



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS E DEVER DE
REPARAÇÃO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO
ESTADO COMO MECANISMO DE TUTELA DOS
DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS**

por

VICTOR HUGO FRAGA DE CARVALHO

ORIENTADOR: Marcelo Junqueira Calixto

2023.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS E DEVER DE REPARAÇÃO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO COMO MECANISMO DE TUTELA DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

por

VICTOR HUGO FRAGA DE CARVALHO

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Marcelo Junqueira Calixto.

2023.2

Dedico estas páginas, como tudo na vida, aos meus pais e às minhas avós, bem como a todos aqueles que, nos dizeres de Bethânia, mantêm a coragem de gostar de mim, apesar de mim. Dedico também à Marina, sem cuja força e ajuda eu não teria nem mesmo começado a trilhar o caminho que me trouxe até aqui. Dedico à Arya, que me salvou.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e pela certeza de que n'Ele são possíveis todas as coisas.

Aos meus pais, Valquíria Fraga e José Carlos de Carvalho, por todo amor, carinho e dedicação dispensados a mim durante esses quase vinte e três anos. A vocês, que abdicaram de tantas coisas em favor da minha educação formal, devo absolutamente tudo. Jamais poderei pôr em palavras o tamanho da minha gratidão e do meu amor por vocês! A conclusão deste trabalho é resultado maior do apoio e incentivo incondicionais que sempre me deram. Obrigado por tornarem possível a realização deste e de muitos outros sonhos. Tudo o que há de mais precioso em mim encontra em vocês a razão de ser.

À minha avó e segunda mãe, Ione Fraga, por todo amor e carinho com que até hoje cuida de mim. Eu não seria um décimo do pouco que sou não fosse sua presença constante em minha vida. Te amo para sempre!

À minha avó, Ivone de Carvalho, exemplo maior de fé, por todos os momentos que permanecerão guardados comigo. Carregando seus traços em meu rosto, que a cada dia eu em tudo me pareça ainda mais com a senhora.

À Marina Fraga, por tudo, inclusive por ter sido a irmã que nunca tive (com todos os *muitos* ônus, mas principalmente os bônus que ter um irmão oportuniza na vida da gente). Devo-te na mesma proporção que te amo.

À minha grande família e, em especial, aos meus tios José, Simone e Sônia Fraga, que me presentearam com a alegria de tê-los sempre tão por perto (e também com alguns livrinhos).

Aos meus tios Carlos Piragibe e Silvia Fraga, que muito gentilmente me acolheram em sua casa nos dois últimos períodos, proporcionando-me a paz e a tranquilidade necessárias à finalização desta monografia. Agradeço também aos queridos primos Vicente e Larissa.

Muitas foram as pessoas que, de uma forma ou outra, ajudaram-me ao longo de todo caminho percorrido até aqui. Algumas, contudo, contribuíram decisivamente para que o próprio *caminhar* fosse, de fato, possível. A essas pessoas dirijo um singelo, mas especial, agradecimento.

Agradeço à Luciene Lima, que com muito carinho me recebeu em sua casa na época em que prestei o vestibular. Também a Gabriel Lima, amigo de sempre e de todas as horas.

Agradeço, muito especialmente, a Andreza Freitas, Mesaque Delfim e Vitória Rodrigues, melhores amigos que a vida e a cidade de Paty poderiam me dar. Obrigado por acompanharem e me auxiliarem com as angústias que cercaram a escrita deste trabalho. Vocês são luz e muito essenciais!

Ainda na terrinha, agradeço, em ordem alfabética, ao meu grupo de sempre: Breno, João Vitor, Luiz Felipe, Raí e Renato, verdadeiros irmãos. Também aos queridos Jefferson, Márcio, Milena, Miriam e Sara.

A história da minha graduação se confunde com a história da amizade que cultivei, desde os primeiros dias do primeiro período, com duas pessoas: Arthur Andrade, o Dino, e Júlia Gonçalves. Aos dois devo tanto que nem sei. Obrigado, amigos, por todos os momentos compartilhados, bem como pela companhia de sempre (e para sempre).

Agradeço, ainda, a três muito especiais amigas da graduação: Cecília Maciel, Marcella David e Maria Rafaela da Silva. Dividir a graduação com vocês durante esses cinco anos foi um privilégio enorme.

Agradeço a Gabriel Reis, que de longe, mas também de muito perto, acompanhou-me durante esta trajetória.

Agradeço, especial e encarecidamente, ao meu orientador, professor Marcelo Junqueira Calixto, que, tendo aceitado gentilmente o meu convite, orientou-me de forma irretocável. Agradeço a generosa e atenta orientação, bem como os comentários, apontamentos e correções que aperfeiçoaram e enriqueceram este trabalho.

Agradeço, por fim, aos professores que, a despeito das dificuldades inerentes ao ensino na escola pública, contribuíram com minha formação de maneira excelente e determinante. A conclusão deste curso é fruto do trabalho dedicado e comprometido de todos vocês.

Agradeço, também, ao corpo docente do Departamento de Direito.

À PUC-Rio, minha gratidão. De fato, “*com asas nada é pesado*”.

Aos meus colegas de graduação, o meu muito obrigado!

RESUMO

CARVALHO, Victor Hugo Fraga de. *Omissões inconstitucionais e dever de reparação: A responsabilidade civil do Estado como mecanismo de tutela dos direitos sociais prestacionais*. Rio de Janeiro, 2023. 92 p. Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

O presente trabalho objetiva analisar o instituto da responsabilidade civil do Estado aplicado aos danos cuja origem se vincule à violação de um direito social prestacional, por omissão atribuível ao Poder Público. Busca-se perquirir em que medida está o Estado obrigado a concretizar os direitos sociais consagrados constitucionalmente, de modo a determinar se a ausência da prestação vocacionada, na forma de bens e serviços, à realização do direito social pode ser considerada como uma omissão juridicamente relevante para fins de responsabilidade civil. Investiga-se, à luz do limite relativo da reserva do possível e do princípio da proporcionalidade, que veda a insuficiência, quais ações prestacionais são especificamente exigíveis do Estado, para então determinar as hipóteses em que será possível a ele imputar a obrigação de reparar o dano oriundo do descumprimento de tal dever de agir. Examina-se, para tanto, os caracteres essenciais da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro, seus pressupostos configuradores e causas excludentes, bem como a natureza objetiva da responsabilidade assentada no art. 37, §6º, da Constituição. Propõe-se, abstratamente, que é possível responsabilizar o Poder Público pelos danos decorrentes direta e imediatamente da ausência da prestação garantida pelo direito social nos casos em que a omissão ofenda, de modo desproporcional, seu núcleo essencial e não reste justificada pelos limites fáticos e jurídicos de realização das ações prestacionais.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Direitos sociais. Direito a prestações. Omissão inconstitucional. Reserva do possível. Proibição de insuficiência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - CONTEÚDO E EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO	11
1.1 Os direitos sociais na Constituição de 1988.....	12
1.2 Constituições políticas, normativas e dirigentes: um olhar sobre o caráter programático da declaração de direitos sociais	18
1.2.1 Entre aplicabilidade e inexigibilidade imediatas.....	22
1.2.2 Apontamentos para uma interpretação adequada	27
1.3 Condições de eficácia e o limite (relativo) da reserva do possível ...	32
CAPÍTULO 2 - A VIOLAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS POR OMISSÃO ATRIBUÍVEL AO PODER PÚBLICO.....	37
2.1 Omissões genéricas e específicas	38
2.2 Ofensa legislativa ou administrativa à proibição de insuficiência	41
2.3 Conduta omissiva de agentes estatais.....	52
CAPÍTULO 3 - DIREITOS SOCIAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO	55
3.1 A responsabilidade civil do Estado na Constituição de 1988.....	56
3.1.1 Evolução e Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado....	58
3.1.2 Natureza objetiva da responsabilidade por omissão.....	64
3.2 Pressupostos configuradores	69
3.2.1 Omissão antijurídica	69
3.2.2 Dano.....	75
3.2.3 Nexo causal.....	79
3.3 Causas excludentes	86
3.4 Reparação do dano e tutela dos direitos sociais	89
CONCLUSÃO.....	93
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95

LISTA DE ABREVIACÕES

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgInt – Agravo Interno

AgR ou **AgRg**– Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo

Art. – artigo

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Des. – Desembargador(a)

j. – julgamento

Min. – Ministro(a)

RE – Recurso Extraordinário

Red. – Redator(a)

Rel. – Relator(a)

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

INTRODUÇÃO

Segundo constata Caio Mário, a responsabilidade civil encerra um dos campos em que “a evolução jurídica se faz mais presente”¹. Tal se verifica também em relação à responsabilidade civil do Estado. Desde a fase em que vigorava a teoria da irresponsabilidade, por força do dogma da infalibilidade real, até a consagração, entre nós, da teoria objetiva, a possibilidade de se imputar ao Estado o dever de indenizar os danos decorrentes de sua atividade sofreu numerosas e substanciais transformações. Se, sob a égide do Estado liberal, a atuação marcadamente não-intervencionista do Estado traduzia-se em escassas hipóteses de danos ressarcíveis (vinculados, via de regra, à não observância de um dever jurídico de abstenção), hoje, com a emergência do Estado Social, e considerada a magnitude das funções públicas, “as ocasiões e possibilidades de o Estado causar danos aos cidadãos são imensas”². E não apenas quando age, mas também – e, talvez, sobretudo – quando se omite.

O Estado, como é cediço, não está tão somente obrigado a se abster de violar direitos fundamentais. Possui, ao contrário, o dever constitucional de eficazmente tutelá-los e, no que respeita aos direitos de segunda dimensão, efetivamente promovê-los. Os *direitos sociais prestacionais* exigem, nessa lógica, que o Estado atue positivamente no sentido de sua concretização. Fato é, entretanto, que o Poder Público, de um lado, encontra-se não raro fático e juridicamente impossibilitado de fornecer de maneira suficiente os bens e serviços *prima facie* garantidos pelos direitos sociais, sendo certo, de outro, que a crônica omissão dos entes federados no âmbito das políticas sociais gera, em desfavor dos titulares do direito a prestação não realizada, a violação de interesses que figuram como concretamente merecedores de tutela.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 173.

² BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado: À luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 18.

Como, pois, conciliar os limites de realização dos direitos sociais com a pretensão de eficácia das normas constitucionais que os definem, sobretudo à luz da garantia da aplicabilidade imediata reservada pela Constituição aos direitos fundamentais? Como mensurar se determinada prestação social é juridicamente exigível em face do Poder Público para então classificar sua omissão como juridicamente relevante? Como atribuir e imputar ao Estado responsabilidade pelos prejuízos oriundos da não observância de um dever de agir determinado pelos direitos sociais, tendo em vista seu caráter muitas vezes programático e a razoável indeterminabilidade inicial de seu objeto? Estas algumas das perguntas que nortearão a análise a seguir empreendida.

Sem efetuar argumentação com base em direitos sociais em espécie ou em casos concretos específicos (que segmentariam em demasia o exame aqui proposto), busca-se traçar, em linhas gerais, um modelo que permita aferir, a partir da análise de alguns critérios objetivos, em quais hipóteses se poderá legitimamente atribuir ao Poder Público o dever de indenizar os danos cuja origem se vincule a uma omissão violadora de determinado direito social prestacional. Em outros termos, pretende-se perquirir em quais situações a responsabilidade civil do Estado pode ser tomada como mecanismo idôneo de tutela dos direitos sociais de índole prestacional.

À vista destes objetivos, se analisará, no primeiro capítulo, o regime jurídico dos direitos sociais no direito brasileiro, com ênfase na afirmação da relatividade do caráter programático da declaração de direitos sociais e do limite da reserva do possível. O segundo capítulo, por sua vez, terá por objeto especificamente as violações de direitos sociais por omissão atribuível ao Poder Público, análise que terá por foco as ações fáticas e normativas não implementadas pelas pessoas jurídicas de direito público componentes da federação. Por fim, cuidará o terceiro capítulo de analisar propriamente o instituto da responsabilidade civil do Estado à luz do art. 37, §6º, da Constituição de 1988, sua evolução histórica e pressupostos configuradores, aos quais se somarão as reflexões lançadas nos capítulos anteriores.

CAPÍTULO 1 - CONTEÚDO E EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Paulo Bonavides, em obra clássica sobre a passagem do Estado liberal ao Estado social, elege, como gênese deste último, a busca pela superação da contradição existente entre a igualdade política e a desigualdade material³. O Estado social surge, portanto, como aquele que é, “por sua própria natureza, um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais”⁴. Esta a compreensão que marca e perpassa todo o século XX, dominado que foi pela expressiva e profícua positivação dos direitos de segunda dimensão nas Constituições modernas, sobretudo as do segundo pós-guerra. Tamanha a repercussão desta mudança de paradigma que se tornou comum falar em um verdadeiro *constitucionalismo social*.

Conforme pontua José Afonso da Silva:

O constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX volta-se basicamente para a garantia formal das liberdades, como princípio da democracia política [...]. Isso se explica no fato de que a burguesia, que desencadeara a revolução liberal, estava oprimida apenas politicamente, não economicamente. Daí porque as liberdades da burguesia se caracterizam como liberdades-resistência ou como meio de limitar o poder, que, até então, era absoluto. No entanto, o desenvolvimento industrial e a consequente formação de uma classe operária logo demonstraram [a] insuficiência daquelas garantias formais [...]. Pois a opressão não era, em relação a ela, apenas de caráter político formal, mas basicamente econômico. Não vinha apenas do poder político do Estado, mas do poder econômico capitalista. De nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos se a maioria não dispunha – e ainda não dispõe – de condições materiais para exercê-las⁵.

A constatação desta desigualdade motivou, em apertada síntese, a formação progressiva de um novo modelo político de Estado e também de democracia. Em que pese não se “afastar dos alicerces básicos do capitalismo (economia de mercado, livre-iniciativa e proteção da propriedade privada)”, o Estado passa a se comprometer com a promoção de maior igualdade social

³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 185.

⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 200.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 68-69.

e a garantia de “condições básicas para uma vida digna”⁶. Os direitos sociais, econômicos e culturais, como também os trabalhistas, nascem, nesse sentido, “abraçados ao princípio da igualdade, [...] que os ampara e estimula”⁷.

Apesar das elevadas razões que os justificaram – primeiro nos planos filosófico e político e, depois, no campo do direito positivo –, tais direitos atravessaram um “ciclo de baixa normatividade”, sendo em geral “remetidos à chamada esfera programática”⁸, notadamente por exigirem do Estado, para sua concretização, uma atuação positiva nem sempre passível de ser levada a efeito. Vivia-se, como observa Bonavides⁹, uma “crise de observância e execução” dos direitos de segunda dimensão, cuja juridicidade foi vivamente questionada, mesmo naqueles sistemas jurídicos que instituíram o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Como regra, portanto, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais dependeria, de forma intransponível, da regulamentação a eles dada pelo legislador.

Verificar se – e em que medida – tal afirmação permanece válida em face do atual estágio de desenvolvimento da teoria constitucional no Brasil é o objeto de que se ocupará as próximas linhas.

