a Fazenda Pública só tem tido importância em alguns poucos casos. Graças, tanto à tradição e a ideia que faz de si o Estado de Direito alemão, quanto à cultura administrativa dominante, é de notar-se que a Administração cumpre em grande medida as decisões judiciais. (...) De acordo com a concepção alemã de direito constitucional, não é estranho à separação de poderes que os tribunais possam, além de anular atos administrativos, obrigar a Administração à prática de ações concretas no sentido de realizar os direitos dos cidadãos. Assim, parece conseqüente que a tutela judicial aos direitos subjetivos inclua, quando necessário, medidas coercitivas contra autoridades. O fato de que isto só ocorre em casos excepcionais decorre, finalmente, também de que o funcionário que não cumprir suas obrigações legais e, com isso, criar pretensões de indenização para os cidadãos, possa ser acionado regressivamente". *Ibid.*, p. 116.

<sup>880</sup> "O Direito de execução alemão confere ao Estado, por ora, proteção contra a execução, pouco importando se o Estado se vale de uma forma de organização de direito público ou privado. Isto não é problemático, enquanto o Estado levar a sério sua obrigação de garantir as condições básicas de existência e, com isso, assegurar a disponibilidade de serviços públicos, mesmo quando, na relação externa, atuem pessoas jurídicas de direito privado". *Ibid.*, p. 117.

ameaça de uma insolvência estrutural"<sup>881</sup>. Por conseguinte, mesmo em solo tedesco, tem se reconhecido a importância dos mecanismos diferenciados de execução civil contra a Fazenda Pública, de modo a se adequar o atendimento das pretensões individuais às possibilidades financeiras do Estado e à manutenção da capacidade de funcionamento da Administração Pública, sob pena de o descumprimento de decisões judiciais vir a se tornar a regra na Alemanha<sup>882</sup>.

A referência ao sistema de precatórios, previsto na própria Constituição, obviamente apenas envolve a cobrança de dívidas da Fazenda Pública, pelo que a necessidade de tal procedimento executivo a princípio não tem o condão de obstaculizar a correta prestação dos serviços públicos e o atendimento das pretensões fundamentais dos indivíduos em face do Estado, nem se busca com isso justificar toda e qualquer omissão estatal no atendimento das demandas individuais calcadas em direitos fundamentais sociais.

O que se chama a atenção é que, estando a satisfação de grande parte destas demandas condicionada à existência de recursos orçamentários disponíveis nos mais diversos setores de atuação estatal na área social (saúde, educação, segurança, assistência, moradia etc.), nem sempre se podendo atender, ao mesmo tempo, todas as pretensões direcionadas ao Estado nesta área, há de existir um parâmetro justo e impessoal de regulação dos serviços e do fornecimento de bens aos indivíduos necessitados, sem o que terminará ocorrendo, tal como antes da instituição do precatório ocorria, uma distribuição aleatória de benesses por razões políticas ou em função de ordens judiciais preferenciais que colocam alguns indivíduos na frente de outros na fila do atendimento.

Ora, se para fazer cumprir sentenças condenatórias judiciais transitadas em julgado o remanejamento orçamentário depende de um procedimento requisitório direcionado à autoridade administrativa e com respeito a uma ordem de precatórios prevista na Constituição, segundo a máxima da precedência cronológica (*prior in*

---

<sup>881</sup> **Ibid., loc. cit.**

<sup>882</sup> "Em síntese, é de se insistir que o objetivo da atividade estatal deve ser cumprir, sem mais, as sentenças judiciais, ou seja, as obrigações de pagar e fazer daí decorrentes, bem como as restantes obrigações legais. Na medida em que isto apresente dificuldades práticas, estes deveres precisam ser adequados às possibilidades financeiras. E mesmo que, levando em conta esta diretriz de comportamento, uma execução contra pessoa de direito público se torne bastante improvável, ainda assim deve existir um regime jurídico de execução contra o poder público, que tenha em vista, de um lado, a pretensão do cidadão à tutela de seus direitos, e de outro a manutenção da capacidade de funcionamento da Administração Pública. No caso de não existir essa medida subsidiária, a inobservância de sentenças judiciais, muito facilmente, pode vir a tornar-se a regra". **Ibid.**, p. 117-118.

*tempore, potior in jure*), porque no cumprimento de ordens judiciais liminares haveria de ser diferente? Ainda que se diga que decisões de antecipação de tutela buscam assegurar de imediato um direito fundamental diante de uma situação periclitante de sacrifício deste direito, isto afasta a premissa de que diversos outros indivíduos poderão se ver na mesma situação periclitante e, com isso, estarão sendo preteridos em benefício daquele que chegou depois, porém munido de uma ordem judicial? E teria o juiz acesso a todo o conjunto fático em torno do problema da escassez de recursos que contingencialmente pode estar ocorrendo em determinado serviço público, de modo a enfrentar com equilíbrio tais questões de precedência?

Destarte, entendemos que, em se tratando de bens de consumo rival (ou exclusivos) e relacionados a serviços públicos divisíveis, nos quais o atendimento de pretensões de alguns indivíduos pode inviabilizar que outros sejam de logo atendidos, eventual escassez de recursos necessários à pronta satisfação de todos ao mesmo tempo, desde que demonstrado estar a máquina administrativa funcionando dentro de um padrão razoável e conforme a reserva do possível, infelizmente haverá de ser suportada por aqueles que, em igualdade de condições e de necessidade, tiverem de aguardar a disponibilidade de recursos por parte do Poder Público. Estará havendo aí uma restrição ao direito fundamental, decorrente do conflito com outros direitos fundamentais de igual magnitude.

O que se disse aqui não se aplica a todos os tipos de pretensões fundamentais direcionadas ao Estado, porquanto nem sempre os bens fornecidos pelo Poder Público são de consumo rival, ao menos não no sentido de que o seu fornecimento a um indivíduo por si só implicaria a exclusão de outro. Descabe à Administração invocar genericamente a reserva do possível quando se tratar bens não exclusivos e que possam ser prestados ao indivíduo, sem preterição de qualquer outro, bastando o simples remanejamento na alocação de recursos orçamentários já disponibilizados entre as unidades administrativas para aquele tipo de atendimento. Não estará ocorrendo aí, rigorosamente, um conflito de direitos fundamentais a ponderar, de maneira que eventual descumprimento, pelo Poder Público, no seu dever de assegurar a efetividade do direito fundamental, poderá caracterizar um mau funcionamento da máquina pública, vindo a configurar um dano indenizável de responsabilidade do Estado.

O mesmo ocorre quando, ainda que não detectada falha na prestação do serviço público, tenha o Estado assumido o risco pelo dano decorrente da não efetivação do direito fundamental. Tal será o objeto do nosso tópico final, como veremos na sequência.

#### **4.3.3 Danos indenizáveis nos sacrifícios a direitos fundamentais**

Do quanto expusemos nos tópicos antecedentes, não se cogitará de responsabilidade civil do Estado por omissão nos casos em que a pretensão individual esbarre num *limite imanente* do conteúdo do direito fundamental, localizando-se fora do suporte fático da norma constitucional embasadora do direito subjetivo, sequer se podendo falar aí em dano. E mesmo nas hipóteses em que a pretensão esteja *a priori* abarcada pelo suporte fático da norma constitucional, poderá ainda incidir, como fator externo, uma *restrição* ao direito fundamental com força suficiente para afastar a indenização, a cargo do Estado, pelo dano suportado pelo titular do direito.

Inolvidável, contudo, haver situações em que o Poder Público deve necessariamente atender a pretensões individuais, sob pena de incorrer em sacrifício de direitos fundamentais. Ao tratamos da chamada "restrição às restrições" (ou "limite dos limites") na efetividade dos direitos fundamentais, no item 3.3.4, salientamos haver casos nos quais o Estado precisará fornecer determinadas prestações materiais positivas, de modo a evitar a sua responsabilização por omissão, seja no tocante a danos materiais (indenização equivalente à dimensão econômica da prestação sonegada), seja por danos morais (indenização compensatória do abalo psíquico). Apontamos, então, uma correlação lógica entre os parâmetros de identificação dos deveres do Estado e os de apuração de responsabilidade civil por omissão.

Ao contrário dos limites imanentes - que não produzem danos - ou das restrições - cujos danos não dão azo a que o Estado indenize o prejudicado -, o

sacrifício de direitos fundamentais abre margem a um *dano indenizável*, uma vez constatado o mau funcionamento do serviço estatal (culpa administrativa por omissão genérica), bem como nos casos em que o Estado tenha assumido o risco por danos decorrentes das situações de perigo que criou ou não cuidou de evitar (risco administrativo por omissão específica), havendo nexos causal entre o prejuízo sofrido pelo titular do direito fundamental e a atividade estatal a ele relacionada. Fora daí, o dever estatal de indenizar somente pode ocorrer se, excepcionalmente, existir lei especial prevendo hipótese de risco integral ou de seguro social.

Posto nestes termos o debate, chegamos à conclusão de que tem se verificado no Brasil certa contradição, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, quando se trata de estabelecer parâmetros de exigibilidade de prestações positivas relacionadas a direitos fundamentais e critérios de responsabilidade civil do Estado por omissões em tais prestações.

Como já observado, o STF, notadamente a partir de premissas invocadas em decisões da lavra do eminente ministro Celso de Mello, consolidou a sua jurisprudência no sentido de que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa, razão pela qual não deve o Poder Público invocar justificativas artificiais sob pretexto de insuficiência orçamentária, que acabam por fraudar, frustrar e inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência<sup>883</sup>.

Ora, na medida em que se impõe ao Estado que atenda a todas as pretensões fundamentais na área social (*dever de prestar*), por regra de coerência haveria de ser reconhecer a sua responsabilidade civil extracontratual em todos os

---

<sup>883</sup> "Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004)". **STF, RE 889945** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 24/08/2016. No mesmo sentido: **STF, RE 959426** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 17/06/2016; **STF, RE 581352** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 29/10/2013; **STF, ARE 639337** - rel. Min. Celso de Mello, julg. 23/08/2011.

casos em que tais pretensões não venham a ser atendidas, gerando danos materiais e/ou morais aos que delas necessitem (*dever de reparar*). Vale dizer, ampliando-se praticamente sem limites ou restrições a efetividade dos direitos subjetivos a prestações positivas a cargo do Estado, fazendo surgir uma respectiva amplitude de deveres concretos correlacionados a tais direitos, isso teria de levar a reconhecer, também, a responsabilidade civil do Estado por omissão pelos danos decorrentes do inadimplemento destes deveres, sem espaço para se alegar excludentes do nexo causal.

Partindo de tais premissas, não haveria como logicamente discordar dessa conclusão: *no terreno do mínimo existencial ou do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a responsabilidade civil do Estado teria de ser apurada segundo a teoria do risco integral*. Todavia, tal linha de entendimento não tem sido abraçada pela doutrina e jurisprudência pátrias, que, como vimos no item 4.2.4, seguem refutando a teoria do risco integral, preferindo lançar mão da teoria do risco administrativo (mitigado) para os atos comissivos e até mesmo da teoria da culpa administrativa para os atos omissivos.

Cite-se, por exemplo, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando discorre sobre os deveres do Estado e a sua responsabilidade civil por omissão.

Ao tratar do tema da eficácia das normas constitucionais embasadoras de direitos sociais, Celso Antônio elabora uma classificação que leva em conta não propriamente a tipologia normativa, mas, sim, a posição jurídica dos cidadãos e a imediata geração de direitos para os administrados<sup>884</sup>. Com base nessa classificação, assevera que, mesmo quando a norma constitucional não especifica os meios para viabilizar a concretização do direito social, "a imprecisão ou a fluidez das palavras constitucionais não lhes retiram a imediata aplicabilidade dentro do campo indubitado de sua significação"<sup>885</sup>, razão pela qual reputa meramente ideológica a resistência do Estado em fornecer as prestações positivas necessárias à execução da norma de direito fundamental<sup>886</sup>.

---

<sup>884</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1 ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>885</sup> **Ibid.**, p. 28.

<sup>886</sup> "Ora bem, se em todos os ramos do Direito as normas fazem uso deste tipo de conceitos, sem que jamais fosse negado caber aos juízes fixar seu alcance nos casos concretos - o que está a demonstrar a possibilidade de sacar deles uma certa significação -, por que negar que possam fazê-lo quando se trata de extrair o cumprimento da vontade constitucional? Por que imaginar necessário

Defende o autor, assim, que todas as normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais sociais, inclusive aquelas tradicionalmente tratadas como programáticas, geram imediatamente direitos subjetivos para os cidadãos, chegando a afirmar, até mesmo, que "ação ou omissão do chefe do Executivo que embargue o desfrute dos direitos sociais pode ensejar crime de responsabilidade, pois o art. 85 da Constituição configura como tal o atentado contra o exercício dos direitos sociais"<sup>887</sup>. Exemplificando com o direito fundamental social que tem todo trabalhador brasileiro de receber um salário mínimo com nível satisfatório de poder de compra, na forma do art. 7º, IV, da CF/88, o jurista firma posição de que, não cuidando o legislador de editar norma que obedeça rigorosamente ao comando constitucional, seria cabível suscitar até mesmo a responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa<sup>888</sup>.

Pois bem, chama a atenção que Celso Antônio, apesar de admitir tamanha dose de responsabilidade civil do Estado no que concerne a danos relacionados à não efetivação de direitos sociais, aproximando-a, nesse particular, das teorias do risco, siga adotando, como já vimos no item 4.2.2, posição diametralmente oposta quando aponta a teoria da culpa administrativa como a mais adequada para se investigar a responsabilidade civil do Estado por omissão, reputando imprescindível que se examine o padrão normal de eficiência da atuação estatal, conforme cada contexto histórico e econômico<sup>889</sup>.

Constata-se, pois, que o discurso atenuado da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos não parece se coadunar com o discurso extremado no tocante aos deveres do Estado frente aos direitos fundamentais a prestações positivas na área social, quando se trata de disponibilizar, a todos os que vierem a pleitear, administrativa ou judicialmente, bens e serviços relacionados aos direitos

---

que o Poder Legislativo disponha sobre a matéria para só então considerar o Poder Executivo ou terceiro obrigado a respeitá-los em matéria de liberdades públicas ou de direitos sociais. A explicação é simples. Ainda aqui comparece uma posição ideológica, autoritária, às vezes inconsciente de que nada mais representa senão reminiscência de um autocratismo privilegiado do Estado, mera averbação enaltecida de prerrogativas regalengas". *Ibid.*, p. 29.

<sup>887</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>888</sup> "Disposição que fixar salário mínimo em montante inferior às necessidades de uma existência digna (art.1º, III) será nula. Ensejará ao trabalhador a propositura de ação de responsabilidade patrimonial do Estado pela diferença de valor inconstitucionalmente subtraída". *Ibid.*, p. 59.

<sup>889</sup> "A normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso". BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Op. cit.*, 2007, p. 987.

fundamentais, envolvendo, *v.g.*, o fornecimento de medicamentos de alto custo, internações em UTI, medidas de saneamento básico, fornecimento de habitação, criação de creches em todos os municípios etc.

Ora, ao se considerar que tais prestações devem ser integralmente fornecidas a todos os indivíduos que pleiteiem o atendimento por parte do Poder Público, sem qualquer limite financeiro, seria imposição lógica e inevitável que se considerasse que todos os que não forem atendidos a contento terão, em tese, direito a uma indenização pelos danos causados pelo inadimplemento desse amplo dever do Estado. E uma responsabilidade civil com tamanha magnitude nada mais seria do que adotar a tese do risco integral, sob a forma de um verdadeiro seguro social sem lei específica. Vale dizer, ao menos em matéria de direitos fundamentais, o Estado estaria erigido em "segurador universal".