1.1 Os direitos sociais na Constituição de 1988

Como nota prévia ao exame do regime jurídico dos direitos sociais, importa esclarecer que sob tal alcunha a Constituição alberga uma série de direitos fundamentais que entre si não guardam, por vezes, relação direta. A opção do constituinte é, porém, plenamente justificável. Como ressaltado, os direitos de segunda dimensão têm por escopo promover a igualdade material em sentido amplo, de modo a permitir não apenas a integração social dos indivíduos, mas sua emancipação. Daí prever a CRFB/88 não apenas direitos

⁶ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 47.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 578.

⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 578-579.

⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 579.

sociais em sentido estrito, mas também direitos culturais e econômicos – estes identificados com os direitos ao trabalho digno e ao justo consumo.

Por uma opção metodológica, a presente monografia trabalhará quase que exclusivamente com o primeiro grupo de direitos sociais, classificados também como direitos sociais básicos (eis que funcionalizados à garantia de condições mínimas de vida a todos as pessoas, com vistas ao pleno exercício da cidadania). Tais direitos encontram-se sediados principalmente no art. 6º da Constituição¹⁰, que inaugura o Capítulo referente aos direitos sociais em espécie. Tendo em linha de conta que nosso objeto é examinar as omissões estatais no que diz respeito à promoção de direitos de índole prestacional, notadamente sob o ponto de vista da ausência ou deficiência dos serviços públicos vocacionados a satisfazê-los, a menção aos direitos sociais se dará, daqui em diante, sempre com referência aos direitos prestacionais, com o regramento próprio que a CRFB/88 a eles confere no Título da ordem social.

Pois bem. Os *direitos sociais prestacionais*, tais como hodiernamente concebidos, têm por antecedentes históricos a Constituição do México de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919. Embora tenha exercido esta última maior influência entre nós, foi a “Constituição mexicana de 1917 que por primeiro sistematizou o conjunto dos direitos sociais do homem”¹¹. No Brasil, a previsão de um Título sobre a ordem econômica e social só teve lugar com a Constituição de 1934, inaugurando estrutura que passou então a ser replicada nas Constituições seguintes¹². Não significa isso dizer que as Cartas anteriores não tenham previsto direitos sociais em espécie. Em verdade, verifica-se que a Carta Imperial de 1824 já consagrava em seu art. 179, XXXII, o direito à instrução primária gratuita. Mas foi apenas em 1934

¹⁰ CRFB/88, Art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária”.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 70.

¹² SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183.

“que os direitos sociais e em geral as normas definidoras de fins e tarefas do Estado foram inseridas na tradição constitucional brasileira”¹³.

Já sob a égide da Constituição de 1988, os direitos sociais ganham capítulo próprio e passam a ser disciplinados, ao lado dos direitos individuais e coletivos, sob o guarda-chuva do também inédito Título II, destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais. Embora dispostas as ordens econômica e social apenas nos Títulos VII e VIII, não pretendeu o constituinte cindir o tratamento da matéria social. Como observa José Afonso da Silva, a forma de proteção dos direitos de segunda dimensão “é dada precisamente no Título da ordem social”, sede na qual se encontram minuciosamente disciplinados os “mecanismos e aspectos organizacionais” de sua realização¹⁴. Daí se dizer que “os direitos sociais somente podem ser compreendidos (e aplicados) de modo adequado a partir de uma análise conjunta e sistemática de todas as normas constitucionais que direta ou indiretamente a eles se vinculam”¹⁵.

A primeira tarefa que se impõe, nessa lógica, é precisar o conceito de direitos sociais à vista das diversas disposições constitucionais relativas ao tema. Na acepção aqui empregada, direitos sociais podem ser definidos como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais [que tendem] a realizar igualização de situações sociais desiguais”¹⁶. Encerram, desse modo, as assim denominadas liberdades positivas, constituindo “exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito [...] guiado pelo valor da justiça material”¹⁷. Aos direitos sociais corresponde, portanto, uma atuação estatal, que poderá ser tanto fática quanto normativa.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 633.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 183.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang et al. Op. cit., p. 635.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. Op. cit., p. 520.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 63.

O art. 6º da Constituição, por este viés, consagra verdadeiros direitos a prestações positivas – e nisto reside a essência dos direitos sociais. Isso não obstante, há muito se admite, notadamente após a inclusão, pela EC nº 26/00, do direito à moradia no rol do sobredito dispositivo, que os direitos sociais também possuem uma dimensão negativa, para cuja satisfação se exige uma abstenção estatal. No caso do direito à moradia, por exemplo, embora seja certo que às autoridades públicas se impõe a formulação e consecução de políticas e programas habitacionais (atuação positiva), o exercício do direito passa a ser oponível tanto em face do Estado, como dos demais particulares, que devem observar, nesse sentido, uma postura de não interferência¹⁸.

Mas não só. Conforme observou o Tribunal Constitucional português no acórdão 39/84, de 1984, citado por George Marmelstein:

A partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que está obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social¹⁹.

Cuida-se da aplicação do princípio da vedação de retrocesso social, que traduz, *in casu*, a obrigação de o Estado abster-se de adotar qualquer “medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados”, devendo, se assim proceder, implementar meios alternativos “capazes de compensar a anulação desses benefícios”²⁰.

À vista disso, passou-se a criticar fortemente a pertinência da distinção entre as dimensões de direitos fundamentais com base no *status* negativo ou

¹⁸ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang et al. (*Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 644), para quem o direito à saúde também “apresenta uma evidente dimensão defensiva, no sentido de gerar um dever de não interferência, ou seja, uma vedação a atos (estatais e privados) que possam causar dano ou ameaçar a saúde da pessoa, sem prejuízo de sua simultânea função prestacional”.

¹⁹ MARMELSTEIN, George. Op. cit., p. 285.

²⁰ MARMELSTEIN, George. Op. cit., p. 285-286. O autor adverte, todavia, que “o princípio da vedação do retrocesso social não deve ser visto como uma barreira intransponível para qualquer mudança no âmbito dos direitos fundamentais. O que ele exige é que a revogação das leis que regulamentam os direitos [...] seja justificada do ponto de vista do desenvolvimento humano”. V., também, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 721 e ss.

positivo do direito objeto de análise (até mesmo porque se reconhece que os direitos tidos como de primeira dimensão também reclamam um agir do Estado para que possam ser, de fato, livremente exercidos).

Noutro giro, a diferenciação entre a primeira e a segunda dimensões também não se justificaria em função da titularidade individual ou coletiva dos direitos fundamentais. A rigor, faria sentido lançar mão desse expediente para destacar dos demais os direitos de terceira dimensão, cuja titularidade é, em regra, difusa, como se verifica no caso do direito ao meio ambiente (art. 225 da CRFB/88). Já os direitos sociais, como visto, nascem como “direitos assegurados por força mesmo da dignidade de cada pessoa individualmente considerada”²¹. Dessa maneira, ressalvados os casos em que a Constituição o indica, titular dos direitos sociais são todos aqueles que necessitam, do ponto de vista econômico e social, da prestação a que eles correspondem²².

Nesse sentido:

[Os] direitos humanos e fundamentais, sejam eles civis e políticos, sejam eles sociais, econômicos e culturais [...], são sempre direitos referidos, em primeira linha, à pessoa individualmente considerada, e é a pessoa (cuja dignidade é pessoal, individual, embora socialmente vinculada e responsiva) o seu titular por excelência. [Nessa perspectiva], embora os direitos sociais (como, aliás, se dá com os demais direitos humanos e fundamentais) sejam direitos da pessoa humana situada no seu entorno coletivo, isto não significa dizer que apenas possam ser exercidos no contexto coletivo (pela ação de grupos ou coletividades), pois os direitos sociais encontram seu fundamento e sua função na proteção das pessoas no contexto de sua situação concreta na sociedade²³.

Reconhece-se, assim, que os direitos fundamentais sociais, embora por vezes exercidos pela coletividade, são antes titularizados pelo indivíduo singularmente considerado, leitura que torna possível atribuir-lhes a condição de autênticos direitos subjetivos a prestações²⁴, passíveis, portanto, de serem deduzidos individualmente em juízo, como será detidamente analisado nos

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 222. Observa o autor, ainda, que até os direitos de associação e de greve “não são tidos como direitos exclusivamente coletivos, mas sim direitos individuais de expressão coletiva”.

²² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 109.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 223.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 650.

tópicos seguintes. Não se afasta com isso a possibilidade de que sejam os direitos sociais objetos da tutela judicial coletiva, se esta se mostrar também adequada à defesa das pretensões em jogo. O dado objetivo a ser considerado, em qualquer dos casos, é que os “direitos sociais perderiam a sua condição de direitos fundamentais, caso seu objeto e a decisão sobre sua eficácia ficassem integralmente [...] subordinados ao legislador”²⁵.

Destacados pela nota da fundamentalidade por expressa disposição do constituinte originário, insito também ao regime jurídico dos direitos sociais os caracteres próprios da teoria geral dos direitos fundamentais. Deve-se ter presente, sob este viés, que os direitos fundamentais sociais exercem uma função tipicamente contramajoritária, encontrando-se “subtraídos à plena disponibilidade dos poderes constituídos”²⁶, nada obstante os permanentes e naturais conflitos com o processo político-decisório²⁷.

Ademais, à semelhança do que ocorre com os direitos fundamentais em geral, os direitos sociais também apresentam uma dimensão objetiva e subjetiva. Enquanto a primeira reflete o “estreito liame desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais a serem respeitados e concretizados por toda a sociedade”²⁸, a dimensão subjetiva, como acima adiantado, coliga-se à possibilidade de serem os direitos sociais exigíveis enquanto direitos subjetivos²⁹. Parece reforçar esta compreensão o §1º do art. 5º da CRFB/88, que assegura aplicabilidade imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. O *como*, o *quanto* e o *quando* desta aplicabilidade é, entretanto, ainda hoje controvertido. É o que se passa a analisar.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang et al. Op. cit., p. 651.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 63.

²⁷ Como destacam Gilmar Ferreira MENDES e Paulo Gustavo Gonet BRANCO (*Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020., p. 714), as pretensões a prestações de índole positiva encerram pretensões à conformação do futuro, que, como tais, “dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica”. Converte-se, assim, “situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. Tem-se, pois, a juridicização do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política”.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 643.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 147 e ss.

1.2 Constituições políticas, normativas e dirigentes: um olhar sobre o caráter programático da declaração de direitos sociais

Ao lado da construção do modelo de Estado social, o século XX nos legou também a superação de uma conjuntura histórica na qual a Constituição “era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos”³⁰. À norma constitucional passou-se a atribuir o *status* de autêntica norma jurídica, ao que se seguiu o “reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições”³¹. Este novo paradigma, entretanto, não eliminou “as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática”³². Como resultado desta disputa é que surgem os conceitos tão popularmente difundidos de normas programáticas e de Constituição dirigente.

Sem a pretensão de explorar todas as vertentes da presente discussão, a que se dedicou exaustivamente a doutrina nacional e estrangeira, parte-se do princípio de que “as normas que definem de forma insuficiente um direito não são imediatamente aplicáveis na realidade social”, visto ser necessário conhecer “as hipóteses e condições de sua incidência e as formas de seu exercício”³³. Tais normas refletiriam a escolha do constituinte no sentido de não concretizar, de forma suficiente, os direitos por elas enunciados. Daí se concluir que as prescrições da Constituição possuiriam, nesses casos, baixa densidade normativa, dirigindo-se quase que exclusivamente ao Estado, que, na qualidade de destinatário passivo das normas instituidoras dos direitos fundamentais, deverá tão somente se “conformar com os mandamentos constitucionais”³⁴, implementando o direito.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 255. Segundo o autor, a concretização das propostas da Constituição “ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador”.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 255.

³² BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 255.

³³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 130.

³⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 131.

Embora tal raciocínio admita a possibilidade de que seja declarada a inconstitucionalidade da omissão legislativa ou executiva-implementadora (hipótese na qual competiria aos Tribunais até mesmo supri-la), ele acaba por reforçar, ao fim e ao cabo, a ideia de que as normas de direitos sociais, mesmo se impositivas, “não poderiam, sem prévia manifestação legislativa, servir de fundamento para a dedução direta [...] de deveres cogentes de prestação por parte do Estado”³⁵. Ainda que se quisesse atribuir ao Judiciário o controle da omissão legislativa, o princípio da liberdade do legislador em configurar a ordem social teria, como advertiu Robert Alexy, “um peso tão grande” que o reconhecimento, pela Corte Constitucional, de qualquer direito originário a prestações “sempre seria afastado”³⁶. Além disso, a indeterminabilidade do objeto da prestação garantida pelo direito social implicaria “uma maior dificuldade de verificação de uma violação direta da norma constitucional”³⁷.

Alicerçada a programaticidade da declaração de direitos sociais sobre tais premissas, passaria ela a enunciar uma “simples diretriz, um complacente roteiro, uma mera indicação para uma desejável atuação governamental”, que não seria, todavia, exatamente compulsória”³⁸. Como já indicado, não parece ter sido esta a opção do constituinte, especialmente quando estabelece, ao lado do direito social, o dever de o Estado implementá-lo, a exemplo do que ocorre com os direitos à saúde e educação³⁹ (CRFB/88, arts. 196 e 205). Se a falta de concretização implica, notadamente sob a ótica da competência legislativa (disponibilidade de meios e execução das políticas públicas), a impossibilidade de se aplicar imediatamente a norma de direito social e de deduzi-lo em juízo, não estatui a Constituição da República outra coisa senão meras proclamações de cunho político e ideológico.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 651

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 424.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 298.

³⁸ BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 102.

³⁹ Como observa José Afonso da SILVA (*Comentário contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 184), “quando a Constituição diz [...] que a saúde ou a educação é direito de todos, e indica mecanismos, políticas, para a satisfação desses direitos, está preordenando situações jurídicas objetivas com vistas à aplicação desses direitos”.

Esta restritiva compreensão da programaticidade dos direitos sociais, todavia, não logrou sucesso apenas no Brasil. Tal era o entendimento também dominante nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Carlos Miguel Herrera, discorrendo acerca dos direitos sociais inscritos nas modernas Constituições ocidentais, aponta que a doutrina, na maioria dos países europeus, sempre esteve “disposta a sustentar que eles não seriam autênticos direitos, exigíveis no sentido técnico-jurídico do termo, mas, pelo contrário, ‘objetivos’, ‘fins’, ‘princípios’ não justificáveis perante (e pelos) tribunais”⁴⁰. O jusfilósofo observa, ainda, que a influência desta interpretação foi “notável e persistente não só no plano da doutrina, mas também no do direito positivo europeu”⁴¹. O autor cita, como exemplo, a Constituição espanhola de 1978, cujos artigos referentes à matéria social eram apresentados como “princípios dirigentes (*principios rectores*) da política social e econômica”⁴².

Na linha dos argumentos desenvolvidos anteriormente, não se pode concordar com a atribuição de tal sentido aos direitos sociais. Em verdade, tanto os direitos de segunda dimensão quanto o próprio conceito de normas programáticas devem ser lidos à luz dos princípios e objetivos fundamentais da Constituição, que incorpora, ela mesma, a identidade de uma autêntica Constituição dirigente. Como decorrência desta nova visão, o conceito de programaticidade passa a ser compreendido como a “descrição de programas mínimos de todo e qualquer governo”, funcionando, nesses termos, como um “antecipado molde para o recorte de políticas públicas passíveis de ampliação, [...] mas não de descarte”⁴³. Importa, nesse passo, entender as normas de caráter programático como “ordenações que se entrelaçam para compor um quadro de inescapável vinculabilidade”⁴⁴.

⁴⁰ HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5.

⁴¹ HERRERA, Carlos Miguel. Op. cit., p. 6.

⁴² HERRERA, Carlos Miguel. Op. cit., p. 6.

⁴³ BRITTO, Carlos Ayres. Op. cit., p. 102.

⁴⁴ BRITTO, Carlos Ayres. Op. cit., p. 104.

O dirigismo constitucional relaciona-se, nesse seguimento, com “a implantação e a vinculação de uma forma de democracia e [...] de suas políticas públicas, retirando do Poder Público grande parte de sua liberdade funcional conformadora”⁴⁵. Ainda que não mais identificado com as ideias de *narratividade emancipatória* e de *autossuficiência normativa*⁴⁶, das quais paulatinamente se afastou na esteira das críticas e reformulações que recebeu, o conceito de Constituição dirigente, conforme observam Nelson Nery Júnior e Georges Abboud, assegura que:

O Poder Legislativo não tem completa discricionariedade no exercício de sua atividade, uma vez que ele precisa contemplar legislativamente os programas político-sociais determinados pela Constituição; [que] os direitos fundamentais vinculam imediatamente os três Poderes e possuem dimensão aplicativa imediata, ainda que inexista leis os regulamentando; e [que] é possível corrigir as omissões legislativas mediante os mecanismos [previstos constitucionalmente]⁴⁷.

Em linha semelhante, José Afonso da Silva aponta ser a Constituição de 1988 dirigente na medida em que “define fins e programas de ação futura, no sentido de uma orientação social democrática, [e] orienta de modo mais ou menos intenso o processo econômico e social”⁴⁸, rechaçando, todavia, as posições que se valem do argumento da programaticidade para negar eficácia justamente às normas que *dirigem* o Estado ao fim da justiça social.

Ainda que veiculados por normas dotadas de um elevado grau de abstração – o que permitirá, de acordo com o nível de programaticidade, a expansão dos espaços de livre conformação do legislador e dos demais órgãos estatais – os direitos sociais *obrigam* a concretização dos “programas, tarefas, fins e ordens”⁴⁹ que com eles se relacionam. O Estado encontra-se, assim, vinculado ao cumprimento de uma missão imposta a ele diretamente pelo texto constitucional, cuja força normativa, mesmo nos casos em que enuncia regras e princípios de caráter eminentemente programático, não pode

⁴⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro: Curso completo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 100.

⁴⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Op. cit., p. 100.

⁴⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Op. cit., p. 101.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 92.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 304.

ser simplesmente desconsiderada, relegando-se a um segundo plano a realização de direitos que, destacados pela nota da fundamentalidade, visam diretamente concretizar os valores superiores da ordem jurídica, dentre os quais se destaca, em maior medida, a dignidade da pessoa humana.

1.2.1 Entre aplicabilidade e inexigibilidade imediatas

O §1º do art. 5º da Constituição da República dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. O §2º do mesmo dispositivo, a seu turno, estabelece que os direitos e garantias expressos na Lei Maior não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que seja parte o Brasil. A simples leitura de tais enunciados indica, sem a necessidade de maiores esforços hermenêuticos, que a opção do legislador constituinte de 1988 foi a de conferir máxima efetividade aos direitos consagrados no texto constitucional, ainda que implícitos ou topograficamente não inscritos no art. 5º ou no Título II da Constituição⁵⁰. Pacífico, ademais, o entendimento de que a regra do sobredito §1º aplica-se, em que pese constar do Capítulo I do Título II, a todos os direitos e garantias fundamentais.

Ter a Constituição consagrado direitos sociais em espécie, bem como disciplinado, nos termos acima, a eficácia de suas normas, nos exonerou da necessidade de disputar, nos domínios da interpretação constitucional e da política legislativa, o reconhecimento de tais direitos e de sua vinculatividade objetiva em face do Estado. Mas não pôs fim, é necessário reconhecer, a um sem-número de controvérsias acerca da possibilidade de se classificar como de eficácia plena as normas que consagram direitos sociais, como também de se reconhecer a existência de um verdadeiro direito subjetivo a prestações⁵¹.

⁵⁰ Sobre o tema, v., por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 67 e ss.

⁵¹ Como bem ressaltado por Robert ALEXY (*Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 444), “todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se

O dogma da programaticidade encontra aqui sua faceta de maior repercussão: a caracterização dos direitos sociais como direitos juridicamente inexigíveis pelo particular, ao menos enquanto não *oferecidas* pelo Estado as condições materiais ou as bases regulamentares necessárias ao seu exercício.

Por mais que tal proposição restrinja o alcance e a eficácia da norma constitucional insculpida no §1º do art. 5º, há, sem dúvida, boas razões para defendê-la⁵². A principal, de ordem econômica, relaciona-se ao debate sobre o custo dos direitos e as condições materiais de realização da política social (e a este ponto retornaremos mais adiante). Propugna-se, em linhas muito gerais, que o Poder Público não dispõe de recursos suficientes à satisfação das pretensões garantidas pelos direitos sociais, razão pela qual a aplicação direta da norma deveria ser, *in casu*, relativizada. Na base desta compreensão o fato, atestado por Konrad Hesse, de que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”, pelo que não deve sua pretensão de eficácia estar “separada das condições históricas de sua realização”⁵³.

Sob um ponto de vista estritamente jurídico – já mencionado alhures –, para além da baixa densidade normativa das normas de direitos sociais, sustenta-se que o fato de o §1º do art. 5º da CRFB/88 “referir-se a normas definidoras de direitos” excluiria de seu âmbito de incidência as normas “que definem de modo insuficiente um direito” fundamental⁵⁴, como sucederia com a maior parte dos direitos de segunda dimensão.

Seria, portanto, plenamente possível – e, de fato, não faltam exemplos da adoção desta tese⁵⁵ – defender que a regra da aplicabilidade imediata tão

e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos”.

⁵² Para uma leitura detalhada das críticas à judicialização dos direitos sociais, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: Críticas e parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 519 e ss.

⁵³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 14-15.

⁵⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 130.

⁵⁵ Daniel SARMENTO (Reserva do possível e mínimo existencial. In: BONAVIDES, Paulo et al. (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 371-372) cita como exemplo o julgamento, pela 1ª Turma do STJ, em 23-05-1996, do ROMS nº

somente indicaria a vinculação das autoridades públicas (i) à observância, nos limites da disponibilidade orçamentária, do *programa social* estabelecido constitucionalmente e (ii) à tutela dos *interesses gerais* a ele relativos. O Estado permaneceria genericamente obrigado a concretizar o mandamento constitucional, mas sem o risco de ser judicialmente compelido a fazê-lo ou, em um segundo cenário, condenado a reparar danos individuais decorrentes de seu não fazer. O Judiciário, assim, estaria apenas legitimado a impedir o avanço de retrocessos sobre a política social, inclusive declarando, em certos casos, a inconstitucionalidade das leis que vulnerassem o núcleo essencial da proteção já conferida aos direitos sociais⁵⁶.

As objeções a tal limitação da justiciabilidade dos direitos sociais são inúmeras, como já se pode antever anteriormente. A crítica, contudo, não deveria se limitar ao fato de que este entendimento contraria o texto expresso da Constituição. A norma – sobretudo a norma constitucional – é, como há muito desmistificado pela teoria do direito, fruto da interpretação, ainda que *literal*⁵⁷. É necessário ter presente, nessa ordem de ideias, que a clareza do enunciado, ao invés de impor uma orientação definitiva e imutável, trará a lume, quando muito, apenas a multiplicidade de sentidos e possibilidades que a eventual vagueza ou inexatidão do texto ocultariam do intérprete. A postura hermenêutica por ele adotada, sempre em cotejo com uma concepção de

6.564/RS, relatado pelo Min. Demócrito Reinaldo. Da ementa do acórdão se extrai o seguinte: "Normas constitucionais meramente programáticas - *ad exemplum*, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários deste interesse, o poder de exigir sua satisfação [...]. Estas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, 'ou não dispõem de eficácia plena', posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe 'todos têm o direito e o Estado o dever' [...], 'na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em *vinculum juris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes'".

⁵⁶ Nesse sentido, cf. STF, 2ª Turma, ARE 639.337-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 23/08/2023, de cuja ementa se extrai o seguinte excerto: "A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado [...] traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos".

⁵⁷ Sobre o tema, cf. FREITAS, Juarez. *A Interpretação sistemática do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 81-82.

direito – e, no mais das vezes, de justiça – que lhe é particular, representa fator que potencial e invariavelmente alterará o alcance e os significados que do enunciado normativo se poderiam extrair. A interpretação, nesse sentido, não é atividade neutra⁵⁸, envolvendo, não raro, verdadeiras escolhas por parte do intérprete em favor de determinados valores, princípios e soluções.

As inflexões por que passou o sentido do §1º do art. 5º da CRFB/88 ao longo das últimas três décadas bem representam esta realidade. A despeito dos métodos hermenêuticos que as justificam, nota-se que as posições que negam ou atribuem aos direitos sociais aplicabilidade imediata antagonizam-se muito em função do grau de importância que cada uma das correntes confere ora ao princípio da separação de poderes e aos limites materiais de realização da política social, ora à concretização dos direitos fundamentais.

Ambas as interpretações/posições são constitucionalmente possíveis. Como aponta Cristina Queiroz, em matéria de interpretação e aplicação dos direitos sociais, “pode-se argumentar, com alguma justeza, que tais direitos pressupõe uma ‘ponderação’ em face de outros bens e princípios”⁵⁹ sediados na Constituição. O ponto nodal a ser analisado é se as premissas deste agir interpretativo, como também as repercussões práticas que dele derivam, são constitucionalmente legítimas e se estão em harmonia com as pretensões de eficácia e efetividade própria dos direitos fundamentais sociais.

Nos termos aqui defendidos, ainda que os direitos sociais possam ser limitados em face “de outros princípios e direitos em nível constitucional”⁶⁰, a consideração de sua dimensão programática e da liberdade de conformação

⁵⁸ No ponto, cf., por todos, a doutrina de Luís Roberto BARROSO (*Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. n.p.), para quem “a pretensão de neutralidade do intérprete, embora seja passível de atendimento no que toca à sua imparcialidade e impessoalidade, é inatingível na sua plenitude. Interpretar envolve [...] a escolha de valores e de alternativas possíveis”, sendo certo, nessa linha, que “não será possível [libertar o intérprete] do próprio inconsciente, de seus registros mais primitivos. Não há como idealizar um intérprete sem memória e sem desejos. Em sentido pleno, não há neutralidade possível”.

⁵⁹ QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: Questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 175.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 651.

do legislador não deve conduzir a uma interpretação restritiva que negue a eles o caráter de direito subjetivo fundamental a prestações e que, de forma sumária e apriorística, os classifiquem como imediatamente inexigíveis. As eventuais restrições, como as de ordem financeira, condensadas sob a rubrica da “reserva do possível”, não devem partilhar o núcleo essencial dos direitos sociais, condicionando seu conceito. Como ressaltado, “todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição”⁶¹.

A lei, pontifica Juarez Freitas, “deve ser vislumbrada com a função de favorecer e ampliar o respeito positivo ao direito fundamental”, isto é, “como instrumento para incrementar, conformar e densificar” os direitos sociais, de modo a viabilizar avanços, “não servindo para adiar prestações inadiáveis”, conquanto possa limitar o campo não-essencial de proteção⁶².

Do mesmo modo que a programaticidade não exclui (porque presente sob a forma de deveres vinculativos de proteção e promoção vinculativos⁶³ e concomitantes) o direito subjetivo a prestações, também a restrição à eficácia dos direitos sociais não obsta o reconhecimento de sua aplicabilidade direta. Sustentar, como aqui se empreende, que a “todas as normas de direitos fundamentais [se deve] outorgar a máxima eficácia e efetividade possível [...] não significa (e nem o poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais”⁶⁴. Subsistem, não há dúvidas, espaços de conformação⁶⁵ a exigir a atuação tanto do legislador ordinário quanto do Poder Executivo, assim como importantes limitações fáticas e jurídicas. Os direitos sociais, todavia, não

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 302.

⁶² FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional vs. a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 343.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 303.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre, ano 1, n. 1, out./dez. 2007. p. 177.

⁶⁵ Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS (*Teoria geral dos direitos fundamentais*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 108-109) citam, como exemplo, os direitos de proteção à maternidade e à infância. Nesses casos, o problema de interpretação “é saber quando começa e termina a situação social de maternidade e infância. A solução deve ser dada pelo legislador comum e submetida ao controle do Poder Judiciário [...]”.

devem ser tomados “como meros privilégios dependentes do processo político”⁶⁶, especialmente porque funcionalizados à satisfação de interesses materiais e existenciais básicos do indivíduo em sociedade, donde é possível extrair sua indelével fundamentalidade.

1.2.2 Apontamentos para uma interpretação adequada

Os fatos e argumentos alinhavados desde a introdução desde capítulo intentaram evidenciar a existência de um estreito liame entre a positivação dos direitos sociais e a busca pela mitigação de desigualdades materiais, vista essa última como pressuposto para o exercício da cidadania e dos demais direitos fundamentais. Além disso, empreendeu-se ao menos sugerir que os direitos sociais se vinculam também à promoção de valores fundantes da ordem jurídica, em especial a dignidade da pessoa humana⁶⁷, entre nós elevada à condição de fundamento da República (art. 1º, IV, da CRFB/88). Embora o tema reclame maior aprofundamento, satisfaz as pretensões desta análise compreender, nos termos da precisa síntese de Ingo Sarlet, que:

[os direitos sociais], em virtude de sua umbilical relação com a dignidade da pessoa humana e a própria democracia, constituem parte integrante de um autêntico Estado Constitucional de Direito. Com efeito [...], ao mesmo tempo em que a dignidade da pessoa humana [...] implica o dever do Estado de impedir que as pessoas sejam reduzidas à condição de mero objeto no âmbito social, econômico e cultural, o princípio democrático-pluralista, como consequência organizatória da própria dignidade da pessoa humana, assim como os direitos político-participativos que lhe são inerentes, exige um mínimo de direitos sociais, que viabilizem a efetiva participação do cidadão no processo democrático-deliberativo⁶⁸.

Foi com base em tal constatação que se pôde amplamente superar a insistência de certa doutrina em classificar os direitos sociais como direitos apenas formalmente fundamentais. Também por força deste entendimento

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: A construção de um modelo jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 85.

⁶⁷ Para uma leitura acerca do conteúdo e significado da noção de dignidade da pessoa humana, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 31 e ss.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista TST*. Brasília, vol. 75, n. 3, jul./set. 2009, p. 118.

que se tornou possível reconhecer a existência implícita de direitos sociais a prestações, sobretudo naqueles sistemas em que não se encontram, no texto constitucional, direitos sociais expressamente previstos, caso da Alemanha, cuja Lei Fundamental, à diferença da Constituição brasileira, não consagrou, salvo raríssimas exceções⁶⁹, direitos de segunda dimensão.