Cumpram também indagar se tal amplitude de responsabilidade civil por omissão poderia ser atribuída ao Estado em relação a todos os tipos de ameaças sofridas por titulares de direitos fundamentais e que, pelas mesmas razões, deveriam ser objeto do incremento da atuação estatal, evitando a ocorrência de danos por violência urbana, acidentes ou desastres naturais não imputados diretamente ao Estado, mas que tenham ligação remota com serviços públicos gerais por ele prestados à população (polícia, defesa civil, bombeiros etc.). Sob esse prisma, se alguém é assaltado na rua, teria direito a uma indenização a cargo do Estado, alegando mau funcionamento do serviço de segurança pública; ou se uma enchente destrói várias casas ribeirinhas, a responsabilidade civil recairia sempre sobre o Estado, porque, em tese, poderia ter tomado medidas preventivas para afastar o risco para aquelas casas.

O próprio autor acima citado parece não concordar com tais assertivas genéricas, na medida em que, levando em conta todos os interesses da coletividade que cumpre ao Estado prover por meio de serviços públicos, somente admite a responsabilidade por omissão quando comprovada a culpa ou o dolo da Administração Pública, configurando-se uma falha do serviço por omissão dos agentes estatais e havendo nexos causal entre o dano e um descumprimento do dever legal<sup>890</sup>. Ora, a mesma *ratio* deveria levar a concluir não se poder

---

<sup>890</sup> "Ademais, solução diversa conduziria a absurdos. É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um



simplesmente considerar como descumprimento de dever legal qualquer omissão geral do Estado em matéria de prestações positivas voltadas ao atendimento de pretensões fundamentais, quando estejam sendo observadas as condições normais de funcionamento do serviço público e dentro da reserva do possível.

Pergunta-se, então: haveria responsabilidade civil do Estado diante da morte de um paciente enquanto aguardava vaga na unidade de terapia intensiva de um hospital público, quando não constatada qualquer negligência por parte dos agentes de saúde? Ou por falta de medicamento de alto custo que não integra a relação nacional de medicamentos e por isso não foi disponibilizado a tempo e modo ao paciente? Indo além, deveria o Estado, em respeito ao direito fundamental à moradia, indenizar todas as pessoas que perderam as suas casas em razão de enchente, incêndio ou qualquer outro evento no qual não tenha havido qualquer participação de agentes públicos?

Pois bem, o Superior Tribunal de Justiça foi chamado a decidir caso envolvendo incêndio numa casa de shows, quando se buscou responsabilizar civilmente o Poder Público por descumprimento no dever de fiscalização da segurança do estabelecimento comercial, tendo a Corte afastado tal imputação, por ausência de culpa administrativa e nexo causal entre o dano e a suposta omissão do Estado<sup>891</sup>. A responsabilidade civil do Estado, em decorrência de eventos desta

---

assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o 'serviço funcionou mal'. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo de água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há de cogitar de responsabilidade pública". *Ibid.*, p. 989.

<sup>891</sup> "Trata-se de ação indenizatória por danos morais e materiais manejada em face de município em razão de incêndio em estabelecimento destinado a *shows*, o que ocasionou a morte do marido e pai dos autores. *In casu*, o tribunal de origem entendeu tratar-se de responsabilidade subjetiva do Estado por conduta omissiva, porquanto uma fiscalização efetiva por parte dele teria obstado a realização do evento sem as devidas medidas preventivas. Daí, o especial interposto pelo município, discutindo, entre outros temas, a violação dos arts. 186 e 947 do CC/2002 e alegando a ausência do nexo de causalidade; não havendo, portanto, que se aduzir a responsabilidade municipal no acidente. Destacou o Min. Relator que, a jurisprudência deste Superior Tribunal tem se posicionado no sentido de que, em se tratando de conduta omissiva do Estado, a responsabilidade é subjetiva, devendo ser discutida a culpa estatal. Isso porque, na seara de responsabilidade subjetiva do Estado por omissão, é imprescindível comprovar a inércia na prestação do serviço público, bem como demonstrar o mau funcionamento do serviço, para que seja configurada a responsabilidade. No entanto, além da perquirição da culpa do agente, há de se verificar o nexo de causalidade entre a ação estatal

natureza, somente é declarada quando se trate de um risco administrativo que, em proveito da coletividade, tenha sido criado e assumido exclusivamente pelo próprio Poder Público, circunstância em que eventual falha na fiscalização (ausência de monitoramento) é considerada uma omissão específica, atraindo o mesmo regime jurídico dos atos comissivos. Assim decidiu o STJ em diversos casos envolvendo rompimento de barragens<sup>892</sup>.

Não é difícil perceber que nas situações em que se aponta omissão por parte de agentes públicos, a responsabilidade civil do Estado apenas tem sido reconhecida quando o dano decorre de mau funcionamento dos serviços estatais, abaixo dos padrões de normalidade que razoavelmente se espera no atendimento a todos os cidadãos (culpa na omissão genérica), ou de algum fato extraordinário cujo risco tenha sido criado e assumido pelo próprio Estado, decorrendo daí o nexo causal com o dano (risco na omissão específica). Todavia, no momento em que se pretende, em matéria de direitos fundamentais sociais, defender o amplo dever do Poder Público no atendimento de todas as pretensões a ele direcionadas em nome desses direitos, o que se está fazendo, por vias transversas, é justificar a responsabilidade civil do Estado por risco em todos os casos de omissões genéricas, o que equivale à adoção da teoria do risco integral.

Não soa coerente que a doutrina, em tema de efetividade dos direitos fundamentais sociais, afirme o pleno dever do Estado em assegurar a todos os cidadãos as prestações positivas garantidoras do mínimo existencial, enquanto, ao tratar da responsabilidade civil do Estado, siga empregando a teoria da culpa

---

(comissiva ou omissiva) e o dano. No caso dos autos, o dano ocorrido - incêndio em casa de *shows* - não revela nexo de causalidade entre a suposta omissão do Estado, porquanto a causa dos danos foi o *show* pirotécnico realizado por banda de música em ambiente e local inadequados, o que não enseja responsabilidade do município se sequer foram impostas por ele exigências insuficientes ou inadequadas, ou na omissão de alguma providência que se traduza como causa eficiente e necessária do resultado danoso. Dessarte, o evento danoso não decorreu de atividade eminentemente estatal, mas sim de ato de particulares estranhos à lide. Dessa forma, as razões expostas no *decisum* recorrido revelam o descompasso entre o entendimento do tribunal local e a circunstância em que o evento ocorreu por ato exclusivo de terceiro, não havendo nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano ocorrido". **STJ, REsp 1.040.895** - rel. Min. Luiz Fux, julg. 01/06/2010 (Informativo STJ n. 437). No mesmo sentido: **STJ, REsp 888420** - rel. Min. Luiz Fux, DJ de 27/05/2009.

<sup>892</sup> Cite-se, v.g.: **STJ, AgRg 1443990** - rel. Min. Assusete Magalhães, DJ de 10/02/2016; **STJ, AgRg 702705** - rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 11/11/2015; **STJ, AgRg 1.407.857** - rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 07/04/2015; **STJ, AgRg 521.850** - rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ de 27/08/2014; **STJ, AgRg 1.435.149** - rel. Min. Humberto Martins, DJ de 01/07/2014; **STJ, AgRg 507.921** - rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 05/08/2014; **STJ, REsp 1.441.212** - rel. Min. Og Fernandes, DJ de 28/04/2014.

administrativa para as omissões genéricas. Ao se insistir na primeira premissa, seria preciso, então, reescrever-se os manuais de Direito Público, fazendo neles constar que a teoria do risco integral é a teoria acolhida no Brasil quando se cuida de indenizar danos materiais e/ou morais decorrentes de omissões estatais no fornecimento de prestações positivas necessárias à garantia do núcleo essencial e intangível dos direitos fundamentais sociais, em todos os casos e sob quaisquer circunstâncias.

Nesse passo, seria preciso defender que se a Administração Pública, ainda que por razões contingenciais, deixou de realizar gratuitamente, pelo SUS, um procedimento cirúrgico complexo e de alto custo que poderia salvar a vida de um paciente, tendo vindo este a óbito, deverá o Estado ser responsabilizado a indenizar a família do paciente vitimado pelos danos materiais e morais decorrentes da perda do ente querido<sup>893</sup>. O mesmo haveria de se aplicar - e porque não? - em casos de danos oriundos da notória insuficiência de ações nas áreas de segurança pública, saneamento básico, alimentação, habitação, educação, dentre outras. É o que se imagina possa vir a acontecer, para que se garanta a coerência do sistema jurídico quanto aos deveres e responsabilidades do Estado.

---

<sup>893</sup> Registre-se já haver precedentes jurisprudenciais reconhecendo a responsabilidade civil do Estado por omissão no fornecimento de medicamentos de alto custo. Nesse sentido: "Portador de insuficiência renal crônica submetido a transplante, apesar de obter liminar em MS garantindo o fornecimento do remédio para evitar rejeição, perdeu o órgão transplantado devido à falta do fornecimento da medicação pelo Estado. Em razão do descumprimento da decisão judicial, pleiteia indenização por danos materiais e morais. A Turma negou provimento ao recurso do Estado, confirmando a decisão *a quo* de indenizá-lo, pois consignada no acórdão recorrido a existência do nexos causal entre a omissão do Estado e o dano sofrido. Outrossim, ressaltou o Min. Relator que o Estado, compelido por decisão judicial, atendeu e interrompeu sem explicação o fornecimento da medicação, restando caracterizada a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da ação de indenização e configurar sua inequívoca responsabilidade". **STJ, REsp 686.208** - rel. Min. Luiz Fux, jul. 16/6/2005 (Informativo STJ n. 251); "(...) Na hipótese, o Município do Rio de Janeiro, ora agravante, e o Estado do Rio de Janeiro, com fundamento na denominada teoria da perda de uma chance, foram condenados, de forma solidária, ao pagamento de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), a título de indenização por danos morais, decorrentes da demora no cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos, determinada por decisão judicial, o que ocasionou a morte do marido da parte autora, ora agravada. (...) Com efeito, "a jurisprudência desta Corte admite a responsabilidade civil e o conseqüente dever de reparação de possíveis prejuízos com fundamento na denominada teoria da perda de uma chance, 'desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória' (...) No caso, as instâncias de origem, com fundamento no conjunto fático-probatório dos autos, reconheceram a responsabilidade de ambos os entes públicos, bem como a presença dos requisitos ensejadores do dever de indenizar, pela perda de uma chance, já que a demora no cumprimento da decisão judicial, que determinara o fornecimento de medicamento imprescindível à manutenção da saúde do paciente, reduziu a sua possibilidade de sobrevivência". **STJ, AgRg 173148** - rel. Min. Assusete Magalhães, DJ de 15/12/2015.

A prevalecer esse entendimento, a tendência no Direito Público será, quem sabe, caminharmos para um modelo similar ao que já vem sendo defendido por alguns autores no Direito Privado, concebendo-se uma *ampliação das hipóteses de responsabilidade solidária*, de modo a se operar, nas palavras de Anderson Schreiber, uma gradativa "modificação interna à própria responsabilidade civil, que venha a substituir uma responsabilidade individual por uma *responsabilidade social*"<sup>894</sup>. Sustenta Schreiber que, com o crescimento econômico verificado no Brasil nas últimas décadas e em decorrência de programas assistenciais instituídos pelo governo, elevando consideravelmente o padrão de vida da população pobre do país, nunca o princípio da solidariedade social esteve tão em evidência quanto agora, o que, no terreno da responsabilidade civil, levou a que se relativizasse cada vez mais a culpa e o nexa causal em prol do ressarcimento de danos<sup>895</sup>.

Discordamos de tamanha magnitude atribuída à responsabilidade civil, sobretudo em se tratando de um ente coletivo como o Estado brasileiro, que, por

---

<sup>894</sup> "Na esteira das correntes mais difusas do pensamento atual, as decisões judiciais têm sido cada vez mais influenciadas pela ideia de que todos somos *culpados* e de que todos somos *causadores* de todos os danos sofridos em sociedade - ideia que, em última análise, caracteriza a própria filosofia social do século XX, e que se tem infiltrado na aplicação da responsabilidade civil, mas sem que o instituto tenha sido adaptado para perseguir o novo resultado. Tem-se, em razão disso, uma intensa flexibilização dos filtros de reparação, e um deslocamento gradual das atenções em direção ao dano, tudo a favorecer a condenação do réu, mesmo à margem da configuração dos tradicionais pressupostos de responsabilização. Atende-se, dessa forma, a um princípio amplamente celebrado de *reparação integral* do dano sofrido pela vítima, mas ao mesmo tempo se impõe sobre o réu, individualmente, um ônus excessivo e, pior, incerto, na medida em que as regras da responsabilidade são flexibilizadas para se alcançar este resultado. (...) Melhor do que permanecer neste dilema é, sem dúvida, optar pela diluição do ônus reparatório entre toda a coletividade ou entre grupos de agentes potencialmente lesivos. (...) Aceita a nova e abrangente feição da responsabilidade civil, mecanismos diversos se apresentam no sentido de promover, paralelamente aos remédios tradicionais, a diluição do ônus reparatório na sociedade. O principal deles continua sendo, contudo, o mecanismo securitário, seja sob a forma de seguridade social, seja sob a forma de seguros privados obrigatórios". SCHREIBER, Anderson. **Op. cit.**, p. 226-237.

<sup>895</sup> "A solidariedade social consubstancia-se, sem dúvida alguma, em um dos princípios vetores do direito contemporâneo. A influência dos ideais solidários e do reconhecimento do caráter normativo do princípio da solidariedade social, por toda parte difundido, provocou efeitos revolucionários em diversos setores do direito privado, temperando sua histórica orientação liberal e individualista. Também na responsabilidade civil, esta influência se fez sentir intensamente. Muito além da costumeira alusão às hipóteses legais de responsabilidade objetiva, a solidariedade social promoveu radical transformação na própria função atribuída a este ramo jurídico, especialmente por meio de uma gradativa conscientização de que o escopo fundamental da responsabilidade civil não deve ser a repressão a condutas negligentes, mas a reparação de danos. A transferência do foco da responsabilidade civil em direção ao dano, com relativa perda de importância da culpa e do nexa causal na filtragem das demandas indenizatórias, denota, como já repetidamente enfatizado, um afastamento do paradigma da imputabilidade moral em favor de um sistema de reparação capaz de efetivamente proteger as vítimas dos comportamentos - *rectius*: dos fatos - lesivos. A ideia de solidariedade vem, assim, se imiscuindo nas bases teóricas da responsabilidade civil e na própria filosofia que a sustenta. Há, cada vez mais, solidariedade na culpa (*todos somos culpados pelos danos*) e solidariedade na causa (*todos causamos danos*), e o passo necessariamente seguinte é o de que haja solidariedade na reparação (*todos devemos reparar os danos*). **Ibid.**, p. 224-225.

imposição constitucional, há de marcar grande presença na vida das pessoas, dado o amplo modelo de intervenção social contemplado na Carta Magna de 1988. Com efeito, sendo gigantesco o número de relações jurídicas travadas entre o Estado e todos os indivíduos que precisam ser por ele atendidos, transformá-lo num *prestador universal* - levando ao extremo a amplitude do suporte fático das normas de direitos fundamentais e de modo a assegurar qualquer tipo de prestação positiva, sem importar aspectos quantitativos ou qualitativos - seria o mesmo que tratá-lo como *segurador universal* em termos de responsabilidade civil por omissão.