Interessante notar, no ponto, que as objeções levantadas na doutrina constitucional daquele país aos direitos sociais – ou à natureza vinculativa de suas normas – em muito se assemelham aos argumentos utilizados, entre nós, por aqueles que defendem a tese segundo a qual a declaração de direitos sociais de índole prestacional possuiria um caráter apenas e tão somente programático. Em primeiro lugar, cogitava-se que o reconhecimento da vinculatividade dos direitos sociais importaria em um deslocamento da “política social da competência parlamentar para a competência do tribunal constitucional”⁷⁰, circunstância polêmica se considerados nesta equação a indeterminabilidade (ainda que relativa) do conteúdo essencial dos direitos sociais e os efeitos de ordem financeira que envolvem sua realização. De outro lado, argumentava-se que os direitos sociais seriam incompatíveis com as “normas constitucionais materiais [definidoras de] direitos de liberdade”⁷¹.

Embora improcedente sob o ponto de vista do ordenamento pátrio, repousa esta segunda objeção em tese frequentemente invocada também por estas bandas: a de que os direitos sociais, se reconhecidos como vinculantes, violariam o postulado da igualdade ao em tese sobrepor os interesses dos particulares aos da coletividade. Em outros termos, os direitos sociais seriam “demandas dirigidas contra toda a comunidade, [de modo] que não podem ser atendidas salvo que à custa dos interesses [de seus] demais membros”⁷².

⁶⁹ Cite-se, como exemplo, o direito da mãe “à proteção e à assistência da comunidade”, previsto no §4º do art. 6º da Constituição alemã.

⁷⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 507-508.

⁷¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 509.

⁷² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 279.

Aqui não nos cabe discutir minuciosamente os méritos e fragilidades destas objeções, pois elas têm lugar, como visto, principalmente em contextos normativos nos quais a própria existência de direitos fundamentais sociais é questionada, ante a ausência de previsão expressa. Merece destaque, todavia, os argumentos formulados por Robert Alexy em resposta a essas teses, pois demonstram que a existência, ainda que implícita, de direitos fundamentais de índole prestacional representa não apenas uma decorrência lógica do sistema de direitos e garantias individuais consagrado pela Constituição, mas antes verdadeira condição para que a consecução dos objetivos basilares deste mesmo sistema seja de fato possível.

De forma nada paradoxal, Alexy observa que o argumento principal a favor dos direitos sociais se ancora justamente em uma ideia de liberdade. Segundo o autor, “a liberdade jurídica, isto é, a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade fática, isto é, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas”⁷³. Resta saber, entretanto, por que a liberdade fática deve ser garantida pelos direitos fundamentais. Para além da importância da liberdade fática para o indivíduo, Robert Alexy aponta que os direitos fundamentais são “expressão de um sistema de valores ‘em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social’”⁷⁴. Se verdadeira tal premissa, arremata o autor:

A conclusão inevitável é a de que os direitos fundamentais, se seu escopo for o livre desenvolvimento da personalidade humana, também estão orientados para a liberdade fática, ou seja, também devem garantir os pressupostos do exercício das liberdades jurídicas sendo, assim, ‘não apenas a regulação das possibilidades jurídicas, mas também do poder de agir’⁷⁵.

Também neste sentido leciona Roberto Barroso ao sublinhar que a autonomia pessoal, identificada como elemento ético da dignidade humana, transcende a mera capacidade “de tomar decisões informadas”, pressupondo,

⁷³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 503.

⁷⁴ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 506.

⁷⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 506.

ao revés, tanto a “ausência de coerção [...] e de privações essenciais”, quanto a “existência real de alternativas”⁷⁶. Nessa linha, embora historicamente afeita à justificação das liberdades básicas e do direito à participação política, a noção contemporânea de autonomia passa a ser lida como resultado de uma equação que tem por fator fundamental a garantia de “condições mínimas de vida”⁷⁷ a todas as pessoas. Na raiz deste novo entendimento a constatação de que as ideias de igualdade material e de efetiva autonomia pessoal, no âmbito público e privado, são “dependentes do fato de os indivíduos serem ‘livres da necessidade’”, isto é, estarem “além de limiares mínimos de bem-estar”⁷⁸.

É nesse contexto que nasce, “a partir da conjugação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social”⁷⁹, o conceito de mínimo existencial. Sem embargo das discussões travadas em âmbito doutrinário acerca do sentido⁸⁰ e dos fundamentos que o justificam⁸¹, o conceito de mínimo existencial desempenha um importante papel como “critério para adjudicação judicial de direitos sociais”⁸², haja vista condensar aquelas que seriam as necessidades materiais mais básicas dos indivíduos. Desse modo, em que pese a impossibilidade de garantia incondicional do mínimo existencial em face de limitações fáticas e jurídicas⁸³, quanto mais

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 81-82.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 82.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 85.

⁷⁹ SARMENTO, Daniel. Reserva do possível e mínimo existencial. In: BONAVIDES, Paulo et al. (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 382.

⁸⁰ Virgílio Afonso da SILVA (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 204-205) leciona, sobre o tema, que o conceito de mínimo existencial assume diversos sentidos, podendo significar: “(1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais [...]; (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 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”.

⁸¹ Observa Daniel SARMENTO (Reserva do possível e mínimo existencial. In: BONAVIDES, Paulo et al. (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 383) que são dois os tipos de argumentos que visam justificar o mínimo existencial: “Os argumentos instrumentais são no sentido de que se trata de uma exigência necessária para (a) a garantia da liberdade real, ou (b) para a proteção dos pressupostos da democracia. O argumento não instrumental é o de que o atendimento das necessidades materiais essenciais para a vida digna constitui um fim em si mesmo, e não um meio para obtenção de qualquer outra finalidade”.

⁸² SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 385.

⁸³ Para Virgílio Afonso da SILVA (*Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 205), o direito social deve ser realizado na maior medida

“indispensável se afigurar uma determinada prestação estatal para a garantia da vida digna do jurisdicionado, maior deverá ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido”⁸⁴.

Na esteira da elucidativa lição de Robert Alexy:

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações [deverá] ser vista como *definitivamente garantida* se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático [...] bem como (3) os princípios materiais colidentes [...] forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um *mínimo existencial*, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica⁸⁵.

O mínimo existencial, como é possível depreender, não se limita à garantia das condições fisiológicas vitais, mas também abrange “outras dimensões da tutela da personalidade humana”⁸⁶ consideradas concretamente essenciais. À vista disso, para que seja possível afirmar que determinada prestação material se insere no âmbito de proteção do mínimo existencial, necessário será considerar a “condição específica do titular do direito”⁸⁷ em tela. A este ponto retornaremos mais detidamente quando da análise, no Capítulo III, dos critérios de justiciabilidade dos direitos sociais.

Finalmente – e sem pretender esgotar o vasto campo da hermenêutica constitucional – cumpre referir que uma adequada interpretação dos direitos fundamentais sociais, a despeito da inexistência de uma única resposta correta, deve levar em conta alguns critérios basilares, consoante proposta de Juarez Freitas⁸⁸, aqui resumidamente apresentada. Em primeiro lugar, deve-se buscar uma interpretação que sacrifique “o mínimo para preservar o

possível em face “das condições fáticas e jurídicas presentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Recursos a conceitos como o mínimo existencial ou a “reserva do possível” só fazem sentido diante desse arcabouço teórico. Ou seja, o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção [...] de reserva do possível”.

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 387.

⁸⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 512 (grifo nosso).

⁸⁶ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 385.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 385.

⁸⁸ FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 326 e ss.

máximo de direitos fundamentais”⁸⁹, nos termos de um princípio da proporcionalidade que ultrapasse a mera adequação de meio e fim.

Noutro giro, a interpretação constitucional deve garantir a maior tutela jurisdicional possível, de maneira a “propiciar o acesso legítimo à prestação indispensável à efetividade do sistema inteiro”⁹⁰. Por fim, uma adequada interpretação deve se pautar pela visualização dos direitos fundamentais como uma “totalidade indissociável”, procurando “restringir, ao máximo, as eventuais limitações [e] emprestando-lhes, quanto ao núcleo essencial, tutela reconhecedora da eficácia direta e imediata”⁹¹.

Com base nestas premissas, o autor formula, em sede de conclusão, algumas proposições interpretativas que aqui nos interessam diretamente: a primeira delas, como já demonstrado, orienta-se no sentido de reconhecer que todo direito fundamental é também individual, aplicando-se tal máxima também aos direitos sociais, dado que “indubitavelmente fundamentais”⁹². A segunda ressalta que “os direitos sociais devem ser regulamentados, porém não como condição para o exercício dos mesmos, pois independem, no âmago, do reconhecimento de lei infraconstitucional”. A terceira, por fim, enuncia a necessidade de se cobrar o “imediato reconhecimento do mínimo nuclear de realização”, de modo a conferir aos direitos fundamentais leitura compatível com o “*telos* da efetividade sistemática”⁹³.

1.3 Condições de eficácia e o limite (relativo) da reserva do possível

Como sustentado por Stephen Holmes e Cass Sunstein, “a escassez é uma razão totalmente legítima para que o governo não consiga proteger os direitos de forma absoluta”⁹⁴. Os direitos, afinal, têm custos (em qualquer de

⁸⁹ FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 329.

⁹⁰ FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 330.

⁹¹ FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 339.

⁹² FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 343.

⁹³ FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 345.

⁹⁴ HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass Robert. *O custo dos direitos: Por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 106.

suas dimensões). A consideração desse fato, todavia, aliada à identificação histórica dos direitos sociais como direitos de *status* positivo (dependentes, de modo até então insuperável, da concretização conferida pelo legislador), fez despontar na doutrina conclusão contrária à sua própria juridicidade.

Enfatizava-se que, “em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais”, a formulação das políticas públicas voltadas à realização dos direitos de segunda dimensão “implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas”⁹⁵. Por consubstanciarem verdadeiras *escolhas trágicas*, as opções sobre o “quanto disponibilizar e a quem atender”⁹⁶ só poderiam ser adequadamente analisadas pelas esferas políticas de poder, que elegeriam, em uma perspectiva macro, os critérios de justiça distributiva aplicáveis. O Judiciário, a seu turno, por ser vocacionado a realizar a justiça do caso concreto, não teria legitimidade nem tampouco condições para “analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo”⁹⁷. Aos juízes, portanto, não seria dado imiscuir-se na definição e formulação das políticas públicas a serem implementadas pela Administração.

A ideia de “reserva do possível” é formulada, assim, como “critério para limitar os deveres estatais de prestação”⁹⁸, definindo, ademais, aquilo que o indivíduo poderia razoavelmente exigir da sociedade em um cenário de escassez de recursos (ideia ligada à proporcionalidade da prestação).

Sob o ponto de vista histórico, foi a Corte Constitucional alemã a que primeiro estabeleceu a “reserva do possível” como critério de parametrização dos direitos sociais⁹⁹. É natural que assim seja, haja vista ter sido também

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 719.

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 719.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 719.

⁹⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 132.

⁹⁹ Daniel Sarmento (Reserva do possível e mínimo existencial. *In*: BONAVIDES, Paulo et al. (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 375) esclarece que a expressão foi difundida a partir do julgamento, em 1972, do caso conhecido como *Numerus Clausus*, que versava sobre “a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão de ingresso de um número maior de

pioneira a literatura jurídica daquele país ao empreender analisar sistematicamente a questão dos direitos a prestações estatais. Na esteira dos debates travados em sede doutrinária, a Corte ressaltou que os direitos a prestações, em razão da indeterminabilidade prévia de seu objeto, estariam sujeitos à reserva do possível, compreendida “no sentido de que [...] cabe ao legislador decidir que pretensões devem ser atendidas, para [então] incluí-las no orçamento”¹⁰⁰, o que se fará tendo em vista os interesses da coletividade, aos quais não deveriam ser sobrepostas pretensões individuais.

Submetido tal argumento às balizas teóricas anteriormente fixadas, forçoso será concluir que à “reserva do financeiramente possível” não se deve emprestar a condição de obstáculo intransponível à realização dos direitos prestacionais¹⁰¹. Não se pretende com isso negar a dimensão economicamente relevante dos direitos sociais (suas prestações vinculam-se “diretamente à destinação, distribuição, redistribuição [e] à criação de bens materiais”¹⁰²), mas antes chamar atenção ao fato de que as limitações fáticas e jurídicas não podem “levar a um esvaziamento do direito”¹⁰³, encerrando a “reserva do possível” cláusula que expressa *simplesmente* a necessidade de sopesá-lo. Como advertem Stephen Holmes e Cass Sunstein, “mesmo que não sejam garantidos à letra ou da maneira que seria possível caso houvesse mais recursos [...], os direitos não deixam de ser direitos”¹⁰⁴.

candidatos”. Em que pese não consagrar a Constituição alemã o direito fundamental à educação, o Tribunal entendeu “que a liberdade de escolha profissional exigia, em alguma medida, o direito de acesso ao ensino universitário. Contudo, frisou que este direito ‘se encontra sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade’. Para a Corte, esta avaliação sobre a reserva do possível deveria ser feita, ‘em primeira linha, pelo legislador’, que ‘deve atender, na administração do seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando [...] as exigências de harmonização econômica geral’”.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso. *Teoria do conhecimento constitucional*. Op. cit., p. 584.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 656.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 186.

¹⁰³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 515.

¹⁰⁴ HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass Robert. Op. cit., p. 105.

Nesse sentido, no âmbito da crítica financeira à justiciabilidade dos direitos sociais¹⁰⁵, em que pese a resistência de parte da doutrina¹⁰⁶, há de se reconhecer que o limite da reserva do possível ainda conserva considerável relevância prática no que respeita às condições de eficácia dos direitos sociais, devendo, contudo, ser lido de modo relativo, e não absoluto.

Diante da impossibilidade de atendimento concomitante de todas as demandas sociais, uma adequada interpretação da reserva do possível deve ultrapassar a mera não inclusão da prestação garantida pelo direito social no orçamento. Tendo em vista que “as escolhas orçamentárias não se fazem em um ‘campo livre’ de Constituição, uma vez que é possível inferir da Lei Maior certas prioridades que não podem ser ignoradas”¹⁰⁷, o limite da reserva do possível deve ser interpretado à luz de uma dimensão tríplice que a um só tempo considere a “efetiva disponibilidade fática dos recursos”, bem como a “disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos”¹⁰⁸, além da proporcionalidade e razoabilidade da prestação¹⁰⁹.

Sobre o tema, cumpre precisar que a indisponibilidade fática não se confunde com a “absoluta exaustão de recursos públicos”¹¹⁰, interpretação

¹⁰⁵ Importante, no ponto, não a confundir com a crítica econômica dos direitos sociais, pautada por um juízo estritamente “consequencialista”. Segundo a corrente, conforme aponta Cláudio Pereira de SOUZA NETO (A justiciabilidade dos direitos sociais: Críticas e parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p. 532-533), “ao conceber as políticas públicas em conformidade com parâmetros próprios da dogmática dos direitos fundamentais, o Judiciário impediria a maximização dos benefícios produzidos pelos investimentos públicos [...]. Ao invés de promover o bem-estar social, a judicialização das políticas sociais, na prática, estaria levando à redução do impacto da atuação pública”. O autor responde a objeção afirmando, porém, que é possível ao Estado formular políticas públicas e simultaneamente atender pretensões individuais dos administrados. Ademais, “o argumento econômico, quando utilizado para negar efetividade a direitos sociais, tende a incorrer em utilitarismo incompatível com a dignidade humana”.