A simpática ideia de uma ampla *responsabilidade social* na reparação de danos decorrentes de omissões estatais nada mais significa do que sustentar, em caráter geral, a aplicação da teoria do risco integral. Pressupõe-se, com isso, a infalibilidade e a plena solvência do Estado, responsabilizando-o por infortúnios que, a depender da linha de argumentação, podem sempre estar relacionados a algum descumprimento do dever abstrato de agir, independente das contingências fáticas ou jurídicas. E esse tipo de argumento decerto encontraria terreno fértil não apenas na área da saúde pública, como em qualquer dos mais diversos serviços estatais que remotamente estejam voltados à satisfação de direitos fundamentais sociais.

Uma vez que nem a doutrina nem a jurisprudência tem acolhido tal modalidade extremada de risco administrativo, sempre cuidando de analisar eventuais excludentes do nexo causal entre o dano e a omissão estatal, a grande questão a enfrentar, quando se trata de especificar quais as prestações positivas concretas que o Estado teria o dever de fornecer para fins de efetivação dos direitos fundamentais e respeito ao mínimo existencial, continua relacionada aos parâmetros jurídicos de ponderação com a cláusula da reserva do possível, o que, como visto, encontra-se na dependência do fenômeno da escassez, presente qualquer que seja o nível de desenvolvimento do país.

Defendemos aqui a tese de que o *dever do Estado* no atendimento de pretensões fundamentais há de sempre estar correlacionado à *responsabilidade civil do Estado* por eventuais prejuízos decorrentes do não atendimento. Tal correlação precisa ser adequadamente compreendida no momento em que se interpreta o texto constitucional, dele extraído o alcance a ser dado à norma de direito fundamental na sua aplicação concreta e voltada para um determinado *dever de prestação*, atentando-se que dita interpretação implicará reconhecer, também, um hipotético

*dever de reparação* em caso de danos por omissão do Estado na respectiva prestação.

Seguindo a lógica desse raciocínio, tem-se que, havendo uma pretensão individual direcionada a certa prestação positiva e concreta que se entende a cargo do Estado, somente se configurará *sacrifício* de direito fundamental em hipóteses nas quais se possa declarar que, caso o Estado venha a se omitir na prestação pretendida, o titular do direito estará *ipso jure* investido na condição de credor de uma reparação por danos materiais ou morais decorrentes desta omissão. Em suma: descabe atribuir ao Poder Público um *dever de prestar* sem um correspondente *dever de reparar*.

Destarte, em qualquer questionamento sobre a não efetivação de direitos fundamentais por meio de prestações positivas nos casos concretos, três situações se afiguram possíveis:

1<sup>a</sup>) *A prestação positiva pretendida não encontra amparo na norma de direito fundamental* - São as situações em que a prestação concreta localiza-se fora do perfil jurídico do direito fundamental (limites imanentes), de modo que, admitir-se hipoteticamente um dano indenizável decorrente da omissão estatal, equivaleria a guindar o Estado à condição de segurador universal. É o que ocorreria, por exemplo, ao se entender que, em nome do direito fundamental social à moradia, o Estado estaria obrigado a providenciar gratuitamente casa própria para todos os brasileiros que ainda não a adquiriram<sup>896</sup>. A rigor, não estando tal dimensão de pretensão abarcada pelo suporte fático da norma de direito fundamental, sequer se poderia falar em *dano* decorrente do não fornecimento da prestação positiva.

---

<sup>896</sup> Apesar de ser o direito à moradia um direito fundamental social que envolve tanto direitos de defesa quanto direitos a prestações, no Brasil a sua efetivação depende de programas e políticas públicas que não incluem, como regra, o fornecimento gratuito de moradias em caráter universal. O Estado tem feito a sua parte criando linhas de financiamento facilitado para a aquisição de casa própria por indivíduos de baixa renda (v.g. a criação do Fundo de Habitação de Interesse Social (FNHIS), o programa *Minha Casa, Minha Vida* etc.). Assegurou-se o direito à assistência técnica pública e gratuita apenas para o projeto e a construção de habitação em prol de famílias de baixa renda, que se sujeitam, contudo, a um gradativo processo de seleção, na forma da Lei 11.888/2005. Mesmo em casos emergenciais, como desastres naturais, com desocupação pela defesa civil etc., tem-se recorrido a medidas de apoio provisório tais como o aluguel social ou a utilização de abrigos públicos. Sobre o tema, ver: SANTOS, Angela Moulin Simões; MEDEIROS, Mariana Gomes Peixoto; LUFT, Rosângela Marina. **Direito à moradia: um direito social em construção no Brasil: a experiência do aluguel social no Rio de Janeiro**. Disponível em: [http://www.rii.sei.ba.gov.br/anais\\_xiii/gt3/gt3\\_angela.pdf](http://www.rii.sei.ba.gov.br/anais_xiii/gt3/gt3_angela.pdf). Acesso em 29/09/2016.

2ª) *A prestação positiva pretendida encontra amparo na norma de direito fundamental, porém, esbarra numa restrição justificável a tal direito* - São casos em que circunstancialmente o não fornecimento da prestação não abre ensejo ao reconhecimento de um eventual dever de reparação por omissão estatal, eis que afastada a hipótese de dano indenizável ante a ausência de culpa administrativa ou de nexo causal entre o dano e a conduta omissiva do Estado. Em tais situações, a pretensão fundamental encontra-se abarcada pelo suporte fático da norma constitucional, mas não vem a ser atendida em razão da natureza de consumo rival do bem econômico e uma justificável escassez de meios para o atendimento simultâneo de todas as pretensões, havendo um conflito de direitos entre indivíduos em igualdade de condições. Portanto, em que pese cogitar-se de um dano, esse não é indenizável pelo Estado. É o que ocorre, conforme exemplo já mencionado no item 3.3.3, com as vagas em unidades de terapia intensiva nos hospitais da rede pública, cuja disponibilidade deve necessariamente obedecer a uma regulação que leve em conta a demanda existente em cada momento, a ordem de chegada ou o grau de risco dos pacientes. O mesmo acontece com as prestações positivas na área de segurança pública, por não ser possível para o Estado atender pretensões individuais mediante um policiamento infalível que garanta a plena e simultânea proteção de todas as pessoas que circulam pelas ruas, de modo que o direcionamento do serviço à inibição da violência urbana em certas áreas acaba se dando em detrimento de outras. Logo, se observado que o serviço público vem funcionando sob razoáveis parâmetros de normalidade, eventual sacrifício de direito em tais casos não estaria se dando em razão de descumprimento de um dever por parte do Estado, descabendo imputar a este a responsabilidade civil por violação do direito fundamental.

3ª) *A prestação positiva pretendida encontra amparo na norma de direito fundamental e a omissão do Estado em fornecê-la configura sacrifício de tal direito* - Estando a pretensão fundamental abarcada pelo suporte fático da norma constitucional e não havendo uma razão justificável para a escassez dos meios que poderiam viabilizar o pleno atendimento de todas as pretensões individuais da mesma natureza e em igualdade de condições, a omissão no fornecimento da prestação positiva nessas situações levará a se reconhecer, de plano, a responsabilidade civil do Estado e o conseqüente dever de reparação por eventuais

danos. Tal é o caso, também já citado no item 3.3.3, do fornecimento de medicamentos a pacientes carentes, como falaremos a seguir.

O acesso gratuito a medicamentos já constitui uma política pública adotada pelo Estado brasileiro (*Política Nacional de Assistência Farmacêutica - PNAF*)<sup>897</sup>, tendo o Ministério da Saúde elaborado, inclusive, uma relação nacional de medicamentos essenciais (RENAME), mediante planejamento orçamentário no âmbito do SUS, com a organização e categorização dos recursos para o financiamento da assistência farmacêutica, incluindo aí o chamado *componente especializado*, que tem como objetivo garantir à população o acesso a medicamentos para agravos crônicos, comumente chamados de "medicamentos de alto custo"<sup>898</sup>.

Nos termos da Portaria GM/MS 1554/2013, o referido componente especializado é uma estratégia de acesso a medicamentos, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em *Protocolos Clínicos e*

---

<sup>897</sup> "A estratégia nacional de ciência, tecnologia e inovação em saúde, incluindo os insumos estratégicos na área da saúde, na qual se insere a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), norteia as decisões relativas à política pública voltada para a garantia do acesso integral, equânime e universal aos medicamentos no âmbito do SUS. Constitui uma dimensão estratégica crucial para garantir o direito à saúde a todos os cidadãos brasileiros, com base em critérios científicos e de racionalidade individual e sistêmica. Esta Política, coordenada nacionalmente pelo Ministério da Saúde em articulação com os Estados e Municípios, mediante os programas e ações desenvolvidos pela Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) tem impacto significativo na Política Nacional de saúde, visto que os medicamentos são instrumentos essenciais à prática clínica, sendo seu uso racional articulado com uma perspectiva que coloca o cidadão, e não apenas o produto, no centro das ações de promoção, prevenção e atenção à saúde". BRASIL. **Componente Especializado da Assistência Farmacêutica: inovação para a garantia do acesso a medicamentos no SUS**. Brasília : Ministério da Saúde, 2014, p. 17.

<sup>898</sup> "A Assistência Farmacêutica no SUS está organizada por meio de Componentes, sendo que cada Componente possui características distintas. O Componente Básico objetiva disponibilizar medicamentos para os agravos mais prevalentes na população (como diabetes e hipertensão arterial sistêmica). É financiado com recursos tripartite, sendo os medicamentos adquiridos, na sua maioria, pelos municípios e dispensados aos usuários nas unidades básicas de saúde. O Componente Estratégico objetiva disponibilizar medicamentos para tratamento de agravos endêmicos característicos do país (tuberculose, hanseníase, doença de Chagas, esquistossomose, entre outras), além das DST/ Aids. O financiamento é de responsabilidade exclusiva do Ministério da Saúde por meio de aquisições centralizadas dos medicamentos, os quais são dispensados aos usuários nas unidades básicas de saúde ou nas secretarias estaduais de saúde, de acordo com a organização local. O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica substituiu, em 2010, o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional ou, popularmente denominado de 'medicamentos de alto custo' e objetiva garantir os medicamentos para agravos crônicos, cujos custos de tratamento são os mais elevados. O financiamento é de responsabilidade da União, estados e Distrito Federal, em um modelo que visa à manutenção do equilíbrio financeiro entre esses entes federativos. Os medicamentos são adquiridos pelo Ministério da Saúde ou pelos estados e Distrito Federal e devem ser dispensados nas unidades básicas de saúde ou nas secretarias estaduais de saúde, de acordo com a organização local". *Ibid.*, p. 25.



*Diretrizes Terapêuticas (PCDT)*, periodicamente publicados pelo Ministério da Saúde. O acesso aos medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas no âmbito do componente será garantido mediante a pactuação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com diferentes responsabilidades<sup>899</sup>. Ao lado disso, a RENAME vem sendo permanentemente atualizada, com a inclusão de novos medicamentos mediante atualização e revisão dos referidos protocolos<sup>900</sup>.

Anteriormente, os termos "medicamentos excepcionais" ou de "alto custo" eram utilizados para designar medicamentos que ainda não estavam na RENAME, por não serem considerados essenciais pelo SUS. Todavia, desde a publicação do Decreto 7508/2011, "o conceito de essencialidade foi ampliado e a RENAME passou a conter todos os medicamentos ofertados, independentemente da prevalência do agravo ou do custo dos medicamentos"<sup>901</sup>.

Apesar de o fornecimento de medicamentos envolver bens econômicos de consumo rival, o grau de exclusividade de tais bens pode ser diminuído a depender da disponibilidade de recursos materiais, dado o seu volume de produção. Logo, a partir do momento em que o Estado adota uma política pública voltada a tal prestação positiva e aloca recursos financeiros específicos e suficientes para executá-la, confere a certos bens rivais o mesmo tratamento jurídico dado aos bens

---

<sup>899</sup> Ainda de acordo com a citada portaria, há medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, cuja aquisição é por ele centralizada e são depois fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação. Além disso, existem medicamentos cujo financiamento dá-se mediante transferência de recursos financeiros pelo Ministério da Saúde, porém a aquisição deve ser feita pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação. Há, ainda, medicamentos sob integral responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal, tanto quando ao financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação. Por fim, há medicamentos cuja aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação dá-se sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios.

<sup>900</sup> Segundo dados do Ministério da Saúde, expandiu-se a cobertura para as doenças crônicas, cujos tratamentos são mais caros, "com a revisão permanente dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas e a inclusão de novos medicamentos. Em 2003 foram investidos R\$ 516 milhões, passando para R\$ 4,9 bilhões em 2014 (crescimento de 9,5 vezes). O número de produtos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME foi ampliado e conta hoje com 848 itens (em 2010 eram 550). São medicamentos para os agravos da atenção básica, estratégico, especializada e hospitalar. Esta ampliação somente foi possível com a Criação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – CONITEC, a qual estuda as vantagens dos novos medicamentos com base nas melhores evidências científicas disponíveis. A atualização da lista de produtos do SUS é permanente e, na sua grande maioria, após a incorporação, são alocados no CEAF". BRASIL. **Componente Especializado da Assistência Farmacêutica: inovação para a garantia do acesso a medicamentos no SUS**. Brasília : Ministério da Saúde, 2014, p. 21.

<sup>901</sup> *Ibid.*, p. 26, nota de rodapé.

de consumo não rival, viabilizando com isso a universalidade do atendimento a todos em igualdade de condições e conforme os parâmetros já definidos pelo SUS. Nesse cenário, tem-se que, a princípio, uma eventual omissão do Estado no fornecimento terá se dado não propriamente por escassez de recursos mas, sim, por falta de adequado planejamento na distribuição dos bens disponíveis, atraindo a sua responsabilidade civil por culpa administrativa.

Pode-se então afirmar que a prestação positiva consistente no pleno fornecimento de medicamentos já definidos em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas integra o suporte fático da norma de direito fundamental à saúde extraída do art. 196 da Carta Magna de 1988, não cabendo ao Estado brasileiro invocar o princípio da reserva do possível no sentido de frustrar a pretensão individual à obtenção de medicamento previsto na referida relação oficial<sup>902</sup>. Também não é dado ao Poder Público, nesse caso, pretender fazer incidir a reserva do possível a título de restrição ao conteúdo do direito fundamental à saúde, salvo se demonstrar (e não apenas alegar) fatores externos e contingenciais que extraordinariamente reduzam a eficácia da norma de direito fundamental no caso concreto.

No que concerne aos medicamentos ainda não incluídos na RENAME, mas com evidências técnicas de eficiência no combate a doenças graves, há controvérsias sobre se também estariam abarcados pelo suporte fático da norma de direito fundamental, assim como há divergências em relação a medicamentos ainda não registrados pelo competente órgão sanitário.

O tema está sendo objeto de extenso debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal, já havendo repercussão reconhecida no bojo do julgamento dos Recursos Extraordinários 566471 e 657718, os quais tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do SUS e de medicamentos não registrados na ANVISA.