¹⁰⁶ Há quem sustente a inaplicabilidade do limite da reserva do possível, notadamente em cenários de inefetividade geral dos direitos sociais. Também Dimitri DIMOULIS e Leonardo MARTINS (*Teoria geral dos direitos fundamentais*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 131-132), embora por outros fundamentos, rechaçam a possibilidade de se mitigarem os efeitos da norma definidora do direito social com base na figura da reserva do possível. Para os autores, trata-se a implementação dos direitos sociais “de um ‘tudo’ (o legislador regulamenta o direito [...] social, criando as condições orçamentárias, organizacionais e procedimentais necessária para o seu exercício) ou ‘nada’ (omissão inconstitucional das funções estatais competentes)”.

¹⁰⁷ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 381.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 189.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 189.

¹¹⁰ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 377.

que conduziria sempre ao acolhimento da pretensão individual, dado que de valor ínfimo em face da totalidade do orçamento. Igualmente não se deve compreender indisponibilidade jurídica como a mera ausência de previsão orçamentária, pois o Estado legislador também pode violar, por omissão, a norma instituidora do direito social. Uma solução seria conceber a reserva do possível “como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”¹¹¹, pelo que se avalia não se a pretensão do particular é suportável pelo erário, mas sim a *legitimidade constitucional* da opção do legislador ou administrador em não universalizá-la, considerando os recursos de que dispunha.

Em qualquer dos casos, Cláudio Pereira de Souza Neto leciona que:

O STF já afirmou 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’. [...] Se a norma constitucional está inserida no âmbito da fundamentalidade, o Estado deve provar que está faticamente impossibilitado de cumpri-la¹¹².

Daí se dizer que a reserva do possível fática é, no processo civil, clara matéria de defesa. Não basta, portanto, “que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para se opor à concessão judicial de prestações sociais. [...] É preciso que ele produza prova suficiente desta alegação”¹¹³. Como se verá adiante, saber se o “destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada [ou] na dependência da real existência dos meios para cumprir sua obrigação”¹¹⁴ é circunstância que decisivamente repercutirá na aferição da omissão estatal para fins de responsabilidade civil.

¹¹¹ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 378.

¹¹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: Críticas e parâmetros. In: _____.; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p. 526.

¹¹³ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 379.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 295.

CAPÍTULO 2 - A VIOLAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS POR OMISSÃO ATRIBUÍVEL AO PODER PÚBLICO

Empreendeu-se detalhar, no capítulo anterior, a disciplina jurídica dos direitos sociais de índole prestacional no direito brasileiro, destacando-se, neste particular, que, nada obstante possuir a declaração de direitos fundamentais insculpida nos arts. 6º e ss. da Constituição Federal um caráter substancialmente programático, os direitos por ela enunciados se revestem, na forma do §1º do art. 5º, da garantia da aplicabilidade imediata, fator a denotar a vinculatividade objetiva do Poder Público à sua concretização. Igualmente sublinhou-se a relatividade do “limite da reserva do possível”, conceito jurídico-econômico tantas vezes invocado como causa excludente da responsabilidade civil do Estado pelos danos oriundos da não satisfação, *in concreto*, dos direitos fundamentais sociais.

Nessa esteira, se é certo que o Estado detém o poder-dever de atuar no sentido de promover e implementar políticas públicas que garantam aos particulares o pleno exercício dos direitos fundamentais, cumpre definir, de forma ainda mais pormenorizada, os modos através dos quais o Estado viola, por omissão a ele atribuível, os direitos sociais de índole prestacional, bem como os pressupostos que denotam a ilegitimidade deste agir omissivo.

No ponto, esclareça-se que aqui não se analisará as omissões judiciais, dado que ao Judiciário não compete precipuamente a promoção de políticas públicas tendentes a satisfazer as prestações garantidas pelos direitos sociais, objeto de que se ocupa o presente trabalho. Ainda que o Judiciário viole a norma constitucional definidora do direito social em virtude de sua aplicação inadequada ao caso concreto, a ausência da prestação reclamada em Juízo pelo particular vincula-se, antes de tudo, a uma omissão anterior dos demais Poderes. Em relação a essas se deterá o exame que se segue.

Importa ainda ressaltar, desde logo, que a afirmação de que o Poder Público descumpriu a norma instituidora do direito social *in abstracto* não conduz necessariamente à conclusão de que será o Estado civilmente responsabilizado pelos danos eventualmente decorrentes de tal violação, haja vista depender a configuração do dever de indenizar, conforme já se pode antever – e como também será destacado posteriormente –, da presença cumulativa de requisitos que demonstrem, por exemplo, além da ofensa ao direito, consubstanciada na ausência ou deficiência da prestação devida pelo Estado, a injustificabilidade da omissão estatal, a existência de um específico dever de agir e a justiciabilidade concreta do direito social.

2.1 Omissões genéricas e específicas

Como bem observa Braga Netto, “não é qualquer omissão que faz surgir o dever de indenizar do Estado”¹¹⁵. A omissão, nesses casos, há de ser qualificada ou juridicamente relevante, pois o contrário seria equivalente a considerar o Estado espécie de garantidor universal – o que se deve desde logo rechaçar. À vista disso, pacífica se tornou a ideia de que o Estado só responderia pela omissão quando subsistisse, no caso concreto, um dever individualizado de agir, que restou não observado. Com amparo em tal compreensão, passou-se a distinguir as omissões genéricas do Poder Público, que não dariam azo ao dever de indenizar, daquelas específicas, que, ao revés, fundamentariam a responsabilização civil do Estado.

Como este tema será objeto de análise mais detida no Capítulo seguinte, interessa aqui apenas sublinhar os caracteres essenciais de cada tipo de omissão, bem como situar neste quadro as omissões que ensejem violação dos direitos fundamentais sociais à luz da proibição de insuficiência.

Em linhas gerais, nos termos delineados por Cavalieri Filho, haverá *omissão específica* “quando o Estado estiver na condição de garante (ou de

¹¹⁵ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Op. cit., p. 162.

guardião) e por omissão sua criar situação propícia para a ocorrência do evento em situação que tinha o dever de agir para impedi-lo”¹¹⁶. Constatase, nessas hipóteses, que o evento danoso decorre “diretamente da inação do ente público, figurando a inércia administrativa como causa direta e imediata da ocorrência do resultado”¹¹⁷. A omissão do Estado atua, portanto, não apenas como condição do evento danoso, mas antes como sua causa determinante. Noutros termos, “a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado”, cujo descumprimento encerra a “causa direta e imediata de não se impedir o resultado”¹¹⁸. Nesse sentido, quanto mais concreto o dever de agir do Estado à luz das circunstâncias fáticas do caso sob exame, mais específica será a omissão, o que facilitará sobremaneira a demonstração do nexo de causalidade entre o dano e a inação (específica) do Poder Público.

Já a omissão genérica “tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica”¹¹⁹. Aqui, a inação estatal, “embora não se apresente como causa direta e imediata do dano, [...] concorre para ele”¹²⁰. Em casos tais, todavia, ainda que se demonstre que a realização de uma determinada conduta positiva do Poder Público impediria a ocorrência do resultado danoso, não se configurará, em regra, o dever de indenizar por parte do Estado, haja vista ser necessário que este tenha o dever legal de obstar o evento lesivo. Daí advertir Cavalieri Filho ser imperioso, nos casos de omissão, “estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica”¹²¹.

Em linha semelhante, Marçal Justen Filho diferencia as hipóteses de dano derivado de omissão em dois grupos. Segundo o autor, “existem os

¹¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 298.

¹¹⁷ HUPFFER, Haide Maria et al. Responsabilidade Civil do Estado por omissão estatal. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 117.

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 298.

¹¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 298.

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 299.

¹²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 299.

casos em que uma norma prevê o dever de atuação e a omissão corresponde à infração direta ao dever jurídico (ilícito omissivo próprio)”¹²², pelo que se torna possível equiparar a hipótese aos atos comissivos. De outro lado há os casos “em que a norma prescreve certo resultado danoso, o qual vem a se consumir em virtude da ausência da adoção das cautelas necessárias a tanto (ilícito omissivo impróprio)”¹²³. A dificuldade reside justamente nessas hipóteses em que não há a obrigação de o Estado atuar de modo determinado e específico, caso em que sua omissão não gerará “presunção de infração ao dever de diligência”¹²⁴. Entretanto, arremata o ilustre administrativista:

Se existem 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 civil¹²⁵.

Nessa linha, ao se perquirir concretamente a violação ou não do dever especial de diligência, deve-se indagar se o Estado “tinha o dever de evitar o dano [ou se] pode ser tido como garantidor do bem jurídico lesado”¹²⁶. Como regra geral, uma vez mais com esteio na doutrina de Justen Filho, sempre que do “exercício ordinário das competências de acompanhamento dos fatos” se puder inferir a probabilidade do resultado danoso, aí estará configurado o dever específico de agir, sendo a omissão do Estado, *in casu*, juridicamente relevante. A conduta omissiva isoladamente considerada não autoriza uma qualificação jurídica. Quando, porém, o dever de agir puder ser classificado como “inerente ao cumprimento diligente das funções públicas”, assim como consubstanciar “o meio para evitar a consumação de um resultado danoso e prejudicial”¹²⁷, a sua não observância pelo Estado será tida por juridicamente reprovável, e específica a omissão que deu causa ao resultado danoso.

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 234.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 234.

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 235.

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 235.

¹²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de et al. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1241.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 236.

Firmadas tais premissas, passa-se a examinar as omissões do Estado especificamente no que respeita à promoção dos direitos sociais. Como visto, não há aqui propriamente um específico dever de agir, aferível *a priori*. O Poder Público encontra-se genericamente obrigado a empreender os esforços necessários à concretização dos direitos prestacionais. Desse modo, sobressai em importância delimitar as hipóteses em que se configurará a existência de um especial dever de agir por parte do Estado em matéria de direito sociais, e, a reboque, especificar o momento a partir do qual a não realização dos comandos constitucionais consubstanciará uma omissão específica do Poder Público, nos termos acima empregados.

2.2 Ofensa legislativa ou administrativa à proibição de insuficiência

Consoante lecionam Dimitri Dimoulis e Leandro Martins, os direitos sociais realizam-se, como regra geral, através de duas espécies de prestações estatais¹²⁸. As primeiras, denominadas, na terminologia alemã, como *ações fáticas positivas* (a elas se referindo alguns autores como prestações em sentido estrito), consistem em *prestações materiais* que podem encerrar tanto “o fornecimento de bens ou serviços a pessoas que não podem adquiri-los no mercado”, quanto o “oferecimento universal de serviços monopolizados pelo Estado”¹²⁹. As segundas, por sua vez, consubstanciam as assim denominadas *prestações normativas*, que “consistem na criação de normas jurídicas que tutelem interesses individuais”¹³⁰, dentre os quais se incluem os decorrentes dos direitos sociais, em sua dimensão subjetiva.

Certo, nessa lógica, que os compromissos sociais assumidos pelo Estado brasileiro devem ser levados a efeito mediante uma política legislativa que forneça as bases normativas regulamentares sobre as quais serão as

¹²⁸ Em igualdade de sentido, leciona Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 201) que os direitos a “ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa”.

¹²⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 73.

¹³⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit. p. 73.

políticas públicas idealizadas e implementadas, assim como por meio das ações executivo-governamentais a cargo da Administração Pública. Em qualquer dos casos, as prestações normativas ou materiais empreendidas pelo Estado devem estar orientadas no sentido da concretização dos ditames e valores constitucionais. Ou seja: deve-se buscar ofertar aos cidadãos o acesso às condições que permitam o exercício concreto dos direitos fundamentais.

A par dessa classificação, há muito evoluiu a teoria constitucional para entender que também a inércia do Poder Legislativo no que concerne ao seu dever de legislar pode, em algumas situações, ensejar a configuração de sua omissão, que será tida por ilegítima constitucionalmente. Tanto é assim que o legislador constituinte cuidou de prever mecanismos próprios visando combater tanto o estado inercial do legislador (pense-se, aqui, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos termos do art. 103, §2º), quanto os efeitos deletérios que a total ausência da norma poderia engendrar (exemplo do mandado de injunção, a ser concedido, nos termos do art. 5º, LXXI, da CRFB/88, “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais”).

No terreno do direito de danos, todavia, subsiste forte divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à possibilidade de se imputar ao Estado responsabilidade pelos prejuízos decorrentes da omissão legislativa. Entre os administrativistas (que divergem, inclusive, quanto à natureza subjetiva ou objetiva da responsabilidade civil do Estado por omissão, o que será objeto de análise posterior), a doutrina sempre clássica de Hely Lopes Meirelles, por exemplo, inadmite a condenação do Estado ao pagamento de indenização por perdas e danos, ainda que configurada a mora legislativa¹³¹.

José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, leciona que, na hipótese em que o texto constitucional fixar prazo para que o ato legislativo seja editado, tendo sido este descumprido pelo Poder Legislativo, poderá o Estado

¹³¹ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p 670.

ser civilmente responsabilizado pelos danos decorrentes de sua inação¹³². Em outros casos, decretada a mora pelo Judiciário, “mas sem a fixação de prazo para o cumprimento, a diligência do Executivo ou do Legislativo, perpetrada em prazo situado dentro dos *padrões de razoabilidade*”, teria o condão de afastar a responsabilidade civil do Estado¹³³. Isso não obstante, arremata que, “fora de tais padrões, há de considerar-se inarredável a culpa omissiva do legislador e, por tal motivo, eventuais prejudicados têm direito à reparação de seus danos”¹³⁴. Também neste sentido entende Justen Filho, para quem “a ausência de produzir lei configura uma atuação omissiva do Estado”¹³⁵.

Fato é que mesmo quando configurada a mora do legislador (ou, v.g., do Chefe de Poder com competência constitucional para iniciar o processo legislativo em relação a determinadas matérias) pelo descumprimento de prazo estabelecido na Constituição, a responsabilidade civil do Estado não restará, em regra, configurada. É o que se lê do julgamento, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 424.584/MG¹³⁶ (Rel. Min. Carlos Velloso, Red. do acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. em 17-11-2009), oportunidade em que se entendeu, a despeito da previsão contida no art. 37, X, da CRFB/88, que o comportamento omissivo do Executivo e/ou Legislativo não gera direito à indenização, não sendo dado ao Judiciário deflagrar o processo legislativo ou fixar prazo para que o Chefe do Executivo, em obediência ao comando expresso da Constituição, o faça¹³⁷.

¹³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 35ª ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 587.

¹³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 587, grifos no original.

¹³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 587.

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 242.

¹³⁶ Eis a ementa do acórdão: “SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL DE VENCIMENTO. COMPORTAMENTO OMISSIVO DO CHEFE DO EXECUTIVO. DIREITO À INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. IMPOSSIBILIDADE. Esta Corte firmou o entendimento de que, embora reconhecida a mora legislativa, não pode o Judiciário deflagrar o processo legislativo, nem fixar prazo para que o chefe do Poder Executivo o faça. Além disso, esta Turma entendeu que o comportamento omissivo do chefe do Poder Executivo não gera direito à indenização por perdas e danos. Recurso extraordinário desprovido”.