O julgamento teve voto do relator, Min. Marco Aurélio, no sentido de que o Estado pode ser obrigado a fornecer remédios de alto custo ainda não disponíveis no sistema, quando comprovadas a imprescindibilidade do medicamento e a

---

<sup>902</sup> Neste sentido as palavras do ministro Gilmar Mendes: "o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público e determinada política pública de saúde parece evidente". **STF, STA. AgR. 175** - Julg. 17/03/2010.

incapacidade financeira do paciente e sua família para a aquisição. Saliou-se que objeções e argumentos genéricos de cunho administrativo não podem subsistir ante a existência de violação ao mínimo existencial, razão pela qual se justifica a atuação judicial subsidiária em situações não alcançadas pelas políticas públicas já estabelecidas, independentemente da existência de reserva orçamentária. Por outro lado, aduziu o relator que o direito subjetivo individual ao fornecimento de um medicamento de alto custo pelo Estado, quando não incluído na política nacional de medicamentos, demanda "comprovação da imprescindibilidade, adequação e necessidade, e da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária"<sup>903</sup>. Entendeu o ministro que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora, ressaltando que o art. 12 da Lei 6.360/1976 estabelece que nenhum medicamento pode ser industrializado, comercializado ou entregue ao consumo sem registro no Ministério da Saúde e quando não haja consenso científico, sob pena de se colocar os cidadãos em risco<sup>904</sup>. Ressalvou, contudo, a possibilidade de custeio do medicamento pelo Estado, desde que esteja comprovada a sua eficácia, haja registro do medicamento em outros países e sem similares no Brasil<sup>905</sup>.

Para o ministro Luís Roberto Barroso, "o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde", somente devendo interferir em situações extremas, considerando que já existe uma relação nacional de medicamentos, bem como um órgão técnico encarregado de atualizar tal relação, qual seja a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, instituída pela Lei 12.401/2011. Portanto, tratando-se de medicamento ainda não incorporado pelo SUS, o Estado somente poderia ser obrigado a fornecê-lo em situações excepcionais, eis que "não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas"<sup>906</sup>.

---

<sup>903</sup> Notícias do STF em 15/09/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325411&caixaBusca=N>. Acesso em 21/09/2016.

<sup>904</sup> **Idem.**

<sup>905</sup> Conforme aditamento do voto ofertado na sessão plenária do STF, em 28/08/2016. Notícias do STF em 28/09/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>. Acesso em: 29/08/2016.

<sup>906</sup> O ministro Barroso propôs cinco requisitos cumulativos, que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde: "incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo

Quanto ao fornecimento de medicamentos não registrados, o ministro Barroso votou no sentido de que, tendo o registro na ANVISA a finalidade de proteger a saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, bem como o devido controle de preços, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias) e desde que preenchidos três requisitos: "1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil". Em qualquer caso, "o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas"<sup>907</sup>.

No mesmo julgamento, o ministro Edson Fachin argumentou que as tutelas visando o fornecimento de medicamento ou tratamento ainda não incorporado à rede pública "devem ser – preferencialmente – pleiteadas em ações coletivas ou coletivizáveis, de forma a se conferir máxima eficácia ao comando de universalidade que rege o direito à saúde"<sup>908</sup>. Por isso, a prestação individual nestes casos deve ser excepcional, demandando ampla produção de provas, na qual se demonstre que a opção disponibilizada pela rede pública é ineficiente para o caso concreto e que o medicamento pretendido esteja baseado nos critérios da "Medicina baseada em evidências"<sup>909</sup>.

No tocante aos medicamentos ainda não registrados, o ministro Fachin propôs a seguinte tese: "No âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao

---

SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo". Por conseguinte, o ministro formulou a seguinte tese de repercussão geral: "O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos". **Idem.**

<sup>907</sup> **Idem.**

<sup>908</sup> **Idem.**

<sup>909</sup> O ministro Fachin apresentou cinco parâmetros para que seja solicitado ao Poder Judiciário o fornecimento e custeio de medicamentos ou tratamentos de saúde. São eles: 1) necessária a demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública; 2) preferencial prescrição por médico ligado à rede pública; 3) preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional); 4) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública; 5) e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS. **Idem.**

Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa". Isto porém, não obsta que o Judiciário possa controlar a legalidade dos atos da agência, inclusive no que diz respeito à demora ou recusa de registro<sup>910</sup>.

A princípio, entendemos que, por já haver o Estado brasileiro adotado uma política pública voltada ao amplo fornecimento de medicamentos para doenças crônicas, ainda que de elevado custo, foi assegurado um direito subjetivo *prima facie* aos indivíduos que necessitem desse tipo de atendimento, incorporando-se a respectiva pretensão ao suporte fático da norma constitucional de proteção à saúde.

Apesar de serem bens econômicos rivais e heterogêneos (de diferentes qualidades, conforme a necessidade de cada usuário<sup>911</sup>), abriu-se espaço a que pretensões desta natureza pudessem ser direcionadas contra o Estado, o que, conforme entendemos, ocorrerá ainda que determinada medicação não esteja incluída na relação oficial do SUS, mas já conte com eficiência suficiente reconhecida por profissionais médicos, com base em revistas especializadas, pesquisas e testes avaliados por órgãos de controle de outros países, sem que haja indicação de medicação similar disponível na rede pública. É de se observar também que os custos dos medicamentos pretendidos normalmente são compatíveis com os de outros medicamentos já fornecidos pelo serviço público, razão pela qual, inclusive, o componente especializado da assistência farmacêutica vem sendo cada vez mais ampliado<sup>912</sup>.

Ao contrário de outras prestações positivas que demandam grande estrutura física de serviços ou despesas com manutenção de equipamentos e com pagamento

---

<sup>910</sup> O ministro Fachin considerou que para que a garantia do direito à saúde seja materializada pelo Poder Judiciário devem ser observadas, de modo não cumulativo, algumas premissas: 1) controle de legalidade (não deve haver erro manifesto na aplicação da lei, nem pode existir abuso de poder); 2) controle da motivação (afirmar se as razões do ato regulatório foram claramente indicadas, estão corretas e conduzem à conclusão a que chegou a administração pública); 3) controle da instrução probatória da política pública regulatória (exigir que a produção de provas, no âmbito regulatório, seja exaustiva, a ponto de enfrentar uma situação complexa); e 4) controle da resposta em tempo razoável (que impõe à agência o dever de decidir sobre a demanda regulatória que lhe é apresentada, no prazo mais expedito possível). **Idem.**

<sup>911</sup> Vide item 3.3.1.

<sup>912</sup> Dentre os diversos aspectos do modelo de gestão atualmente adotado pelo Ministério da Saúde, destaca-se a "garantia da revisão permanente do elenco de medicamentos a partir das análises de incorporação pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (CONITEC)". BRASIL. **Componente Especializado da Assistência Farmacêutica: inovação para a garantia do acesso a medicamentos no SUS.** Brasília : Ministério da Saúde, 2014, p. 18.

de pessoal, a aquisição de medicamentos pelo Estado, para fins de fornecimento gratuito na rede pública, requer apenas o emprego de recursos que já se encontram alocados em fundo específico. Ademais, havendo o adequado planejamento, o impacto financeiro pode ser diminuído com a "utilização do poder de compra do Ministério da Saúde para otimizar os recursos disponíveis, com expressivas reduções de preços que viabilizam a incorporação, a ampliação do acesso e a integralidade da linha de cuidado"<sup>913</sup>.

No momento em que o Estado, adotando uma política pública no sentido de concretizar direitos fundamentais, organiza as suas finanças a ponto de fornecer gratuitamente medicamentos de elevado custo, não parece razoável que o Poder Público tente justificar o não fornecimento deste ou daquele medicamento apenas em razão do custo. Ou seja, nesse tipo de serviço, a princípio o preço do medicamento não pode mais ser considerado um fator externo com o condão de restringir o direito fundamental. A negativa ao fornecimento terá que se justificar por outros fatores alocativos que façam incidir o princípio da reserva do possível.

Já havendo dotação orçamentária direcionada ao amplo fornecimento de medicamentos, há de se presumir que o atendimento a todas as pessoas que deles necessitem não comprometerá substancialmente o sistema de saúde pública, bastando para isso haver planejamento que passe a levar em conta não apenas a demanda geral de medicamentos mais usuais, como, também, os casos excepcionais. Logo, para justificar a negativa no fornecimento a determinado indivíduo, não bastará alegar a ausência de disponibilidade do fármaco na lista oficial, devendo o Estado cuidar de demonstrar, de modo concreto, por que razão tal fornecimento viria a comprometer todo o sistema. Descabe invocar genericamente a reserva do possível no tocante a medicamentos disponíveis em escala industrial no mercado, porquanto não se trata aí de um bem de consumo rival, divisível ou sujeito à escassez natural (vide item 3.3.1), como ocorreria, por exemplo, se a pretensão estivesse voltada ao fornecimento de órgãos para transplantes, à obtenção de uma vaga em UTI médica ou a matrícula numa universidade pública. O fornecimento do medicamento pode se dar sem excluir qualquer outro usuário do serviço de saúde, contando, para tanto, com rubrica orçamentária específica.

---

<sup>913</sup> **Idem.**

Por outro lado, no que concerne aos medicamentos ainda não registrados perante o órgão sanitário, a solução é bem mais delicada. Cite-se o exemplo do fármaco *Fosfoetanolamina*, que ficou conhecido como a "pílula do câncer". Por não haver ainda estudos suficientes que viabilizassem o registro deste medicamento na ANVISA, o STF suspendeu a eficácia da Lei 13.269/2016, que autorizava o uso da substância por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna independente daquela formalidade. Na ADI 5501, ajuizada pela Associação Médica Brasileira, sustentou-se que a ausência de testes em seres humanos e o desconhecimento dos efeitos colaterais provocados pela substância tornavam a sua liberação incompatível com os direitos fundamentais à saúde, à segurança, à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana. O argumento foi acolhido pela maioria dos ministros da Corte, presumindo-se que, na ausência do registro técnico, a medicação é inadequada, provocando um perigo inverso<sup>914</sup>. Contudo, o tema ainda está aberto a muita discussão em torno de situações envolvendo pacientes terminais, na linha de divergência levantada pelos votos que foram vencidos naquele julgamento<sup>915</sup>.

Defendemos o ponto de vista de que, assim como salientado no tocante à não previsão do medicamento na RENAME, a ausência de registro na ANVISA não constitui um obstáculo intransponível ao reconhecimento do direito subjetivo do indivíduo frente ao Estado, apesar de ser mais problemática esta última situação, eis que envolve uma complexa ponderação de valores que há de levar em conta eventuais danos à saúde pública que cabe precisamente ao órgão técnico competente evitar. Se ficar comprovado que se cuida de medicamento com eficácia já reconhecida por estudos científicos e aprovado por órgãos sanitários de outros países, a recusa de registro pela ANVISA ou o atraso no procedimento de aprovação da droga podem ser questionados, inclusive perante o Poder Judiciário. Afinal, se a própria discricionariedade administrativa em torno dos requisitos de

---

<sup>914</sup> Notícias do STF, de 19/05/2016: **STF suspende eficácia da lei que autoriza uso da fostoetanolamina**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>. Acesso em: 27/09/2016.

<sup>915</sup> Considerando imprescindível o prévio registro do medicamento, votaram pelo deferimento da liminar os ministros Marco Aurélio (relator), Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Divergiram do voto do relator os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. **Idem**.

conveniência e oportunidade admite controle e balizamento do mérito sob o aspecto da legalidade, tanto mais o é quando se trata da chamada *regulação técnica*<sup>916</sup>.

O que acima se falou em relação à disponibilização de vagas em UTI e o fornecimento de medicamentos, como prestações positivas abarcadas pelo direito fundamental à saúde, serve de parâmetro para a análise da violação a quaisquer outros direitos fundamentais sociais, quando a omissão do Estado em efetivar a prestação pretendida pelo indivíduo faça surgir um direito de reparação por danos daí decorrentes.

Enfim, diante de uma pretensão individual que, encontrando amparo na Constituição e integrando o suporte fático da norma de direito fundamental, seja direcionada a uma prestação positiva por parte do Estado, e tendo este se omitido em fornecê-la nos moldes concretamente pretendidos pelo indivíduo, deve-se, então, buscar responder às seguintes indagações: i) A norma constitucional já definiu especificamente em que consiste essa prestação ou remeteu tal concretização à legislação ordinária? ii) A legislação ordinária previu especificamente essa prestação ou remeteu a normas regulamentares editada por órgãos técnicos da Administração? iii) Já há normas administrativas prevendo esse tipo específico de prestação? iv) A prestação positiva pretendida consiste em um bem econômico de consumo *rival* ou *não rival*?<sup>917</sup>; v) Já se tendo elaborado uma política pública e alocado recursos para o fornecimento de bens, adotou a Administração critérios racionais e impessoais para regular o funcionamento ordinário da máquina estatal, de modo a assegurar o melhor atendimento possível?

---

<sup>916</sup> Apesar de chamada por alguns autores de *discricionariedade técnica*, Augustin Gordillo prefere falar em "regulação técnica". Considera que se uma técnica é científica e, portanto, por definição, certa, objetiva, universal, sujeita a regras uniformes que não dependem da apreciação pessoal de um sujeito individual, é óbvio que não pode neste aspecto falar-se de completa discricionariedade. Por isso os termos "discricionariedade" e "técnica" são inconciliáveis, na medida em que os vícios sobre a operação técnica influem na própria legitimidade do ato administrativo. GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo: parte general**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t 1, p. X-15 e X-16. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, no mesmo diapasão, ensina que a designação *discricionariedade técnica* é imprópria na medida em que dados técnicos vinculem a decisão administrativa ou, ainda, limitem o espaço de escolha da Administração. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 132.

<sup>917</sup> Consoante já se abordou no item 3.1.3., bens de consumo rival são aqueles cujo fornecimento a um indivíduo diminui a quantidade a ser fornecida aos demais indivíduos, segundo o princípio econômico da exclusão. Normalmente estão relacionados aos serviços públicos divisíveis e de atendimento individualizado (*uti singuli*). Já os bens de consumo não rival são os que sujeitam-se menos ao princípio da exclusão, admitindo a satisfação de um grande número de usuários ao mesmo tempo, como costuma ocorrer com os serviços públicos gerais e de atendimento coletivo (*uti universi*).



A resposta a tais questionamentos nos leva à formulação das seguintes assertivas:

Tratando-se de bem de consumo não rival e fornecido por meio de um serviço público *uti universi*, a violação a direito subjetivo individual, por omissão do Poder Público, somente se configura quando caracterizada a omissão genérica na adoção de políticas públicas adequadas ou, em determinadas circunstâncias, verificar-se uma omissão específica relacionada ao caso concreto. Se o Estado já implementou um plano geral de funcionamento da máquina administrativa, razoável e condizente com a efetivação das políticas públicas fundamentais, e de acordo com a reserva do possível, não há de se falar em violação a direito subjetivo a ensejar responsabilidade civil, salvo se detectada uma falha do serviço público como um todo, havendo culpa administrativa por omissão genérica ou, diante de uma omissão específica que faça incidir a teoria do risco administrativo.

A mesma lógica se aplica aos casos envolvendo bens de consumo rival e fornecidos mediante *serviços públicos uti singuli*, quando a prestação positiva, no grau de concretização pretendido pelo indivíduo, não esteja prevista como política pública ou, ainda que prevista, enfrente certas restrições decorrentes da alta demanda. Nessas situações, a verificação da violação a direito subjetivo e a consequente responsabilidade civil do Estado por omissão também há de levar em conta se houve planejamento adequado do atendimento, segundo um padrão ordinário de funcionamento compatível com a demanda e dentro da reserva do possível, somente respondendo o Estado por falha do serviço público em caráter geral ou risco administrativo por omissão específica e nexos causal.