¹³⁷ A orientação foi confirmada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 565.089-RG/SP pelo Plenário do STF (Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. em 25-09-2019), tendo sido fixada, por maioria, a seguinte tese de repercussão geral: “O não encaminhamento de projeto de lei de revisão anual dos vencimentos dos servidores públicos, previsto no inciso X do art. 37 da CF/1988, não gera direito subjetivo a indenização. Deve o

Vislumbra-se, desse modo, que nem mesmo nas hipóteses em que a Constituição fixa prazo para a edição de determinada norma jurídica será o Estado necessariamente responsabilizado pelos danos que a ausência da lei acarretou. Nessa linha, poder-se-ia cogitar que, nos termos dos precedentes jurisprudenciais do STF, não haveria possibilidade de se imputar ao Estado responsabilidade pela omissão legislativa em matéria de direitos sociais. De fato, as dificuldades enfrentadas nesta seara superam, em muito, àquelas relacionadas à inação dos Poderes quando presente norma constitucional que diretamente imponha o dever de legislar e/ou iniciar o processo legislativo. E tal dificuldade se deve a duas razões principais, intimamente conectadas entre si: a primeira relaciona-se com a própria configuração de uma omissão que seja juridicamente relevante. A segunda, que decorre da anterior, diz respeito à existência mesmo de um dever específico de legislar.

Conforme ressaltado anteriormente, os direitos sociais reclamam um agir positivo do Estado para que sejam exercidos, diferentemente dos direitos de *status* negativo, que demandam, em regra, tão somente que o aparato estatal se abstenha de lhes obstar o exercício. Nesse seguimento, cumpre à legislação infraconstitucional, de forma conjunta com os entes federativos no exercício de suas competências comuns (cite-se, a título exemplificativo, os incisos II, V, IX e X do art. 23 da CRFB/88¹³⁸), regulamentar a execução das políticas públicas que visem dotar de eficácia a declaração de direitos sociais, visto que a Constituição não indica, de modo detalhado, todos os aspectos da política social a ser desenvolvida pelos entes estatais, fixando, no mais das vezes, metas e objetivos a serem perseguidos pelo Poder Público.

Poder Executivo, no entanto, se pronunciar, de forma fundamentada, acerca das razões pelas quais não propôs a revisão” (Tema 19).

¹³⁸ CRFB/88, Art. 23: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”.

É corrente, nesse diapasão, a ideia de que o Poder Legislativo não está obrigado a ostensivamente dispor sobre a implementação integral dos direitos de índole prestacional, devendo, ao contrário, tão somente não violar, em sede legal, as normas constitucionais definidoras ou diminuir o nível de proteção já conferido aos direitos fundamentais. Não haveria, nesses termos, um dever de legislar especificamente sobre a matéria social, em relação a qual o legislador deteria ampla liberdade de conformação. Estando presente, ainda que de forma esparsa e pouca efetiva, alguma regulamentação a nível infraconstitucional, o Legislativo não poderia ser compelido a *aumentar* o nível de proteção conferido aos direitos sociais.

Assim é que, atendidos critérios mínimos de regulamentação (há, por exemplo, sistemas de educação, saúde, segurança e de assistência social em funcionamento no país), o Legislativo estaria desincumbido de aperfeiçoar ou dispor sobre a implementação mais abrangente das políticas sociais.

À luz das considerações anteriores, resta claro que a aferição da omissão legislativa não poderá se pautar apenas por tais parâmetros, devendo ir além da constatação da existência ou não de uma norma editada com o propósito de viabilizar, de modo relativo, o exercício do direito social. Não basta, pois, que o legislador ordinário regule abstrata e genericamente as políticas sociais, e a elas destine recursos (no geral, escassos), para que se tenha por cumprida sua missão constitucional. O dever do legislador – e do administrador – é concretizar os direitos e garantias sociais, dotando-os de instrumentos de promoção efetiva, aptos a salvaguardá-los e a garantir ao indivíduo – que possui, como visto, direito subjetivo à prestação estatal – as condições materiais necessárias ao seu pleno exercício (especialmente quando coligado à garantia do mínimo existencial e da dignidade humana).

Vê-se, portanto, que a independência constitucionalmente assegurada ao Poder Legislativo (art. 2º) não é absoluta, mesmo no exercício de sua função típica. Para além dos mecanismos usuais do sistema de freios e contrapesos, reconhece-se que a atividade legislativa do Estado é legitimada

não apenas quando deixa de afrontar a literalidade do texto constitucional, mas sobretudo quando persegue, no conteúdo de suas normas, os objetivos fundamentais da República (cite-se, especialmente, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos, na forma do art. 3º, I, III e IV, da CRFB/88) e a garantia dos direitos fundamentais elencados no Título II da Lei Maior.

Diante deste cenário, necessário assumir uma postura hermenêutica que exija que o “legislador (e também o administrador), se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos”¹³⁹. Seja como mandados de ações universais, seja como imperativos de tutela, os direitos fundamentais – e mais especificamente o direito a ações positivas – impõem ao Estado não somente a “proibição de excesso, mas também a proibição de proteção deficiente”¹⁴⁰. Cuida-se, aqui, da aplicação do princípio da proporcionalidade em sua dupla face, compreendida tanto como “impeditiva de intervenções excessivas na esfera dos direitos fundamentais”, quanto “proibitiva de ações insuficientes por parte dos órgãos estatais na sua tarefa de assegurar direitos sociais efetivos”¹⁴¹. Veda-se a inoperância ou, em outros termos, a fuga injustificável dos “deveres objetivamente estabelecidos”¹⁴².

Na linha dos argumentos anteriores, a proibição de insuficiência exige que a legislação infraconstitucional “ofereça, *no seu conjunto*, uma proteção eficiente”¹⁴³. Não há, nessa linha, uma determinação prévia quanto ao modo de se conformar especificamente o direito social (ou as prestações positivas). Tendo isso em vista, Canaris explica que a proibição de insuficiência não se confunde com o dever de proteção¹⁴⁴. Em verdade, enquanto direitos *prima*

¹³⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 283.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 717.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 657.

¹⁴² FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 10, jan. 2006, n.p.

¹⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e Direito Privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 119, grifos no original.

¹⁴⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 122.

facie, os direitos sociais encerram, como mencionado alhures, “obrigações a serem otimizadas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas”¹⁴⁵.

Nessa lógica, exige-se do Estado, em um primeiro momento, o “cumprimento de todas as ações [possíveis] que favoreçam a realização” do direito social¹⁴⁶, a isto correspondendo a proteção como dever de resultado, dado que já verificada a existência do imperativo de tutela. A nível da ação, ponderadas as opções de atuação, atua o princípio da proporcionalidade, enquanto proibição de insuficiência, como uma lente através da qual será possível de fato averiguar se “a proteção do direito infraconstitucional é eficaz e apropriada”¹⁴⁷. Em sede de conclusão, Canaris pontifica que:

Há, pois, num primeiro passo, que fundamentar a existência do dever de proteção como tal, e, num segundo, que verificar se o direito ordinário satisfaz suficientemente esse dever de proteção, ou se, pelo contrário, apresenta, neste aspecto, insuficiências. [...] Aqui não se trata de, por exemplo, mediar a – eventual – insuficiência de proteção, ou de omissão do legislador, da mesma forma que no caso de uma intervenção num direito fundamental, com base na proibição de excesso. É, antes, preciso verificar se a proteção satisfaz as exigências mínimas [...] e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobre-avaliados¹⁴⁸.

Sendo o exame da (in)suficiência ou (in)eficiência da ação estatal categoria autônoma em relação ao dever de proteção – que, no caso dos direitos sociais, em regra estará configurado por força da autoridade político-jurídica da Constituição –, seu objeto necessariamente deve compreender a ponderação de outros interesses jurídicos que se revelem conflitantes com a pretensão de máxima eficácia dos direitos fundamentais prestacionais, em especial aqueles condensados sob a rubrica da reserva do possível. É à luz de tais sopesamentos que se poderá aferir a razoabilidade da não realização concreta do direito social ou se há, ao revés, uma sobrevalorização das razões apontadas pelo Estado como justificadoras de sua não universalização. Em qualquer dos casos, deve a análise pautar-se pela observância dos critérios

¹⁴⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 281.

¹⁴⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. cit., p. 281. Em razão de tal fato é que se pode classificar os direitos sociais como mandados de ações universais.

¹⁴⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 123.

¹⁴⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 123.

parciais do princípio da proporcionalidade¹⁴⁹, notadamente o da “necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício [...])”¹⁵⁰.

Isso não obstante, frise-se, uma vez mais, que não será possível ter por legítima a atuação legislativa ou administrativa que viole ou desrespeite o “núcleo essencial dos direitos restringidos” ou que, “a pretexto de promover algum direito, [desguarneça] a proteção de outros no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia”¹⁵¹.

Preciosa, nesse sentido, a lição de Juliana Gavião, para quem:

A proibição de proteção insuficiente constitui o limite inferior de valoração do legislador, na medida em que fica adstrito a um ato suficientemente adequado e eficaz para garantir a proteção mínima exigida pela Constituição. Desse modo, em não havendo uma proteção normativa ao direito fundamental, no que tange à sua dimensão objetiva (ou seja, como imperativo de tutela), verifica-se ato de omissão estatal flagrantemente inconstitucional [...]. Assim, o princípio da insuficiência estaria apto a afastar do ordenamento [...] normas que introduzam situação de desproporcionalidade extrema entre bens jurídicos que demandam proteção do Estado, pelo carimbo da fundamentalidade, promovendo, em relação àqueles reconhecidamente mais valiosos, menor proteção do que os considerados de menor valia – hipótese em que estaria evidenciada a proteção deficiente [...]

Neste particular, embora os níveis de programaticidade distintos e a indeterminabilidade inicial do conteúdo das prestações relativas a cada espécie de direito social representem um óbice à “verificação de uma violação direta da norma constitucional”¹⁵³, a proteção que não satisfaça níveis mínimos de efetividade ou que seja desproporcionalmente restritiva

¹⁴⁹ Sobre o tema, v., por todos, a doutrina de Humberto ÁVILA (*Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 203 e ss.). De acordo com o autor, “o postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre o meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim”. Compreendido como ampla ponderação de bens, princípios e valores, segundo o princípio da proporcionalidade “a promoção de um não pode implicar a aniquilação do outro”.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 193.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 193.

¹⁵² GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 61, maio/out. 2008, p. 103.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 298.

encerra, por ofensa à proibição de insuficiência, omissão inconstitucional do Estado, sendo, portanto, específica e juridicamente relevante na medida em que se afasta a ação estatal “dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações”¹⁵⁴. O especial dever de agir caracteriza-se, aqui, justamente em função da necessidade de suprir a omissão inconstitucional para, superando o estado inercial do legislador ou da Administração, evitar-se a consecução de danos injustos aos particulares.

Finalmente, cumpre sublinhar que a verificação da omissão relativa a um dever de proteção/promoção legislativa ou administrativa é dinâmica e temporalmente determinada, haja vista ser *progressivo*, consoante ressaltado anteriormente, o dever de implementação dos direitos sociais. Desse modo, a ausência da regulamentação necessária ao exercício do direito pode ser, de acordo com critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, considerada legítima em um determinado contexto, sem que isso importe em uma anuência *ad aeternum* com a negligência estatal. De maneira semelhante, um nível de proteção tido como aceitável – considerada a disponibilidade fática e jurídica de recursos financeiros e humanos – pode vir a ser classificado como insuficiente numa quadra futura, em que as condições econômico-orçamentárias do Estado permitam a promoção mais ampla, eficiente e, portanto, concretizadora dos direitos sociais.

Conforme asseverou Konrad Hesse, a interpretação adequada é aquela que “consegue concretizar [...] o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”¹⁵⁵. Dessa maneira, “uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição”¹⁵⁶. Também neste sentido é a doutrina de Alexy, que conclui que “os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos”¹⁵⁷.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 304.

¹⁵⁵ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 23.

¹⁵⁶ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 23

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 513.

Assim é que o dever *específico* de legislar – ele próprio necessário à caracterização, no caso concreto, da omissão legislativa de que são produto os danos cuja indenização se pleiteia – será, em matéria de direitos sociais prestacionais, decorrência de uma regulamentação inexistente ou deficiente por parte do Legislador, isto é, de uma omissão legislativa prévia no que toca à “implementação da prestação que constitui o objeto do direito”¹⁵⁸. Daí a necessidade de serem tomados em conjunto os conceitos de “omissão legislativa” e de “dever de legislar”, haja vista que podem ser causa e efeito um do outro. Em síntese, a inação legislativa na concretização do direito dará origem ao dever específico de legislar, cujo não cumprimento a contento, por sua vez, ensejará a configuração da omissão inconstitucional do Legislativo.

Neste diapasão, de se defender a inaplicabilidade do supramencionado precedente do STF neste campo, de maneira que, presente o dever específico de legislar, seja possível responsabilizar o Estado pelos danos oriundos de sua omissão legislativa, dada, sobretudo, a inafastável importância de que se reveste a concretização dos direitos sociais prestacionais para a garantia, a todos os cidadãos, das condições mínimas necessárias ao pleno e integral desenvolvimento de suas personalidades, condição sem a qual restarão nulificados os demais direitos fundamentais.

Vê-se, portanto, que não apenas a deficiência no desenvolvimento das funções administrativas, tipicamente levadas a efeito pelos órgãos do Poder Executivo na condução das políticas públicas, como também a atrofia no exercício da função legiferante poderá ser a causa da prestação deficiente dos serviços e dos bens indispensáveis à realização do direito social violado.

Resta claro, desse modo, que o Poder Público pode vir a descumprir a sua função de tutelar eficazmente os direitos sociais ao infringir – legislativa ou administrativamente – a “*proibição de proteção insuficiente*”, o que o faz nas hipóteses em que deixa de adotar as “medidas normativas e fáticas

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 292.

suficientes para cumprir com o seu dever de proteção”¹⁵⁹. Em que pese usualmente vincularmos, com alguma razão, a inefetividade dos direitos sociais a uma gestão deficiente dos recursos públicos por parte dos Executivos federal, estadual e municipal, há de se ter presente que a ofensa ao princípio da proibição de proteção insuficiente decorre, não raro, de omissões legislativas prévias no que concerne à regulamentação dos direitos sociais e à definição clara das políticas públicas, com a correspondente dotação orçamentária, a serem executadas.

Pautada pelo princípio da legalidade, a Administração, com alguma frequência, encontra óbices à execução de sua política social, seja porque imprescindível, na espécie, a existência de lei em sentido estrito que preveja o programa a ser desenvolvido pelo Executivo, seja em razão da insuficiência dos recursos destinados pelo legislador para consecução dos fins estatuídos pela norma. A consideração desta vertente – isto é, a omissão legislativa – reveste-se, nestas hipóteses, de significativa relevância prática, pois, ainda que o Poder Executivo do ente federado (a quem competia originariamente a promoção de determinada prestação) demonstre que não possuía condições materiais de salvaguardar, *in casu*, o direito social violado, invocando o limite da reserva do possível, tal defesa – em que pese legítima e potencialmente apta a excluir a responsabilidade estatal – a este propósito não servirá se comprovado igualmente que seu Legislativo se omitiu de modo injustificado ao não editar norma cuja vigência conferiria ao direito social um nível mínimo de proteção ou concretização capaz de evitar o dano.

À guisa de conclusão, verifica-se que, para fins deste trabalho, pode-se considerar como omissão estatal na promoção de direitos fundamentais sociais tanto a ausência ou prestação deficiente dos serviços públicos pela Administração – o que deve ser cogitado de forma ampla, abarcando as

¹⁵⁹ LEAL, Mônia Clarissa Henning; MAAS, Rosana Helena. “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e “proibição de excesso”: espectro de sua conformação e desenvolvimento pela teoria constitucional alemã. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 125, jul./dez. 2022, p. 425.

hipóteses em que haja condições materiais de implementação dos serviços ou fornecimento dos bens essenciais, como aquelas em que tal circunstância não se verifique em virtude da má gestão e/ou alocação dos recursos públicos – quanto a prestação normativa deficitária, nos termos acima delineados. Em qualquer das situações, o critério determinante há de ser a ofensa ou não ao princípio da proibição de insuficiência.

2.3 Conduta omissiva de agentes estatais

Ressalvados os casos em que a violação do direito social prestacional se deva a um estado anterior de deficiências sistêmicas na prestação material ou legislativa, pouco resta a tratar sobre as condutas omissivas dos agentes estatais, podendo seu exame ser satisfatoriamente empreendido à luz dos estudos sobre as omissões genéricas e específicas do Estado¹⁶⁰.

Conforme é cediço, a violação de direitos sociais se dá não apenas em razão de deficiências sistêmicas na prestação dos serviços públicos. A ofensa ao dever de proteção, nesse sentido, pode ser levada a efeito através da conduta omissiva adotada pelos agentes públicos que, diante de uma situação concreta, tinham o dever específico de agir, em especial quando responsáveis pela execução direta do serviço público cuja prestação deficiente causou a experimentação de um dano. Nesse contexto, também restará configurada a violação de direitos sociais por omissão atribuível ao Poder Público quando, a despeito da *suficiência* das prestações legislativas ou administrativas, seus agentes, em função da conduta omissiva por eles adotada, causarem danos a terceiros, nos termos do art. 37, §6º, da CRFB/88.

¹⁶⁰ Importa referir, no ponto, que a análise da conduta dos legisladores ou, por exemplo, do Chefe do Executivo aqui não nos interessa diretamente. Isso porque a omissão do Poder Público na promoção dos direitos sociais não deve se confundir com os *projetos, escolhas e decisões* daqueles que sejam responsáveis pela definição, a nível institucional, das políticas públicas que serão executadas. Saber se tais atores empreenderam intencionalmente ou não conferir proteção insuficiente aos direitos sociais, bem como se atuaram de modo comissivo ou omissivo, é expediente, para além de infrutífero, também desnecessário à luz dos critérios acima traçados. Cuida-se, nesses casos, de aferir tão somente a omissão do Estado brasileiro.

Interessante notar, sobre o tema, que o atual sistema constitucional acertadamente optou por substituir o vocábulo “funcionários”, constante do texto das Cartas anteriores, por “agentes”. Enquanto o primeiro designa “aquele que ocupa cargo público, sujeito ao regime estatutário”, o segundo, por ser mais abrangente, indica “todo aquele que era incumbido da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório”¹⁶¹, conforme já entendia a doutrina. Nesse sentido, presente a omissão que dê causa ao evento danoso, subsistirá a responsabilidade do Estado a despeito de ter sido o ato “praticado por servidor contratado, funcionário de fato ou temporário, qualquer que seja a forma de sua escolha ou investidura”¹⁶². Exige-se apenas que o causador direto do dano esteja a serviço da Administração.

Como já exaustivamente referido, a omissão do agente há de ser específica, ou seja, é necessário que haja o descumprimento de um especial dever de agir. Ilustrando a questão, Braga Netto aponta, por exemplo, citando Aguiar Dias, que não haverá responsabilidade civil do Estado pelo “furto comum praticado contra os cidadãos”, podendo, entretanto, ser condenado a indenizar os prejuízos por eles suportados “quando houve ameaça, anúncio ou aviso e a polícia permaneceu inerte”¹⁶³, hipótese em que a inação estatal figura como causa direta do evento, especialmente quando este for previsível.

De outro lado, haverá igualmente omissão específica quando o agente criar situação propícia para a ocorrência do evento danoso e não lhe impedir o resultado. Exemplo eloquente de tal situação se dá quando o médico cause, em razão de um comportamento omissivo, um dano ao usuário do serviço público de saúde, pouco importando se com culpa ou não. Nesse sentido, a eventual omissão de cuidados, suficiente ao inadimplemento da obrigação de meio (e não de resultado!) assumida pelos profissionais de saúde, poderá

¹⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 296.

¹⁶² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 296.

¹⁶³ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Op. cit., p. 162.

configurar a prestação deficiente do serviço público, ainda que sem culpa do agente, cuja conduta será atribuída ao Estado.

Sendo a omissão juridicamente relevante e ostentando o Estado a condição de garantidor da proteção do bem jurídico lesado, deve-se buscar solução que, sob o ângulo da proporcionalidade, evite que “danos injustos sejam suportados, sozinhos, pelo cidadão”¹⁶⁴. Nos dizeres precisos de Braga Netto, “se o Estado não age, ou age de modo insuficiente, na proteção de determinado bem jurídico fundamental, está configurado o quadro fático para que apliquemos respostas adequadas e progressivamente severas”¹⁶⁵. Sistematizar os pressupostos para a aplicação de tais respostas, em sede de responsabilidade civil, é o que se busca nas próximas linhas empreender.

¹⁶⁴ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Violência urbana e omissões estatais: Da irresponsabilidade à responsabilidade – Uma análise das transformações da Responsabilidade Civil do Estado à luz da teoria dos Direitos Fundamentais*. 2017. 305p. Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, p. 213.

¹⁶⁵ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Op. cit., p. 214.

CAPÍTULO 3 - DIREITOS SOCIAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

A responsabilidade civil do Estado é, como há muito se afirma, um inafastável postulado do Estado de Direito¹⁶⁶. Tendo o princípio da proteção jurídica como seu pilar fundamental, o Estado de Direito exige, segundo a doutrina de Gomes Canotilho, “a consagração de institutos que garantam [aos particulares] uma compensação, no caso de violação de direitos, liberdades ou garantias, pelos prejuízos derivados dos actos do poder público”¹⁶⁷. Em verdade, leciona o Mestre português, a garantia dos direitos fundamentais só poderá ser efetiva “quando, no caso da violação destes, houver uma instância independente que restabeleça a sua integridade”¹⁶⁸.

Nesse diapasão, se a ordem jurídica a todos indiscriminadamente sujeita, a injusta lesão a direitos, bens ou interesses juridicamente tutelados impõe ao causador do dano o dever de repará-lo. Eis a síntese da noção clássica de responsabilidade civil: “a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento”¹⁶⁹.

Pode-se, nessa linha, definir a responsabilidade civil do Estado como a obrigação “de ressarcir os danos causados a terceiros por sua atividade”¹⁷⁰, isto é, o dever de o Estado objetivamente indenizar ou compensar aqueles que foram prejudicados pelo desempenho de sua atividade pública. Nos dizeres de Juarez Freitas, a responsabilidade civil do Estado, redimensionada, nesta quadra, pelo primado eficaz dos direitos fundamentais, deve ser compreendida como o dever de responderem as pessoas jurídicas de direito

¹⁶⁶ BORGES, Alice Gonzalez. A Responsabilidade Civil do Estado à luz do Código Civil: Um toque de Direito Público. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 19 e ss.

¹⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 278.

¹⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 274.

¹⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 14.

¹⁷⁰ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, a despeito da prova da culpa ou dolo, pelos “danos materiais ou imateriais, individuais ou transindividuais, causados desproporcionalmente a terceiros pelo seus agentes, nessa qualidade, por ação ou omissão”¹⁷¹.

À luz de tais premissas, passa-se a analisar a evolução histórica, os caracteres essenciais¹⁷² e a natureza objetiva da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro. Examinados os pressupostos configuradores do instituto (e as causas excludentes aplicáveis), busca-se aferir a adequação da responsabilidade civil à tutela dos direitos sociais nos casos em que violados por omissão atribuível ao Poder Público.

3.1 A responsabilidade civil do Estado na Constituição de 1988

O princípio da responsabilidade do Estado, conforme já antecipado linhas acima, encontra-se sediado, a nível constitucional, no art. 37, §6º, da Lei Maior, que dispõe, *in verbis*:

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.

O atual ordenamento constitucional perfilhou, nesse sentido, a orientação consagrada anteriormente pelo art. 194 da Carta de 1946, que pela primeira vez instituiu no direito brasileiro a responsabilidade civil objetiva do Estado (superando, dessa forma, as modalidades pessoal ou solidária de responsabilidade dos funcionários públicos que até então vigoravam). Da análise do dispositivo sob comento dimanam algumas conclusões que, apesar

¹⁷¹ FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: _____; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). *Comentários à jurisprudência do STF: Direitos fundamentais e omissão inconstitucional*. Barueri: Manole, 2012, p. 6.

¹⁷² À vista dos objetivos do presente trabalho, não se analisará, nestas páginas, questões que, embora relacionadas à responsabilidade civil do Estado, pouco acrescentariam à discussão central aqui proposta. Nesse sentido, por desbordarem o objeto desta monografia, as controvérsias, v.g., sobre a culpa do agente e a forma do exercício do direito de regresso, a responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado em relação às pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, assim como a liquidação do dano mediante o regime de precatórios não serão aqui debatidas.

de intuitivas, merecem breve menção. Deve-se ter presente que o dispositivo consagra, em primeiro lugar, a denominada responsabilidade patrimonial do Estado – espécie de responsabilidade jurídico-constitucional –, na medida em que institui o dever de o Estado *indenizar* os danos causados injustamente a terceiros. Em segundo, afirma-se que a responsabilidade de que cuida a norma constitucional é extracontratual, dado que “abrange apenas os efeitos danosos de ações e omissões [...] relativas a condutas que configurem infração a um dever jurídico de origem não contratual”¹⁷³. A responsabilidade civil aqui referida é, portanto, aquela que “deriva das várias atividades estatais sem qualquer conotação pactual”¹⁷⁴.

Merece destaque, ainda, o fato de que o legislador constituinte de 1988 inovou ao estender a responsabilidade civil objetiva às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos¹⁷⁵. A esse respeito, em que pese nem sempre ser possível precisar com exatidão o conceito de serviços públicos¹⁷⁶, entende-se que as pessoas jurídicas responsáveis, à luz do art. 37, §6º, são as de direito privado integrantes da Administração Indireta¹⁷⁷ que se dediquem à prestação de serviços públicos, assim como “os concessionários e permissionários de serviços públicos”¹⁷⁸, referidos no art. 175 da CRFB/88, que devem prestá-los sob a forma delegada pela Administração. Diante desse cenário, excluem-se da regra constitucional da responsabilidade objetiva as

¹⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 229.

¹⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 562.

¹⁷⁵ Apesar de o Código Civil se referir, em seu art. 43, apenas às pessoas jurídicas de direito público interno, a norma constitucional é de eficácia plena e, portanto, autoaplicável. A dicção do diploma civil, embora tecnicamente constitucional, em nada restringe a aplicação do art. 37, §6º.

¹⁷⁶ Para Celso Antônio Bandeira de MELLO (*Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 687), serviço público é “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada a satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”.

¹⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 570. Cuida-se “das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas com personalidade de direito privado”.

¹⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 570.

empresas públicas e sociedades de economia mista dedicadas “à exploração de atividade econômica”¹⁷⁹ (CRFB/88, art. 173, §1º).

Revisitadas essas distinções, interessa ao objeto deste trabalho analisar a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público componentes da federação – *lato sensu* referidas como Poder Público enquanto sinônimo de Estado –, pois a elas impõe a Constituição o dever de concretizar direitos, competindo-las a implementação das prestações fáticas e normativas a eles correspondentes. Advirta-se, nessa linha, que a análise empreendida a seguir terá sempre em vista as omissões estatais especificamente relacionadas à promoção dos direitos sociais.

3.1.1 Evolução e Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado

Em número de quatro são as teorias que fundamentaram, sob o ponto de vista histórico, a responsabilidade civil do Estado, dando origem a quatro igualmente distintas fases no tratamento da matéria, conforme comumente classifica a doutrina¹⁸⁰. A primeira delas, marcada pela *irresponsabilidade estatal* e que vigorou até meados do século XIX no pensamento jurídico ocidental, fundamentava-se na velha teoria da intangibilidade do soberano, que “o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável”¹⁸¹. O Estado, nesta quadra histórica, por nada respondia, razão pela qual observa Mafalda

¹⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 570. No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 228-229, para quem “é possível distinguir dois regimes jurídicos distintos para a responsabilidade civil atinente à atividade administrativa. Há o regime próprio da responsabilidade civil das pessoas de direito público [...] e há aquele pertinente às pessoas de direito privado, não prestadoras de serviço público, que é o regime jurídico da responsabilidade civil privada”.

¹⁸⁰ A classificação não é unânime. Apontando, por exemplo, a existência de uma fase (anterior à da culpa administrativa) calcada na teoria organicista do Estado, cf. a contribuição de SANTOS, Romualdo Baptista. Responsabilidade civil do Estado. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 184 e ss. Noutro giro, defendendo o surgimento de uma nova e última fase baseada na ideia do Estado como garantidor dos direitos fundamentais, v., por todos, BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado: À luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 65 e ss.

¹⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 564.

Barbosa que, quando contraposta à evolução do instituto, “a afirmação da responsabilidade civil do Estado é relativamente recente”¹⁸².

Apesar de jamais ter sido expressamente adotada pelo direito pátrio¹⁸³, a teoria da irresponsabilidade alcançou, ainda que de forma velada, *status* de verdadeira norma jurídica, orientando, em larga medida, a formação de uma jurisprudência vacilante no que toca à configuração da responsabilidade civil do Estado, em especial quando em tela as omissões lesivas aos direitos e garantias dos cidadãos, individual ou coletivamente considerados. Inseridos na equação os direitos sociais, consoante já indicado, continuava a prevalecer a iníqua ideia – base da teoria da irresponsabilidade – de que não se poderia admitir a constituição de direitos contra o Estado. Conforme aponta Yussef Cahali, tal concepção continuou a ser acriticamente sustentada, agora sob a rubrica da separação dos poderes, “em virtude da qual a sustentação da responsabilidade do Poder Público importaria a censura ou o julgamento de seus atos, atividade defesa ao Poder Judiciário”¹⁸⁴. Diante de suas evidentes contradições, a teoria da irresponsabilidade estatal foi tão logo superada, tendo em vista sobretudo o fato de que, constituído o Estado para a tutela do direito, não há “sentido que ele próprio o violasse impunemente”¹⁸⁵.

Nessa direção, exsurgiu, em um segundo momento, a responsabilidade civil do Estado por culpa, adotando-se, aqui, a doutrina civilista. Submetido à lei, o Estado passou a ser tomado como sujeito de direitos e obrigações,

¹⁸² BARBOSA, Mafalda Miranda. A causalidade na Responsabilidade Civil do Estado. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra, ano 2, 2020, p. 389. Segundo esclarece a autora, “os diversos períodos históricos por que passou a construção do Estado não eram, por motivos teóricos e práticos, favoráveis à responsabilização dos entes públicos. Se a época absolutista ficou conhecida pelo brocardo *the king can do no wrong* [o Rei não pode errar, em tradução livre]; no período liberal, caracterizado pela escassa intervenção do Estado, poucas seriam as situações em que se impunha responsabilizá-lo” (grifos no original).

¹⁸³ Assim já o constatava Amaro CAVALCANTI (*Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905, n.p.). De fato, a Constituição Política do Império de 1824, apesar de consagrar, em seu art. 99, a inviolabilidade da pessoa do Imperador, também cuidou de prever no art. 179, XXIX, a responsabilidade civil dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticadas no exercício de suas funções. A Constituição republicana de 1891 também seguiu por este caminho ao repetir, de forma quase literal, a regra da responsabilidade em seu art. 82.