Por outro lado, se a prestação positiva concretamente pretendida já é objeto de uma política pública prevista em lei e normas regulamentares que vinculam a Administração, com recursos suficientemente alocados à plena satisfação da demanda, há direito subjetivo do indivíduo a ter a sua pretensão atendida pelo Poder Público, de modo que, presumido o nexos causal, o não atendimento poderá implicar omissão específica a ensejar a responsabilidade civil do Estado sob a modalidade de risco administrativo, advindo daí o dever de indenizar o dano individual. Nessas situações, as tradicionais excludentes de responsabilidade relacionadas à organização do serviço público são incorporadas ao risco politicamente assumido pelo Estado, na condição de *fortuito interno*, não sendo dado ao Poder Público

invocar a reserva do possível. A responsabilidade civil objetiva por risco administrativo apenas será aí excluída em caso de culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.

Em suma, o fornecimento universal de bens de consumo rival pelo Estado só deve valer nas hipóteses em que já exista uma política pública de risco quase integral, o que é a exceção, e não a regra. A regra para os bens de consumo rival, tal como ocorre nos bens de consumo não rival, é a responsabilidade civil do Estado por omissão apenas nos casos em que o serviço funcione aquém do ordinariamente esperado, caracterizando a culpa administrativa por omissão genérica, ou quando haja omissão específica e nexos causal que justifique a aplicação da teoria do risco administrativo.

Defender-se o pleno e irrestrito fornecimento de bens de consumo rival pelo Estado, sob qualquer contingência e quando já se tenha adotado um planejamento condizente com o atendimento do universo de políticas públicas atribuídas ao Poder Público, equivaleria a lançar mão da teoria da responsabilidade objetiva por risco integral, transformando o Estado num "segurador universal", o que não condiz com a tradição do Direito brasileiro.

## 5 CONCLUSÕES

1. Sob aspecto subjetivo, a compreensão do fenômeno jurídico permite encará-lo como um amplo conjunto de direitos e deveres das pessoas cujas condutas são reguladas pelo Direito. Somente se pode falar em *direito* em benefício de alguém quando houver algum *dever* correlato por parte de outrem, variando o conteúdo e o alcance dos direitos conforme os tipos de deveres que lhes garantem a efetividade. O exercício de um direito pode ensejar uma série de faculdades e poderes conferidos ao seu titular, assim como, para que não ocorra violação do direito, são diversas as ações ou omissões que podem caber àqueles a quem cumpre respeitá-lo.

2. O conteúdo de um direito abrange aquilo que ele protege (objeto) e até que ponto protege (alcance) frente a outros interesses também juridicamente protegidos. Não existe um conteúdo universal e absoluto dos direitos fundamentais, variando no tempo e espaço em função das condições materiais de cada comunidade. É o sistema jurídico que fornece os parâmetros normativos com base nos quais se definirá a aplicação concreta de cada direito fundamental nas diversas situações fáticas, bem como os respectivos deveres que asseguram a eficácia desse direito.

3. Uma vez que todos os direitos fundamentais pressupõem deveres correlatos por parte do Poder Público, o descumprimento desses deveres pode abrir espaço à responsabilização do Estado pelos prejuízos daí decorrentes. Tanto as pretensões direcionadas ao cumprimento dos deveres estatais quanto as pretensões direcionadas à reparação por danos decorrentes do seu descumprimento integram uma ampla esfera de proteção dos direitos fundamentais, havendo entre elas uma relação de grau. Logo, a dogmática da efetividade dos direitos fundamentais precisa estar afinada com a dogmática da responsabilidade civil do Estado por omissão.

4. É certo que a Constituição Federal de 1988 impõe ao Poder Público que forneça uma série de prestações positivas aos cidadãos, enquanto titulares de direitos fundamentais. O exame do conteúdo desses direitos nos casos concretos e a identificação dos tipos de prestações por eles abarcadas, contudo, demanda também que se avalie quais omissões seriam passíveis de desencadear, para o

Estado, a obrigação de reparar prejuízos. Por conseguinte, cumpre reconhecer que, nas situações em que não se possa responsabilizar o Estado pelo não fornecimento de prestações positivas no nível de satisfação desejado pelos cidadãos, os direitos fundamentais referentes a tais prestações terão encontrado limites ou restrições à sua efetividade.

5. A adequada descrição de um direito fundamental há de levar em conta tanto limites imanentes que lhe conformam o conteúdo, quanto restrições que possa ainda vir a sofrer nos casos concretos.

6. O *limite* do direito fundamental é algo que pode ser previamente reconhecido, sendo o conteúdo do direito construído por meio da interpretação do ordenamento jurídico, com atenção à dinâmica social e às particularidades dos casos concretos que atraem a incidência da norma constitucional. Mesmo nos conceitos normativos dotados de alto grau de abstração (v.g. "educação", "saúde", "alimentação", "trabalho", "moradia", "lazer", "segurança", "previdência social", "proteção à maternidade e à infância", "assistência aos desamparados"), os termos conceituais de que se vale o texto constitucional apresentam limites de compreensão conforme a significação dada pelo aplicador da norma, levando em conta os meios disponíveis para a satisfação dos direitos por ela assegurados.

7. A *restrição* ao direito fundamental, mais do que mero delimitador do suporte fático da norma, opera comprimindo o conteúdo do direito e excluindo situações subjetivas *a priori* por ele albergadas, em razão de fatores externos específicos e distintos daqueles que são levados em conta na delimitação do conteúdo.

8. Para que se possa avançar na investigação dos limites intrínsecos e das restrições extrínsecas, os direitos fundamentais devem ser encarados sob duas perspectivas que se complementam. Na *perspectiva subjetiva*, compreende-se o direito enquanto proteção dada aos indivíduos nas situações jurídicas que lhes garantem desfrutar de determinadas posições de vantagem, inclusive frente à própria comunidade. Sob a *perspectiva objetiva*, o alcance do direito é compreendido com vistas a uma ordem objetiva dos valores correspondentes aos anseios da comunidade e que impactam na vida social como um todo.

9. O interesse público que se refere à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não se contrapõe necessariamente aos interesses individuais ou

particulares, revelando-se como a dimensão pública dos anseios das pessoas, não por razões egoísticas, mas enquanto membros da comunidade e partícipes das decisões políticas na sociedade. A perspectiva objetiva não apenas serve de reforço à perspectiva subjetiva das posições jurídicas individuais, mas, também, para conferir-lhes o devido enquadramento em termos de alcance e efetividade dos direitos fundamentais, notadamente daqueles direitos sociais que demandam prestações materiais por parte do Estado.

10. Os direitos fundamentais conferem aos seus titulares um feixe de posições jurídicas consubstanciadas em poderes, pretensões, faculdades ou imunidades, de maneira que os deveres decorrentes do respeito a tais direitos impõem uma série de posturas aos destinatários da norma, sob a forma de ações ou omissões, bem como a adoção de procedimentos ou a criação de instituições necessárias a garantir-lhes a efetividade. O *direito subjetivo* é apenas uma das diversas situações subjetivas que podem decorrer da aplicação de normas de direitos fundamentais e que configuram "direitos" em sentido amplo, aos quais correspondem "deveres" atribuídos ao Estado, também em sentido amplo.

11. Os direitos fundamentais são dotados de *multifuncionalidade*, identificando-se neles tanto funções de *defesa*, voltadas para garantir o campo de liberdade das pessoas, protegendo-as de ingerências excessivas do Estado, quanto funções de *prestação*, que garantem às pessoas determinadas posturas ativas do Estado, colocando a sua disposição prestações de natureza jurídica ou material que lhes assegura a efetividade dos direitos.

12. Enquanto nas liberdades individuais o suporte fático da norma constitucional estabelece o âmbito de proteção e delimita até onde é possível a intervenção do Estado sob pena de violação ao direito fundamental, nos direitos sociais o âmbito de proteção do suporte fático é estabelecido levando em conta até que ponto se justifica uma não intervenção do Estado sem que o direito fundamental esteja sendo violado. No primeiro caso, o indivíduo pode invocar a seu favor o direito fundamental quando a ação estatal não esteja constitucionalmente justificada; no segundo caso, pode fazê-lo quando a omissão estatal não encontre tal justificativa.

13. Segundo a doutrina tradicional, a intervenção do Estado para assegurar a efetividade de direitos fundamentais pode ser feita de modo direto ou indireto. O Estado *prestador* pratica um intervencionismo direto, assumindo a responsabilidade

pelo fornecimento dos meios materiais necessários à efetividade dos direitos, para tanto prestando serviços públicos ou delegando a prestação deles em áreas tidas como próprias do Estado. O Estado *regulador*, por sua vez, intervém indiretamente em atividades privadas, condicionando-as em prol do interesse coletivo. Dita distinção, contudo, já não se mostra mais segura diante da adoção de modelos de regulação mesmo em países que empregam o conceito de serviço público, passando-se a mesclar mecanismos de intervenção direta e indireta.

14. No Brasil, desde a década de 1990 tem-se importado técnicas interventivas de viés regulatório, adaptando-as ao sistema de serviços públicos. Assim, o Estado tornou-se simultaneamente prestador e regulador, executando *prestações estatais em sentido amplo*, as quais envolvem toda a gama de ações positivas do Poder Público direcionadas a dar efetividade aos direitos fundamentais.

15. Sendo muitas as ações positivas a cargo do Poder Público e, por conseguinte, identificados diversos direitos fundamentais a prestações, deles decorrerão pretensões por parte dos indivíduos e da coletividade, resultando num largo conjunto de deveres do Estado. A todo direito fundamental a uma prestação em sentido amplo corresponde algum dever do Estado, variando o conteúdo e o alcance dessa incumbência conforme a natureza do direito fundamental cuja efetividade cumpre ao Estado assegurar. Tais prestações abrangem a edição de normas jurídicas regulamentando o modo de exercício dos direitos (prestações normativas) a criação de órgãos e outras estruturas administrativas (prestações institucionais), bem como o fornecimento material de bens ou serviços em prol dos administrados (*prestações em sentido estrito*).

16. Na esteira do constitucionalismo contemporâneo e com nítido intuito de transformação da realidade social, a Constituição Federal de 1988 assegurou aos indivíduos e à coletividade diversos direitos fundamentais sociais, ocorrendo um aumento exponencial das demandas em torno dos bens e serviços necessários a sua efetividade, o que levou ao incremento dos litígios judiciais contra o Poder Público. Por conseguinte, cabendo aos juízes fazer valer o que está previsto na Constituição, jogou-se no colo do Judiciário as promessas da modernidade, o que vem sendo objeto de críticas no que se refere ao controle jurisdicional das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, sob o rótulo de *ativismo judicial*.

17. O ativismo judicial por si só não é prejudicial à democracia. Ao contrário, reforça-a como verdadeira *democracia constitucional*, demarcada não apenas sob o aspecto formal de vontade da maioria, mas, também, sob o aspecto substancial de respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição, inclusive em prol das minorias. O que tem preocupado em alguns casos é o excesso de ativismo, quando juízes, ainda que bem-intencionados e no sincero intuito de concretizar direitos fundamentais, tomam decisões ignorando uma série de condicionamentos e valores igualmente importantes previstos na Constituição.

18. Sem embargo da importância do papel ativo que se reconheceu ao Judiciário no constitucionalismo contemporâneo, visando a garantia da efetividade dos direitos fundamentais individuais e sociais, é preciso estabelecer critérios de racionalidade delimitadores da margem de atuação dos juízes e tribunais, considerando não apenas a letra da Constituição, mas, também, as mudanças de contexto social e econômico que condicionam as políticas públicas do Estado e devem ser levadas em conta na aplicação das normas constitucionais.

19. Não são apenas os direitos sociais os que demandam posturas ativas por parte do Estado, pois os direitos de defesa também dependem de ações estatais para serem exercidos e preservados. Nesse sentido, todos os direitos são positivos, seja quando a prestação do serviço estatal assegura diretamente a efetividade do direito, seja quando se torne imprescindível para garantir a proteção desse direito frente a atos de terceiros ou a fatos naturais.

20. Malgrado todos os direitos dependam de prestações estatais positivas em sentido amplo, existem diferenças substanciais nos critérios de direcionamento dos recursos públicos para fazer frente aos custos dos direitos de defesa e dos direitos a prestações em sentido estrito.

21. A proteção de direitos fundamentais de primeira dimensão (liberdade e propriedade) dá-se em regra por meio de serviços públicos gerais (*uti universi*), direcionados à coletividade e custeados com recursos oriundos da arrecadação de impostos, razão pela qual, a princípio, não devem comportar exigências divisíveis e diferenciadas por parte daqueles que deles necessitam. O atendimento gratuito dessas necessidades segue parâmetros direcionados aos potenciais usuários do serviço colocado à disposição de todos os indivíduos que estejam na mesma situação de carência da prestação pretendida. Por conseguinte, a alocação de

recursos orçamentários para fazer frente aos custos do serviço deve ser planejada com base em estudos estatísticos que direcionem o melhor atendimento possível de uma demanda prioritariamente coletiva.

22. Os direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais), não obstante a sua perspectiva objetiva, frequentemente demandam prestações em sentido estrito executadas por meio de serviços públicos singulares (*uti singuli*), de modo que cada indivíduo possa dirigir ao Estado uma pretensão voltada a bens materiais essencialmente divisíveis.

23. Tomados na sua origem histórica, enquanto os direitos fundamentais de primeira dimensão foram idealizados sob uma perspectiva eminentemente subjetiva, somente depois sendo relativizados em função dos interesses da sociedade, os direitos fundamentais de segunda dimensão caminharam em sentido inverso, tendo sido concebidos sob perspectiva objetiva e só mais recentemente tiveram realçada a perspectiva subjetiva, como *direitos fundamentais sociais*, reconhecendo-se aos seus titulares o direito de demandar diretamente do Estado prestações individualizadas.

24. São *bens econômicos* todas as coisas materiais ou serviços que sejam úteis e, levando em conta a sua demanda, escassos. Classificam-se como *coletivos*, quando o consumo por um indivíduo não afete o consumo por outro (*consumo não rival*), e *exclusivos*, quando o consumo individual exclui automaticamente o consumo por outros indivíduos (*consumo rival*).

25. As prestações fornecidas pelo Estado em caráter universal tem o seu orçamento alocado com vistas ao fornecimento de bens econômicos de consumo *não rival* (ou coletivos). Ainda que determinado indivíduo necessite destas prestações, isso não afetará o interesse dos demais indivíduos que poderão ser atendidos segundo o mesmo padrão e dentro das reais possibilidades do serviço. Já quando a prestação se dá em caráter singular, no mais das vezes está-se diante de bens de consumo *rival* (ou exclusivos).

26. Os direitos sociais a princípio devem ter a sua fruição razoavelmente garantida a todos, na condição de bens coletivos, conforme as políticas públicas adotadas e mediante um planejamento orçamentário integrado que leve em conta as demandas da coletividade. A sua fruição individual, sob a roupagem de um direito



subjetivo, os coloca na condição de bens exclusivos, tornando necessário sopesar todos os aspectos jurídicos e econômicos envolvidos na decisão alocativa, para tanto considerando não apenas o direito fundamental que se pretende prioritariamente atendido pelo Estado, mas, também, eventuais direitos fundamentais cujas pretensões deixarão de ser atendidas em razão desta prioridade.

27. A *reserva do possível*, como categoria da ciência jurídica, reflete um princípio clássico da Economia, qual seja o da escassez. É da essência do fenômeno econômico a administração de bens escassos, sempre que houver recursos limitados contrapostos a necessidades humanas, o que ocorre sob qualquer nível de desenvolvimento e por mais tecnologia que se busque empregar. Mesmo com a elevação do padrão de vida, a escassez estará presente, variando tão somente o tipo de necessidade, sendo ilusório pensar que sociedades de países ricos não a enfrentam em algum grau.

28. Na Alemanha, a tese da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) foi empregada como parâmetro de razoabilidade, referindo àquilo que um cidadão alemão poderia exigir da sociedade e do Poder Público. Todavia, os parâmetros fixados a partir das condições sociais existentes na Alemanha não podem ser simploriamente transportados para a realidade brasileira, haja vista que, diante do nosso quadro de desigualdade, a Constituição de 1988 impõe um papel mais ativo ao Estado.

29. A jurisprudência brasileira firmou-se no sentido de que a reserva do possível não pode ser invocada de modo aleatório, senão diante de um justo motivo objetivamente aferível, entendimento este adotado pelo STF em inúmeros julgados, desde a clássica decisão proferida na ADPF 45. Firmou-se posição no sentido de que é dever do Estado executar prestações materiais que assegurem à população as condições mínimas de desfrute dos direitos sociais (*mínimo existencial*), não se podendo opor a reserva do possível frente ao núcleo intangível dos direitos fundamentais tutelados.

30. A reserva do possível deve ser compreendida como um princípio geral implicitamente extraído da Constituição Federal de 1988, partindo de uma leitura sistemática dos princípios da igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, bem como dos princípios gerais de tributação, orçamento e da ordem

econômica. Por força da reserva do possível, busca-se atingir um estado ideal de coisas no qual seja assegurada a máxima eficácia dos direitos sociais, sem deixar de levar a sério a escassez dos bens econômicos disponíveis e de consumo rival.

31. O princípio da reserva do possível apresenta uma dupla face, funcionando ora como *limite*, ora como *restrição* ao direito fundamental, havendo sempre de se recorrer a mecanismos de ponderação ou sopesamento com outros princípios constitucionais que poderão incidir conjuntamente nos casos concretos, com variadas dimensões de peso a depender de cada situação. Para se compreender os graus de escassez, é preciso analisar cuidadosamente as situações em que a insuficiência de recursos justifica a não efetivação de direitos fundamentais sociais ou, ao contrário, não deve ser empregada com tal intuito.

32. A escassez *natural severa* ocorre quando determinado bem somente existe numa determinada quantidade e nada pode ser feito para aumentar a sua oferta. Na escassez *natural suave* seria até possível aumentar a oferta, mas ainda assim tal aumento não se mostraria suficiente a satisfazer todos os interessados. Diante da indisponibilidade fática dos meios materiais, havendo uma limitação real de recursos para atender a todos os que deles necessitam, tal escassez terá de ser enfrentada com racionalidade pelo Estado, com atenção aos parâmetros da ciência econômica.

33. A escassez *quase-natural* ocorre quando a oferta de bens poderia ser aumentada a ponto de satisfazer todos os interessados, mas apenas por condutas não coativas dos cidadãos, não sendo permitido ao Estado impor juridicamente tal oferta. Ocorre aí uma disponibilidade fática de meios materiais, todavia, a forma de obtenção desses meios esbarrara numa indisponibilidade jurídica absoluta.

34. A escassez *artificial* ou *ficta*, marcada por uma indisponibilidade jurídica relativa, dá-se em situações nas quais o governo pode, se assim se decidir politicamente e de acordo com a Constituição, tornar o bem acessível de maneira a satisfazer a todos. Aí reside a pedra de toque no enfrentamento da reserva do possível, quando o obstáculo da escassez encontra-se apenas na ordem jurídica, podendo vir a ser superado nos casos concretos, por força de princípios constitucionais, sobretudo nas situações em que se discute a proteção de direitos fundamentais. Todavia, ainda que se afirme haver uma opção política e discricionária, não é tão simples assegurar a efetividade de direitos sociais

redirecionando recursos de setores da atuação estatal, dada a enorme gama de necessidades coletivas a suprir, o que torna a administração da máquina pública extremamente complexa.

35. O problema da escassez não se resume a investigar se há ou não recursos públicos que possam ser transferidos de uma área para outra, mas, também, mesmo nos setores considerados prioritários, saber qual a forma mais justa e eficiente de se empregar tais recursos, por meio de um planejamento que leve em conta não apenas a grande demanda existente nos serviços públicos essenciais, mas, também, o cuidado que se deve ter ao não se atribuir tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem no mesmo quadro de carência.

36. Quando os bens são indivisíveis e homogêneos, os problemas de escassez são menos dramáticos, na medida em que todos os membros da coletividade usufruem de forma conjunta dos benefícios e sofrem com as mesmas limitações ou restrições em seus direitos, apresentando-se a escassez em grau similar para todos, suportando-se de modo solidário eventuais danos dela provenientes. Na verdade, o problema das escolhas políticas igualitárias e impessoais torna-se complexo diante da *divisibilidade* de certos bens econômicos, cujo consumo por determinado indivíduo leva a excluir o consumo por outros indivíduos, bem como da *heterogeneidade*, quando os bens contém características específicas relevantes que os torna diferentes na avaliação de quem deles necessita.

37. Ainda que em determinado contexto não haja escassez de um bem direcionado a satisfazer a necessidade geral dos interessados, o fato de esse bem ser heterogêneo leva a que possa surgir uma escassez adicional concernente a uma necessidade mais específica. Assim, os graus de escassez variam não apenas em função da quantidade total dos bens disponíveis mas, também, em razão da sua qualidade, fazendo com que se identifiquem classes específicas referentes a um mesmo bem, gerando uma demanda diferenciada. Havendo alguma alteração no padrão dos bens disponíveis, variará sensivelmente o custo de tais bens a depender do padrão desejado.

38. Mesmo quando alcançada a universalidade e uma razoável qualidade do serviço fornecido pelo Poder Público, provavelmente surgirão, no mercado, bens econômicos de melhor qualidade, despertando o interesse das pessoas no

direcionamento de novas pretensões em face do Estado. Os avanços tecnológicos e o desenvolvimento da técnica podem levar a que bens econômicos, num primeiro momento considerados homogêneos, venham a se tornar heterogêneos.

39. Ao envolver bens econômicos, todo direito fundamental a prestações tem limites, tanto positivos quanto negativos, os quais formatam o seu perfil jurídico. A análise dos *limites positivos* serve para se garantir aos indivíduos as prestações que podem ser exigidas do Estado, ao passo que a função dos *limites negativos* é afastar determinadas pretensões que escapem à proteção conferida pela norma de direito fundamental, devidamente interpretada em conformidade com ditames da própria Constituição.

40. O princípio da reserva do possível, enquanto parâmetro normativo e argumentativo extraído da própria Constituição, opera como um dos *limites negativos* dos direitos, influenciando a delimitação do direito fundamental (*prima facie*) e balizando o seu próprio conteúdo essencial. O princípio incide sempre que, ante a situação de escassez, não se deva razoavelmente reconhecer a juridicidade de determinadas pretensões direcionadas contra o Estado, por estarem localizadas fora do suporte fático da norma de direito fundamental.

41. Nem todas as prestações positivas relacionadas aos direitos sociais devem ser abstratamente tomadas como um direito subjetivo do indivíduo frente ao Poder Público. Há um limite intrínseco e conceitual que esboça o alcance material do direito fundamental como um *direito a algo* a cargo do Estado, limite este que se apresenta mesmo na interpretação da norma *in abstracto*, antes de se cogitar de um real conflito de direitos no caso concreto. E por mais difícil que seja apontar onde começa esse limite, isso não autoriza a afirmar que ele não exista.

42. Se para efetivar o direito fundamental o legislador constitucional já prevê uma prestação concreta e suficientemente delimitada, tal prestação a princípio há de ser considerada como integrante do perfil do direito, de modo que a reserva do possível dificilmente poderá ser invocada como limite negativo nesse grau de concretização. Contudo, continuará incidindo no sentido de delimitar a qualidade do bem objeto da prestação, garantindo-se a mesma prestação a todos que dela necessitem.

43. Os *limites positivos* garantem aos indivíduos usufruírem de prestações a cargo do Estado, não sendo dado ao Poder Público, a princípio, esquivar-se de cumprir o dever já balizado pelo suporte fático da norma de direito fundamental, respeitando o seu núcleo essencial, o mínimo existencial, a proibição de retrocesso ou de proteção suficiente. Todavia, o reconhecimento de tais limites positivos não pode ficar ao sabor dos idealismos de justiça social desconectados com a realidade prática das ações estatais impostas pela Constituição na área social.

44. O exame do mínimo existencial demanda uma dupla dose de cuidado. Primeiro, é preciso não ampliar demasiadamente o seu conteúdo para abranger toda e qualquer prestação estatal na área social, atentando que nem todo direito social se manifesta como mínimo existencial. Em segundo lugar, ainda quando se esteja diante de direitos sociais substancialmente identificados com o mínimo existencial, faz-se necessária a ponderação com os limites negativos que também incidem na demarcação do conteúdo dos direitos, dentre eles a reserva do possível, o que pode levar a que a prestação positiva pretendida pelo indivíduo esteja fora do suporte fático da norma de direito fundamental.

45. Nem tudo é possível, mesmo diante do mínimo existencial, caso contrário o Estado haveria de ser civilmente responsabilizado em todas as situações de danos materiais ou morais envolvendo o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o que acabaria levando a uma aplicação incondicionada da teoria do risco integral. Por mais riqueza e desenvolvimento que uma nação já tenha conquistado, até mesmo as necessidades essenciais poderão se apresentar num ambiente de escassez, não se podendo simplesmente presumir a solvência do Poder Público para suprir todo tipo de pretensão relacionada ao mínimo existencial.

46. Descabe extrair das normas de direitos fundamentais um conjunto ilimitado de prestações concretas a serem fornecidas pelo Estado acima de todos os custos e sob quaisquer contingências fáticas, sobretudo em se tratando de bens divisíveis e heterogêneos. A compreensão sobre o alcance do direito fundamental não deve se dar com vistas apenas a um único tipo de bem jurídico, ignorando-se a sua relação com outros bens reputados existenciais, os quais também cumpre ao Estado minimamente proteger, além do que um mesmo bem jurídico pode ser ameaçado de diferentes modos e protegido por distintos serviços estatais.

47. Cumpre ter maior atenção para as razões que justificam a escassez jurídica, não sendo apenas fruto de escolhas aleatórias dos gestores públicos. O interesse público primário que cabe ao Estado zelar em prol da coletividade abarca uma série de dispêndios e investimentos essenciais, notadamente no modelo de Estado Social que se busca implantar no Brasil. Todas as incumbências estatais albergadas pela Constituição são dignas e não podem ser menosprezadas ou tratadas como fontes de gastos aparentemente supérfluos.

48. É da própria Carta Magna que se pode de antemão extrair todos os parâmetros limitadores dos direitos fundamentais, considerando não apenas os limites positivos que justificam pretensões fundamentais dos indivíduos em face do Poder Público, mas, também, conjugando-os com os limites negativos que estabelecem, em termos de quantidade e qualidade, qual o padrão constitucional dos serviços a serem prestados pelo Estado em todas as áreas essenciais. Por *padrão constitucional* deve-se entender aquilo que ordinariamente se espera do Poder Público em cumprimento aos seus deveres constitucionais, descabendo dele exigir que atue ou que seja responsabilizado por danos individuais decorrentes do não atendimento de pretensões formuladas acima desse padrão.

49. Não existe uma resposta objetiva de qual seja, *a priori*, o padrão constitucional de normal funcionamento da máquina estatal, tudo dependendo do contexto econômico e social. Porém, é fora de dúvidas que os direitos fundamentais sociais enfrentam limites contextuais e sempre haverá alguma escassez em face dos recursos disponíveis, incidindo o princípio da reserva do possível como um dos limites balizadores do perfil jurídico do direito. O fato de não se dever sustentar aleatoriamente a reserva do possível não significa que o argumento nela calcado seja por si só inválido. Reserva do possível sempre haverá, em alguma medida; a discussão séria, que deve ocorrer em cada caso, é a de saber em que ponto essa reserva do possível começa e pode ser levantada.

50. Além de impor condicionamentos ao próprio direito *prima facie*, delimitando aquilo que pode ser materialmente pretendido pelo indivíduo perante o Estado, o princípio da reserva do possível incide também nas situações em que tal direito acaba por ceder diante de fatores externos que o *restringem* em seu conteúdo definitivo. Nesse caso, posto que a escassez não se dê com força suficiente a descaracterizar o direito fundamental, a reserva do possível leva a que determinada

pretensão referente a tal direito não seja efetivada em razão do conflito com outros direitos, sobretudo em se tratando de bens de consumo rival, cujo atendimento a determinado indivíduo leva a que não se possa atender outros indivíduos com a mesma demanda.

51. Com base na teoria da *restrição às restrições* dos direitos fundamentais, a reserva do possível não deve incidir nas situações que impliquem uma proteção insuficiente ao bem jurídico, violando o núcleo essencial do direito fundamental. Por outro lado, pretensões contidas neste núcleo não afastam a avaliação do grau de escassez dos bens econômicos necessários a satisfazê-las, cabendo sempre levar em conta as contingências fáticas e jurídicas de cada país, eis que o núcleo essencial não tem um conteúdo estático e imutável.

52. Somente se poderá falar em violação de um direito fundamental se a abstenção do Poder Público no atendimento de determinada pretensão não encontrar justificativa plausível, caso em que surgirá, em prol do prejudicado, um direito a ser indenizado, conforme os parâmetros teóricos da responsabilidade civil por omissão. Assim, existe uma correlação lógica entre a configuração dos deveres estatais que legitimam a pretensão prévia e a apuração da responsabilidade civil do Estado que justifica a pretensão posterior. Tais pretensões (prévia e posterior), dispostas numa relação de grau, integram a ampla esfera de proteção dos direitos fundamentais.

53. Para que se cogite de dano indenizável decorrente de omissão do Estado, o prejuízo deve apresentar caracteres que demonstrem ter havido uma *ruptura da igualdade* no âmbito dos serviços públicos, não apenas quando o Poder Público atue ilicitamente, mas, também, quando atuando licitamente venha a gerar prejuízos a alguns indivíduos ou grupos de maneira desproporcional aos riscos ordinários enfrentados pela coletividade. É preciso que o dano se revele anormal e específico, alcançando indivíduos ou grupos identificáveis, superando os riscos rotineiros da vida em sociedade e que são suportados por todos indistintamente.

54. Quando o Estado deixa de fornecer algum bem econômico no nível de qualidade exigido pelo titular de um direito fundamental, a sua responsabilidade civil por omissão a princípio deve ser apurada segundo a teoria da *culpa administrativa*, examinando-se se o serviço público não funcionou ou funcionou mal, conforme os padrões razoáveis de normalidade da atuação estatal. Por outro lado, doutrina e

jurisprudência vem ampliando a categoria da culpa, identificando um dever objetivo de cuidado por parte do Estado em situações nas quais se identifica uma *omissão específica*, quando seja o caso de *fortuito interno* ou, ainda, por incidência do *princípio da precaução*, operando-se aí uma gradativa aplicação da teoria do risco às omissões estatais.

55. Nas situações passíveis de enquadramento como *omissão genérica*, o Estado tem um dever generalizado de evitar o dano, cabendo averiguar, em cada caso concreto, se a sua inação contribuiu culposamente para o dano. Nos casos de *omissão específica*, avança-se em direção ao risco administrativo, reconhecendo-se que o Estado tem um dever individualizado de agir e, por isso, assume o risco por eventuais danos. Desse modo, o ato omissivo específico recebe o mesmo tratamento jurídico dispensado ao ato comissivo, aplicando-se a teoria do risco administrativo.

56. Concebe-se atualmente a inclusão, no risco administrativo, de situações que antes eram tomadas como caso fortuito - tais como fatos da natureza, fatos de terceiros ou até mesmo causados pela própria vítima -, quando verificado um nexo causal configurador do *fortuito interno*. Assim, *omissão específica* e *fortuito interno* são categorias que servem a uma mesma finalidade: reconhecer a responsabilidade civil do Estado por omissão, ampliando a abrangência do risco por ele assumido no desempenho das tarefas que lhe são impostas pela Constituição e pela legislação ordinária.

57. Tem-se aplicado o *princípio da precaução* na análise de deveres específicos do Estado, com incidência não apenas na área ambiental, mas, também, abarcando atividades de alto risco assumidas pelo Estado, tais como o armazenamento de munição, explosivos ou materiais inflamáveis, a custódia de pessoas ou de bens de valor, dentre outras. Há autores que ampliam ainda mais o ideal de precaução, estendendo-o a todos os tipos de situações em que contingências previamente conhecidas aumentam o risco potencial de danos, cabendo ao Estado antecipar-se para evitar prejuízos.

58. Sem embargo da considerável ampliação da margem de risco suportada pelo Poder Público no cumprimento dos seus deveres, ainda não se chegou ao ponto de afastar por completo as hipóteses de exclusão do nexo causal. Ignorar tais excludentes, sob qualquer enfoque e sem a devida proporcionalidade, significaria



recair numa genérica e insegura concepção de *risco integral*, o qual seria assumido pelo Estado diante de todo e qualquer dano sofrido por indivíduos e inevitavelmente relacionado a alguma tarefa estatal, sobretudo no atual contexto das políticas públicas na área social.

59. No Direito brasileiro sempre se resistiu em aceitar a tese do risco integral, de maneira que, por mais que já se tenha ampliado o alcance do risco administrativo, há um limite de responsabilidade civil do Estado por omissão. A noção de risco integral se apresenta sob variantes, a depender da área de atuação estatal, a exemplo do que já se tem defendido por meio da *teoria do risco social*. Contudo, não se pode conceber a adoção de tal teoria como regra geral de responsabilidade civil do Estado por omissão.

60. Não se olvida que a responsabilidade objetiva pode ser imputada inclusive diante de omissões estatais, porém, persiste a necessidade de análise do nexo causal. E se para responsabilizar deve haver nexo causal, o risco é atenuado e não propriamente integral. A análise do nexo causal, por sua vez, perpassa por verificar as reais possibilidades de atuação do Estado em cada contexto, a depender do modelo de intervenção estatal.

61. As divergências sobre a aplicação ou não da teoria do risco integral acabam se resumindo a discutir os parâmetros sob os quais se revelam as excludentes de responsabilidade. Se num determinado evento danoso se afirma haver risco integral, não exatamente porque se afaste a possibilidade de excludentes em todos os casos, mas, sim, porque nenhuma das excludentes apresentou-se, no caso concreto, como suficientemente capaz de afastar o nexo causal entre o dano e a atuação do Estado, a divergência entre risco administrativo e risco integral acaba se resumindo a mera questão terminológica.

62. O art. 37, §6º, da Constituição de 1988 acolhe a responsabilidade estatal sem culpa, porém, não a responsabilidade *sem causa*, sendo o nexo causal elemento imprescindível à responsabilização. Como regra geral no Direito brasileiro, desde a gênese da responsabilidade objetiva do Estado contemplada na Carta de 1946, sempre se repudiou a integralidade do risco, tendo a jurisprudência adotado a teoria do risco administrativo mitigado ou atenuado, reputando imprescindível a cuidadosa análise das hipóteses excludentes do nexo causal. Isso, todavia, não

afasta certas situações em que tais excludentes variam de grau, a depender do contexto e do tipo de atuação do Estado.

63. A tese do risco integral vem angariando certo prestígio diante da tendência a se ampliar cada vez mais o risco assumido pelo Estado frente aos infortúnios a que estão sujeitos os indivíduos numa sociedade complexa, com expansão qualitativa do dano ressarcível e de modo a alcançar, inclusive, interesses supraindividuais. Tem-se defendido uma maior flexibilização do nexo causal, como forma de fomentar a *solidariedade social* no interesse da vítima, acolhendo-se a modalidade extremada de responsabilidade objetiva em hipóteses de danos extraordinários previstas em lei, situações de risco criado pela própria Administração ou, ainda, para a efetivação de direitos fundamentais.

64. Ao lado da regra geral de responsabilidade objetiva, tal como prevista no art. 37, §6º da Constituição, é dado ao legislador reconhecer situações específicas de alto risco, razão pela qual já foram editadas legislações estabelecendo o dever do Estado de reparar prejuízos independente do nexo causal entre o dano indenizável e alguma ação ou omissão estatal. São exemplos as Leis 10.309/2001 e 10.744/2003, dispendo sobre a responsabilidade civil da União perante terceiros em caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos contra aeronaves, bem como a Lei 12.663/2012, que autorizou a União a constituir garantias ou contratar seguro privado para a cobertura de riscos relacionados à Copa das Confederações FIFA 2013 e à Copa do Mundo FIFA 2014.

65. Nestas situações específicas previstas na legislação como passíveis de indenização independente do nexo causal com alguma ação ou omissão estatal, não se trata propriamente de aplicação da teoria do risco integral. A rigor, o enquadramento de responsabilidade civil *sem causa* não deve ser feito à luz das teorias de responsabilidade civil extracontratual, cabendo distinguir as obrigações diretamente voltadas à cobertura de danos em casos específicos nos quais se impõe deveres ou obrigações ao Estado, de outras em que haja uma ação ou omissão antijurídica justificadora de um dever de reparação.

66. Se por vontade política são editadas leis impondo ao Poder Público cobertura e amparo a vítimas de determinados prejuízos, sem que haja nexo causal com alguma ação ou omissão do Estado, o que existe aí é um *seguro social*, tal qual

já previsto no tocante a acidentes de trabalho, benefícios assistenciais e previdenciários por invalidez, seguro obrigatório para automóveis, dentre outros.

67. As poucas hipóteses de aplicação da teoria do risco integral que encontram espaço no ordenamento jurídico brasileiro aproximam-se das situações de risco administrativo nas quais o dever objetivo de cuidado do Estado é ampliado com uma abrangência que praticamente não deixa margem a excludentes calcadas em motivos de força maior ou de caso fortuito. Trata-se de danos relacionados a atividades estatais de alto risco, nas quais, ainda que comprovada a culpa exclusiva de terceiro ou algum acontecimento natural imprevisível ou irresistível, a dimensão do prejuízo alcança vítimas que nada poderiam fazer para evitar o evento danoso.

68. Ao se questionar eventual omissão do Estado, é temerário apontar o risco integral por todo e qualquer dano relacionado a direitos fundamentais, não se podendo simplesmente presumir, como regra geral, a responsabilidade sem causa. Por mais amplos que sejam os deveres estatais na prestação de serviços públicos essenciais, urge investigar os requisitos mínimos delineadores do nexo causal, examinando as circunstâncias e o contexto fático de cada serviço, de maneira a apurar os limites e restrições constitucionalmente impostos a tais direitos.

69. Nem toda omissão atribuída ao Estado configurará um sacrifício de direito fundamental, razão pela qual a sua responsabilidade civil há de ser sempre verificada mirando o princípio da proporcionalidade, buscando-se o ponto de equilíbrio entre o *Estado omissor* e o *Estado segurador universal*.

70. Para que não se tome um atalho impreciso no rastro da teoria do risco integral, instituindo-se, sem qualquer cautela, um seguro social com cobertura ampla e ilimitada em matéria de prestações positivas relacionadas a direitos fundamentais, imperioso se torna traçar parâmetros razoáveis e proporcionais de identificação daquilo que realmente pode ser objeto de uma pretensão perante o Poder Público, levando em conta, inclusive, quais são as situações de dano passíveis de reparação em caso de omissão estatal. Não se pode cogitar de reparação quando se estiver diante de pretensões localizadas fora dos limites dos direitos fundamentais, bem como há de se suportar certas restrições a esses direitos.

71. Somente se pode falar em dano indenizável quando efetivamente demonstrado ter havido um sacrifício do direito fundamental imputado ao Estado.

Fora daí, salvo se houver uma norma específica de seguro social, o princípio da reserva do possível tem o condão de afastar a responsabilidade civil do Estado por omissão, incidindo tanto como *limite negativo* ao direito fundamental (hipótese em que sequer haveria de se falar em dano), quanto como *restrição* ao direito fundamental (o dano, apesar de existente, não confere direito a uma reparação).

72. Tal como se dá com a conformação do direito de propriedade, todos os direitos fundamentais, especialmente aqueles cuja efetividade demanda prestações positivas por parte do Estado, não de ser compreendidos em função do seu perfil jurídico, tomado este como a resultante de um conjunto de vetores normativos que conciliam interesses não apenas do titular do direito mas, também, de terceiros, da sociedade e do Poder Público. Portanto, diante de direitos fundamentais cujos bens juridicamente protegidos não estejam claramente delineados, sendo extraídos do texto constitucional a partir de termos de conteúdo indeterminado (v.g. "segurança", "dignidade da pessoa humana", "saúde", "educação", "moradia" etc.), há de se examinar qual a extensão do suporte fático da norma embasadora, compatibilizando-se proporcionalmente os interesses individuais com o interesse público e demarcando, com isso, as fronteiras das pretensões legítimas.

73. Os direitos fundamentais estão condicionados não apenas às pretensões dos seus titulares, mas, também, de terceiros e do próprio Poder Público. Decorre daí a dupla função dos condicionamentos dos direitos fundamentais em relação ao Estado: de um lado, impõem que este assuma e cumpra os seus deveres constitucionais, respeitando o conteúdo essencial dos direitos dos indivíduos e da coletividade; de outro lado, ao balizarem a situação jurídica dos titulares de direitos fundamentais, servem também para delimitar até onde vão os deveres do Estado em termos de atuação concreta, diante de pretensões a ele direcionadas.

74. Se da ponderação entre os limites negativos e os limites positivos se chega à conclusão de que determinada pretensão individual extrapola o perfil jurídico do direito fundamental, não se há de cogitar em descumprimento de dever por parte do Estado, nem, por conseguinte, em sua responsabilidade extracontratual. Não cabe alegar danos em decorrência de condicionamentos a direitos, o que se aplica não apenas aos direitos de defesa, como também aos direitos a prestações positivas, incidindo o princípio da proporcionalidade em todas as hipóteses.

75. O padrão de funcionamento da máquina administrativa a serviço da efetivação dos direitos fundamentais configura aquilo que normal e ordinariamente se espera do Estado em cumprimento aos seus deveres constitucionais, não lhe cabendo atuar aquém ou além desse padrão, mas, sim, buscar a alocação eficiente de recursos públicos frente à demanda de bens e serviços públicos. Da mesma maneira que um indivíduo não pode se escusar em obedecer a uma obrigação legal delimitadora da sua liberdade ou propriedade, não poderá, também, pretender obter do Estado uma prestação positiva que extrapole a fronteira daquilo que é protegido pelo seu direito fundamental social.

76. Quando já delimitado o suporte fático da norma de direito fundamental, desenhando-se preliminarmente o conteúdo do direito em termos de condutas concretas que devem ser adotadas pelo Estado, a restrição ao direito fundamental pode advir num contexto específico de *compressão* desse conteúdo preliminar, em razão de fatores externos com força suficiente para reduzir a eficácia inicialmente estabelecida. Assim, a norma de direito fundamental poderá ter a sua eficácia restringida a depender do contexto da sua aplicação, sendo que a restrição não diz respeito propriamente ao conteúdo do direito fundamental, mas, sim, ao exercício das faculdades inerentes a tal conteúdo.

77. Enquanto sequer se pode alegar danos em decorrência de condicionamentos, no caso das restrições a direitos fundamentais esses danos *a priori* estão configurados, porém, diante das circunstâncias em que se verificam, não devem ser imputados ao Estado. Há situações concretas em que o princípio da reserva do possível, malgrado não afaste o direito fundamental *prima facie*, vem a lhe impor restrições diante da escassez de determinados bens de consumo rival, razão pela qual o atendimento a pretensões de uns acaba por inviabilizar que outros indivíduos possam ser atendidos a contento, sem que fique caracterizada, com isso, a culpa administrativa.

78. A razão que justifica a regra diferenciada de execução civil contra a Fazenda Pública, ao prever o art. 100 da Constituição de 1988 a obediência a uma ordem cronológica de apresentação de precatórios ou requisições de pequeno valor, inclusive para créditos de natureza alimentícia, deixa claro a importância dada às restrições orçamentárias em matéria de efetividade dos direitos fundamentais sociais, residindo aí o ponto fulcral do princípio da reserva do possível.

79. Estando a efetividade dos direitos fundamentais sociais condicionada à existência de recursos orçamentários disponíveis nos mais diversos setores de atuação estatal na área social e nem sempre se podendo atender ao mesmo tempo todas as pretensões direcionadas ao Estado, há de existir um parâmetro justo e impessoal de regulação dos serviços e fornecimento de bens aos indivíduos necessitados, sem o que terminará ocorrendo uma distribuição aleatória de benesses por razões políticas ou em função de ordens judiciais preferenciais que colocam alguns indivíduos na frente de outros na fila do atendimento.

80. Em se tratando de bens de consumo rival (ou exclusivos), nos quais o atendimento de pretensões de uns acaba por inviabilizar que outros indivíduos sejam de logo atendidos, eventual escassez de recursos necessários à pronta satisfação de todos, desde que demonstrado estar a máquina administrativa funcionando dentro de um padrão razoável e conforme a reserva do possível, haverá de ser suportada por aqueles que, em igualdade de condições e de necessidade, tiverem de aguardar a disponibilidade de recursos por parte do Poder Público.

81. Descabe invocar genericamente a reserva do possível quando se tratar de bens não exclusivos e que podem ser prestados ao indivíduo, sem preterição de qualquer outro, por simples remanejamento na alocação de recursos orçamentários já disponibilizados entre as unidades administrativas. Nesse caso, eventual descumprimento de dever por parte do Estado caracterizará o mau funcionamento da máquina pública, configurando um dano indenizável. O mesmo ocorre nas situações legalmente previstas em que, mesmo não havendo falha na prestação do serviço público, tenha o Estado assumido o risco por qualquer dano ao direito fundamental.

82. Contradição tem se verificado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira, quando se trata de estabelecer parâmetros de exigibilidade de prestações positivas relacionadas a direitos fundamentais e critérios de responsabilidade civil do Estado. O discurso atenuado da responsabilidade civil do Estado por omissão não se coaduna com o discurso extremado adotado no tocante aos deveres estatais frente aos direitos fundamentais a prestações positivas na área social.

83. Ao se considerar que prestações positivas de direitos fundamentais sociais devem ser integralmente fornecidas a todos que pleiteiem o atendimento pelo Poder Público, sem qualquer limite financeiro, seria imposição lógica e

inevitável defender que os indivíduos que não forem atendidos a contento teriam, em tese, direito a uma indenização pelos danos causados pelo inadimplemento desse amplo dever do Estado. E uma responsabilidade civil com tamanha magnitude equivaleria a adotar a tese do risco integral, acolhendo um verdadeiro seguro social sem lei específica, fazendo com que, em matéria de direitos fundamentais sociais, o Estado figure como segurador universal.

84. No momento em que se sustente o amplo e irrestrito dever do Poder Público no atendimento de pretensões individuais relacionadas a direitos fundamentais sociais, se estaria, por vias transversas, justificando a responsabilidade civil do Estado por risco em todos os casos de omissões genéricas. Deveras, dado o gigantesco número de relações jurídicas travadas entre o Estado e os indivíduos que precisam ser por ele atendidos, transformá-lo num *prestador universal* - levando ao extremo a amplitude do suporte fático das normas de direitos fundamentais, de modo a assegurar qualquer tipo de prestação positiva e sem importar as contingências - seria o mesmo que tratá-lo como *segurador universal* em termos de responsabilidade civil por omissão.

85. O *dever do Estado* no atendimento de pretensões fundamentais há de sempre estar correlacionado à *responsabilidade civil do Estado* em caso de eventuais prejuízos pelo não atendimento. Tal correlação precisa ser adequadamente compreendida no momento em que se interpreta o texto constitucional, dele extraindo o alcance da norma de direito fundamental na sua aplicação concreta e voltada para um determinado *dever de prestação*, atentando-se para o fato de que dita interpretação implicará reconhecer, também, um hipotético *dever de reparação* por omissão do Estado na respectiva prestação.

86. Em qualquer questionamento sobre a não efetivação de direitos fundamentais por meio de prestações positivas nos casos concretos, três situações se afiguram possíveis: 1<sup>a</sup>) *A prestação positiva pretendida não encontra amparo na norma de direito fundamental*, de modo que admitir-se hipoteticamente um dano decorrente da omissão estatal equivaleria a guindar o Estado à condição de segurador universal; 2<sup>a</sup>) *A prestação positiva pretendida encontra amparo na norma de direito fundamental, porém, esbarra numa restrição justificável a tal direito*, não vindo a ser atendida em razão da natureza de consumo rival do bem econômico e a escassez de meios para o atendimento simultâneo de todas as pretensões, havendo

um conflito de direitos entre indivíduos em igualdade de condições; 3<sup>a</sup>) *A prestação positiva pretendida encontra amparo na norma de direito fundamental e a omissão do Estado em fornecê-la configura sacrifício de tal direito*, reconhecendo-se, por isso, a responsabilidade civil do Estado e o conseqüente dever de reparação por eventuais danos.

87. Tratando-se de bens econômicos de consumo não rival, o sacrifício de direito fundamental, por omissão do Poder Público, somente se configura quando caracterizada a omissão genérica na adoção de políticas públicas adequadas ou, em determinadas circunstâncias, verificar-se uma omissão específica relacionada ao caso concreto. Se o Estado já implementou um plano geral de funcionamento da máquina administrativa, razoável e condizente com o atendimento de todas as políticas públicas fundamentais e de acordo com a reserva do possível, não há de se falar em responsabilidade civil por omissão, salvo se detectada falha do serviço público como um todo, hipótese em que incide a teoria da culpa administrativa por omissão genérica, ou se houver uma omissão específica, hipótese em que incide a teoria do risco administrativo, observadas eventuais excludentes do nexo causal.

88. Nos casos envolvendo bens econômicos de consumo rival, quando a prestação positiva, no grau de concretização pretendido pelo indivíduo, não esteja prevista como política pública ou, ainda que prevista, enfrente certas restrições decorrentes da alta demanda, a verificação do sacrifício do direito fundamental e a conseqüente responsabilidade civil do Estado por omissão também há de levar em conta se houve planejamento adequado do atendimento, segundo um padrão ordinário de funcionamento compatível com a demanda e dentro da reserva do possível, somente respondendo o Estado por falha do serviço público em caráter geral ou risco administrativo por omissão específica com nexo causal.

89. Ainda que se tratando de bens econômicos de consumo rival, se a prestação positiva concretamente pretendida já é objeto de uma política pública prevista em lei e normas regulamentares que vinculam a Administração, com recursos alocados à plena satisfação da demanda, há direito subjetivo do indivíduo a ter a sua pretensão atendida pelo Poder Público, de modo que, presumido o nexo causal, o não atendimento implicará omissão específica a ensejar a responsabilidade civil do Estado sob a modalidade de risco administrativo. Nessas situações, as tradicionais excludentes de responsabilidade relacionadas à



organização do serviço público são incorporadas ao risco politicamente assumido pelo Estado, na condição de *fortuito interno*, não sendo dado invocar a reserva do possível.

90. Em todo caso, à guisa da efetivação dos direitos fundamentais sociais, o amplo e irrestrito fornecimento de bens de consumo rival pelo Estado só deve valer nas hipóteses em que excepcionalmente já exista uma política pública de risco quase integral. A regra geral para os bens de consumo rival, tal como ocorre nos bens de consumo não rival, é a responsabilidade civil do Estado apenas nos casos em que o serviço público funcione aquém do ordinariamente esperado, caracterizando a culpa administrativa por omissão genérica, ou quando haja omissão específica e nexos causal que justifique a aplicação da teoria do risco administrativo mitigado.

## REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2002.
- AGUIAR DIAS. **Responsabilidade civil decorrente da ruína de edifícios**. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, v 1, Rio de Janeiro: Prefeitura do Distrito Federal, 1955.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9706-9705-1-PB.pdf>. Acesso em: 22/02/2017.
- AGUILAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Teoria da regulação**. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. **Mutação constitucional na era do ativismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_.; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 79-99.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Regulação da economia: conceito e características contemporâneas**. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1032-1067.
- ARAÚJO, Edmir Netto, **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BÄCKER, Carsten. **Regras, princípios e derrotabilidade.** Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jul.2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Responsabilidade civil da administração pública - aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras.** In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado.* São Paulo: Malheiros, 2006.

BAHIA, Saulo José Casali. **Judicialização da política.** In: *II Jornada de Direito Constitucional.* Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília; ESMAF, 2014, p. 388-402.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil do estado.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.** 1. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Grandes temas de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos.** Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 552, p. 11-20, out. 1981.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 101-132.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria.** In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 03-34.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da. GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23-59.

\_\_\_\_\_. **O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse Público.** In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, prefácio.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Teoria geral do direito: o direito positivo e sua perspectiva filosófica**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BERCOVICI, Gilberto. **Desenvolvimento, estado e administração pública**. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 667-680.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Aborto de feto anencefálico e derrotabilidade**. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/6466/aborto-de-feto-anencefalico-e-derrotabilidade>. Acesso em 08/07/2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Nova Ed., 2004.

\_\_\_\_\_. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Do estado liberal ao estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Componente especializado da assistência farmacêutica: inovação para a garantia do acesso a medicamentos no SUS**. Brasília : Ministério da Saúde, 2014.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: RT, 1981.

BUCHHOLZ, Todd G. **Novas ideias de economistas mortos**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Custos dos direitos e reforma do estado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Supremo Tribunal Federal, política e democracia**. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 177-207.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brançosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional como ciência de direcção - o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social")**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Oriene Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 11-31.

CARNEIRO, Wálber de. **O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico**. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lênio (Org). "Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 133-151.

CARNEIRO NETO, Durval. **Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade**. Salvador: JusPodivm, 2008.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **El acceso igualitario a la función pública: análisis del derecho español y brasileño**. 648 p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2010.

CARVALHO, Vladimir Souza. **Iniciação ao estudo do precatório**. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, ano 19, n. 76, out-dez 1982, p. 325-364.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**, v II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CASTRO, Celso Luiz Braga de. **Desvios de conduta da administração pública**. 195 p. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2001.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes**. *Revista de Direito Administrativo*, n. 219. Rio de Janeiro, jan./mar./2000, p. 253-270.

\_\_\_\_\_. **Apreciação crítica aos direitos fundamentais de primeira geração à luz do direito de propriedade: da propriedade liberal à propriedade social**. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 239-261.

\_\_\_\_\_. **Breves considerações sobre as execuções contra a Fazenda Pública.** *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em direito*, Recife, n. 9, p. 35-69, 1998.

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre o papel do estado frente à atividade econômica.** *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 20. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 7. ed. São Paulo: Atlas.

CERQUEIRA, Manuel de Castro. **A responsabilidade objetiva das pessoas de direito público interno: exegese do art. 194 da Constituição Federal.** *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, v 2, Rio de Janeiro: Prefeitura do Distrito Federal, 1955.

CHAPUS, René. **Droit administratif général.** 15. ed., tome 1, Paris: Montchrestien, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais.** *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração.** In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho.* São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35-47.

COMPARATO, Fábio Konder. **Sobre a legitimidade das Constituições.** In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho.* São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49-88.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Limites ao poder do Estado (ensaio de determinação do direito na perspectiva dos direitos fundamentais).** In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 167-193.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público.** São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo.** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional.** Salvador: JusPodivm, 2008.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **O sistema do precatório.** In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, ago-nov/1998, p. 61-102.

DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica. Advocacia administrativa na execução contra a fazenda pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço público.** In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Org.). *Execução contra a Fazenda Pública*. Brasília: Série Cadernos do CEJ, v. 23, 2003, p. 121-139.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito administrativo.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Norma constitucional e seus efeitos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DROIT, Roger-Pol. **Mestres do pensamento: 20 filósofos que marcaram o século XX.** Porto Alegre: L&PM, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor.** São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: RT, 1990.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de direito civil brasileiro: dos direitos subjetivos.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. IX, 1941.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio público.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil.** 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo.** 8. ed. Barcelona - Madrid - Buenos Aires: Labor, 1933.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**. 15. ed. México: Porruá, 1973.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **O mito do estado liberal brasileiro**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/vladimir-da-rocha-franca/o-mito-do-estado-liberal-brasileiro>. Acesso em 05/07/2016.

\_\_\_\_\_. **Perfil constitucional da função social da propriedade**. *Revista de Informação Legislativa*, n. 141. Brasília, jan./mar. 1999, p. 09-21.

FREITAS, Juarez. **O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional**. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 226-247.

\_\_\_\_\_. **Proporcionalidade e vedação de excesso e inoperância**. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRIEDMAN, Milton. **O mito do almoço grátis**. Vídeo disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=bSnoOJ0EiOc>. Acesso em 06/06/2016.

FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. **Précis de droit administratif**. 4. ed. Paris: Montchrestien, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 1997.

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

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GICO JR., Ivo. **Introdução ao direito e economia**. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas.

GOMES, Filipe Lôbo. **A regulação estatal como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento econômico: um contributo da análise econômica do direito**. RDU, Porto Alegre, Edição especial, 2016, p. 97-125.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997

\_\_\_\_\_. **Introdução ao direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.



GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo: parte general**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t 1.

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho administrativo: la defensa del usuario y del administrado**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t 2.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **As agências, essas repartições públicas**. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25-28.

\_\_\_\_\_. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Teoria dos serviços e sua transformação**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39-71.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e teoria do direito**. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 268-283.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

HOLMES, Sthefen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rigths: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia normativa da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: RT, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Em torno da "reserva do possível"**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 155-173.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A nova regulação estatal e as agências independentes**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 72-98.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: RT, 1974.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006.

MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_; CARNEIRO, Rafael Araripe. **Gestão pública e direito municipal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **O princípio da realidade no direito administrativo**. Revista Consultor Jurídico, 18 de março de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mar-18/quando-direito-ignora-realidade-ela-vingaigno-ra-direito>. Acesso em: 09/10/2016.

MIRANDA, Jorge. **A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais em Portugal**. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 284-303.

\_\_\_\_\_. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Problemas de responsabilidade civil do Estado**. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37-69.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997

\_\_\_\_\_. **O futuro da Constituição**. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 313-336.

MOREIRA NETO. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Novas mutações juspolíticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente. **Direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **A limitação das possibilidades de atuação do Estado-nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência**. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira (Org.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao prof. J. J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 209-218.

\_\_\_\_\_. **Teoria estruturante do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos.** *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, ano 3, ano 2, 2002, p. 09-30.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; JUSTEN FILHO, Marçal. **Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra, 2013.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais.** São Paulo: Verbatim, 2009.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico.** 9. ed. São Paulo: RT, 2015.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2012.

PASSOS, J. J. Calmon de. **A constitucionalização dos direitos sociais.** *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 10. Salvador, jun./jul./ago. 2007.

\_\_\_\_\_. **O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro.** In: LEÃO, Adroaldo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. *Responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 133-140.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas.** São Paulo: RT, 1995.

PIRES, Alex Sander Xavier. **Homem, sociedade e direito: síntese jusfilosófica voltada ao jusnaturalismo.** Disponível em: <http://www.cp2.g12.br/blog/perspectiva-sociologica/edicoes-anteriores/jan-jul-2011-no-6-e-7/homem-sociedade-e-direitosinte-se-jusfilosofica-voltada-ao-jusnaturalismo/>. Acesso em 05/07/2016.

PONTES DE MIRANDA. **Sistema de ciência positiva do direito: introdução à ciência do direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t II.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REIS, Róbson Ramos dos. **Historicidade e mudanças relacionais: os limites da compreensão**. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lênio (Org). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 59-71.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: RT, 1977.

ROSA, Carlos S. Mendes (tradutor). **O livro da economia**. São Paulo: Globo, 2013.

ROUBIER, Paul. **Droits subjectifs et situations juridiques**. Paris: Dalloz, 1963.

RUI BARBOSA. **Oração aos moços**. In: *Rui Barbosa escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Biblioteca Luso-Brasileira, 1966, p. 666.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Angela Moulin Simões; MEDEIROS, Mariana Gomes Peixoto; LUFT, Rosângela Marina. **Direito à moradia: um direito social em construção no Brasil: a experiência do aluguel social no Rio de Janeiro**. Disponível em: [http://www.rii.sei.ba.gov.br/anais\\_xiii/gt3/gt3\\_angela.pdf](http://www.rii.sei.ba.gov.br/anais_xiii/gt3/gt3_angela.pdf). Acesso em 29/09/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 291-335.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 13-50.

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

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010, v. 1.

SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Matheus Teixeira. **A excepcionabilidade normativa no processo decisório.** Revista Conversas e Controvérsias da PUCRS. Porto Alegre, v.2, n.2, p. 51-64, 2011/2.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. **Comentário contextual à constituição.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito urbanístico brasileiro.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos.** São Paulo: Saraiva, 1985.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico.** In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Interpretação constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade civil sem culpa.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SOMMERMANN, Karl-Peter. **A execução forçada por quantia certa contra a fazenda pública no direito alemão.** Tradução: Luís Greco. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Org.). *Execução contra a Fazenda Pública.* Brasília: Série Cadernos do CEJ, v. 23, 2003, p. 105-118.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas.** In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lênio (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 153-172.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador.** São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

TORNARÍA, Felipe Rotondo. **Derechos fundamentales y administración pública**. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. t 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

VALADÉS, Diego. **Consideraciones sobre el Estado constitucional, la ciencia y la concentración de la riqueza**. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 695-717.

VALDÉS, Ernesto Garzón. **Algo más acerca de la relación entre derecho y moral**. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001.

VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WATANABE, Kazuo *et alli*. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental**. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 70-88.