¹⁸⁴ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 21.

¹⁸⁵ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 21.

equiparado, portanto, às demais pessoas jurídicas¹⁸⁶. O Código Civil de 1916, a esse respeito, dispunha em seu art. 15 que “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei”. Diferenciava-se, entretanto, para fins de responsabilidade civil, os atos de império dos atos gestão, só havendo falar-se em dever de indenizar se o dano decorresse destes últimos.

Entendia-se que o Estado, ao desempenhar funções essenciais ou necessárias, como aquelas voltadas à manutenção da ordem constitucional, estaria “agindo no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo”, restando, na linha da teoria da irresponsabilidade, “incólume a qualquer julgamento”¹⁸⁷. Noutro giro, ao praticar atos de gestão, no exercício de funções facultativas ou contingentes, o Estado poderia ser equiparado ao particular, de modo que sua responsabilidade haveria de ser reconhecida “nas mesmas condições de uma empresa privada pelos atos de seus representantes ou prepostos”¹⁸⁸, isto é, de acordo com a presença ou não da culpa do agente, que deveria ser pessoalmente determinado e, portanto, apontado pela vítima. A fase civilística, em que pese ter atenuado a teoria da irresponsabilidade, revelou-se extremamente insuficiente, dada sobretudo a dificuldade de se demonstrar concretamente a culpa do agente estatal, cuja prova competia à vítima, bem como de se distinguir se o ato causador do dano era de *jure imperii* ou de *jure gestionis*¹⁸⁹ – perspectiva que ignorava o fato de que ambos

¹⁸⁶ SANTOS, Romualdo Baptista. Responsabilidade civil do Estado. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 185.

¹⁸⁷ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 22.

¹⁸⁸ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 22.

¹⁸⁹ 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. 42 e ss. Segundo observa o autor, frequentemente os atos de império e de gestão “se mesclavam; às vezes, um mesmo ato apresentava aspectos de gestão e de império, tornando, na prática, tormentosa a sua diferenciação”. No mesmo sentido, cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 35ª ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 565. O autor aponta, ademais, que “a jurisprudência procurava distinguir, de um lado, as faltas do agente atreladas à função pública e, de outro, as faltas dissociadas de sua atividade”.

os atos são, ao fim e ao cabo, formas de atuação administrativa, a qual deveria estar jungida à função específica de tutelar direitos¹⁹⁰.

À vista disso, por força de interpretação conferida ao sobredito art. 15 do Código Civil de 1916, consagrou-se a teoria da culpa administrativa (ou da culpa anônima) do Estado, no sentido de que o lesado não mais precisaria identificar o agente causador do dano, mas tão somente “demonstrar o mau funcionamento do serviço público”¹⁹¹. Com origem na doutrina francesa da *faute du service*, a responsabilidade do Estado se afasta da culpa individual e passa a se identificar com a culpa do serviço¹⁹². Além de suprimir a distinção entre atos de império e de gestão, evoluiu a teoria da responsabilidade civil do Estado no sentido de se “prescindir da demonstração da culpa específica do agente [...]. A culpa passou, assim, a ser anônima, o que quer dizer da generalidade da Administração”¹⁹³. Nesse sentido, ainda que fosse impossível identificar o agente que provocou o dano, o mau funcionamento do serviço, considerado em si mesmo, encerraria circunstância apta a fundamentar a responsabilidade civil do Estado.

Consoante aponta a doutrina, a *falta do serviço* se consumava em três situações distintas: (i) quando o serviço fosse inexistente ou não funcionasse; (ii) quando o serviço funcionasse mal, de forma defeituosa ou inadequada; e (iii) quando o serviço funcionasse extemporaneamente, de modo retardado. De acordo com a teoria da culpa anônima, nesse sentido, era necessário que o lesado “comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente”¹⁹⁴. Como observa Monteiro Filho, a culpa administrativa norteou não apenas a interpretação do art. 15 do Código Civil de 1916, como também foi a regra adotada para a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos¹⁹⁵, sendo

¹⁹⁰ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 23.

¹⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 565.

¹⁹² SANTOS, Romualdo Baptista. Op. cit., p. 186.

¹⁹³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Op. cit., p. 45.

¹⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 565.

¹⁹⁵ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Op. cit., p. 45.

alçada à condição de um quase dogma, sobretudo entre os administrativistas, mesmo após a consagração da teoria objetiva pela Constituição de 1946.

Chega-se à quarta e última fase da evolução da responsabilidade civil do Estado, denominada como fase publicística. O processo de *publicização* do instituto, embora com contornos não muito bem definidos¹⁹⁶, tem na tutela da vítima sua marca indelével¹⁹⁷. A teoria objetiva nasce, em verdade, a partir da constatação da “insuficiência da técnica subjetivista [...] para atender a todas as hipóteses em que os danos deveriam ser reparados”¹⁹⁸. Sobre o tema, embora não se referindo propriamente à responsabilidade civil do Estado, rememora Alvino Lima que dentro da modalidade fundada na culpa:

[...] não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. [...] O dano e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes os interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva¹⁹⁹.

Detendo-se inicialmente em hipóteses específicas, a teoria objetiva teve marcada aplicação sobretudo em relação aos casos em que verificada a existência de danos “decorrentes de atividades de risco”²⁰⁰. Com fundamento no princípio da igualdade de ônus e encargos sociais, logrou ampla aceitação a ideia de que devem ser divididos por todos os prejuízos causados pelo Estado, pois “por toda a população é repartido o benefício que o Estado

¹⁹⁶ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 24.

¹⁹⁷ Felipe Peixoto BRAGA NETTO (*Manual da Responsabilidade Civil do Estado: À luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 44), sustentando a primazia do interesse da vítima, leciona que “na busca da realização da justiça substantiva e concreta, deve-se dar primazia à restauração do equilíbrio social rompido, conferindo proteção qualitativamente diferenciada à vítima”.

¹⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. A evolução da Responsabilidade Civil no Direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 175.

¹⁹⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 115-116.

²⁰⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Op. cit., p. 46.

proporciona”²⁰¹. Tal orientação solidarista²⁰², se antes prevalecente por força mesmo do caminhar evolutivo da responsabilidade civil, hoje se apresenta como imposição da ordem constitucional, que consagra, dentre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos do art. 3º, I, da CRFB/88.

A responsabilidade extracontratual do Estado, nesta fase, prescinde da demonstração da culpa, ainda que sob a modalidade da falta impessoal do serviço, afastando-se definitivamente da perquirição de qualquer elemento subjetivo. Basta, aqui, tão somente a prova do dano e do nexo de causalidade, dado que o dever de indenizar “se impõe independentemente da conduta culposa do responsável, associando a reparação não já a seu comportamento, mas ao risco provocado pela atividade da qual resultou o dano”²⁰³. Na precisa síntese de Hely Lopes Meirelles, a fase objetiva “baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade”²⁰⁴, os quais experimentariam um ônus não suportado pelos demais. E arremata: “para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano”²⁰⁵.

Atualmente, portanto, a responsabilidade civil do Estado encontra na teoria do risco administrativo e na solidariedade social seus fundamentos teóricos de maior envergadura²⁰⁶, os quais traduzem, “por sua objetividade e

²⁰¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Op. cit., p. 46.

²⁰² Para uma leitura pormenorizada sobre o princípio constitucional da solidariedade, v., por todos, MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 157-176. Cf., também, PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 459 e ss.

²⁰³ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 175.

²⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. Op. cit., p. 663.

²⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. Op. cit., p. 663.

²⁰⁶ Celso Antônio Bandeira de MELLO (*Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1023), discorrendo sobre os fundamentos da responsabilidade do Estado, adota posição ligeiramente diversa. Aduz que, nos casos de comportamento ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, “o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade, [como] imposto também pelo princípio da igualdade”. Já nos casos de comportamento lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público, “o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus

partilha dos encargos”, um ideal de justiça distributiva²⁰⁷. Em conclusão, por ser considerado como sujeito “jurídica, política e economicamente mais poderoso”²⁰⁸ do que o indivíduo, o Estado deve ser responsável pelos riscos naturais que decorrem de sua atividade. Como elucida Carvalho Filho, “à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior”²⁰⁹, sendo certo, nessa linha, que “a um potencial crescente de danos corresponde uma cada vez maior obrigação de garantia”²¹⁰.

3.1.2 Natureza objetiva da responsabilidade por omissão

Sem prejuízo dos debates intensamente travados em sede doutrinária e jurisprudencial acerca da recepção ou não do art. 15 da codificação civil de 1916 pela Carta de 1946 – cujo art. 194²¹¹ teria, para alguns, disciplinado inteiramente a responsabilidade do Estado –, fato é que, segundo a corrente majoritária, a regra do referido dispositivo continuou a “prevalecer para as hipóteses de responsabilidade do Estado por ato omissivo, aplicando-se a regra constitucional apenas para os atos comissivos”²¹². A responsabilidade do Estado seria, nas omissões, subjetiva, exigidos para sua configuração os três pressupostos clássicos, a saber, o dano, o nexo causal e a culpa – aqui tomada, como se viu, no sentido da *culpa administrativa*, “bastando que se comprove a ineficiência culposa do serviço público”²¹³.

Expoente maior dessa vertente, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, com inegável força convincente, indicava, com relação aos danos

provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividade desempenhadas no interesse de todos”.

²⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. Op. cit., p. 663.

²⁰⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 566.

²⁰⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 566.

²¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 175.

²¹¹ Rememore-se a dicção do comando constitucional: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único – Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

²¹² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Op. cit., p. 47.

²¹³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Op. cit., p. 48.

causados por omissão do Estado, que somente seria possível responsabilizá-lo caso este estivesse obrigado, por dever legal, a impedir o dano, pois, “se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano”²¹⁴. À vista disso, enunciava que a responsabilidade estatal por ato omissivo seria sempre responsabilidade por comportamento ilícito, razão pela qual necessariamente classificaria-se-ia como subjetiva, “pois não há conduta ilícita do Estado [...] que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo)”²¹⁵. Em síntese, asseverava que, nestas hipóteses, a omissão ou deficiência estatais representam *condição* do dano, e não sua *causa*²¹⁶.

Evidentemente, o posicionamento em tela não ficou imune a críticas. Gustavo Tepedino, v.g., aduz que “não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando do legislador constituinte – *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”²¹⁷. Segundo leciona:

A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, [...] perdendo imediatamente base de validade qualquer construção ou dispositivo que subjetivista, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional²¹⁸.

No mesmo sentido, Sérgio Cavalieri Filho aponta que a ação a que alude o art. 37, §6º, da Constituição “engloba tanto a conduta comissiva como a omissiva”²¹⁹. Em reforço à tendência objetivista, observa Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho que o CC/2002, ao reproduzir em seu art. 43 o teor do art. 37, §6º, da CRFB/88, “retirou um dos principais pilares de sustentação da tese subjetiva”²²⁰. Ao suprimir a referência ao procedimento “de modo

²¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1029.

²¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 1029.

²¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 1031.

²¹⁷ TEPEDINO, Gustavo et al. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4, p. 177.

²¹⁸ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 177.

²¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 297.

²²⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Op. cit., p. 55.

contrário ao direito”, a atual dicção “parece deixar clara a opção legislativa pela responsabilidade objetiva em toda e qualquer atividade estatal”²²¹.

Adotando posição intermediária, Sérgio Cavalieri Filho entende que a responsabilidade do Estado será objetiva nos casos de omissão específica, e subjetiva, nos casos de omissão genérica²²². A distinção com base em tais critérios, todavia, apesar de aparentemente conciliar as posições divergentes, não se afigura, com toda vênia, a mais adequada, pois, como se verá adiante, transposta a questão para o terreno da causalidade, verifica-se que a omissão genérica importa verdadeiramente em ausência de liame causal entre o dano e o proceder do Estado, conforme aponta Rafael Oliveira²²³. Para o autor, que se filia à corrente objetivista, a omissão estatal há de ser apenas juridicamente relevante, casos em que a inação do Estado, em que pese não ser causa direta do dano, terá contribuído para sua consumação²²⁴, pelo que se torna possível imputar responsabilidade ao Estado pelo evento danoso.

Braga Netto, ao analisar a cizânia sob um ponto de vista estritamente pragmático, conclui, com razão, que, independentemente da natureza que o intérprete possa atribuir à responsabilidade civil do Estado por omissão, as repercussões práticas decorrentes da adoção de uma ou outra teoria são, em regra, quase equivalentes – quando não idênticas²²⁵. Verifica-se, em verdade, que, na quase totalidade dos casos em que reconhecida pelos Tribunais, “a responsabilidade civil se impõe sem maiores questionamentos”²²⁶, haja vista quase sempre estar presente a *negligência* estatal.

Foi a doutrina de Yussef Cahali, contudo, aquela que, em nosso sentir, forneceu o mais preciso delineamento da matéria. Em primeiro lugar, atendo-se ao argumento que diferencia a *causa* e *condição* do dano, o doutrinador

²²¹ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 178.

²²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 299.

²²³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021, n.p.

²²⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. cit., n.p.

²²⁵ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado*. Op. cit., p. 77.

²²⁶ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Op. cit., p. 77.

observa, além da própria imprecisão conceitual que cerca a interpretação de tais termos, que *causa* representa, no âmbito das obrigações, “todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um efeito jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação”²²⁷. Nesse sentido, conclui que o comportamento omissivo “pode ser causa e não condição”, se deflagrador primário do evento danoso²²⁸. Em segundo, deslocando o foco de análise para a exigibilidade do serviço não prestado, o autor aduz que:

[...] desde que exigível da Administração a execução da obra ou a prestação do serviço que teriam prevenido ou evitado o evento danoso sofrido pelo particular, identifica-se na conduta omissiva estatal a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação: no simples conceito de descumprimento de obrigação exigível já está embutida a ideia de culpa, só elidível se não demonstrada a excludente da inexigibilidade do ato omitido. [...] Nota-se, assim, que ‘não é necessário transmutar a responsabilidade objetiva em subjetiva para que a Administração se desvincule do dever de indenizar; basta que ela demonstre que não tinha o dever de agir e que, portanto, a sua conduta não foi, do ponto de vista jurídico, causa do evento danoso’²²⁹.

Sob essa perspectiva, que será melhor explorada na sequência, não colhem os argumentos que identificam na teoria objetiva da responsabilidade civil por omissão o alvorecer de uma fase de panresponsabilização estatal, “o que oneraria excessivamente o erário e suscitaria uma ruptura no sistema da responsabilidade civil”²³⁰. Como é cediço, a responsabilidade objetiva admite causas excludentes, fato que, por si só, já se revela suficiente ao propósito de mitigar a responsabilização do Estado, sem que para isso seja necessário “violiar o texto constitucional [ou] recorrer à responsabilidade aquiliana”²³¹. Em verdade, como observa Juarez Freitas, a consagração da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais pelo §1º do art. 5º da CRFB/88

²²⁷ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 220.

²²⁸ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 220. V., também, MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A Responsabilidade Civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 116.

²²⁹ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 221.

²³⁰ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 177.

²³¹ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 177.

“funciona como anteparo contra a teoria segundo a qual não poderia o Estado ser objetivamente responsabilizado por omissões”²³².

Nesse diapasão, forçoso reconhecer que a redação do art. 37, §6º, da Constituição de 1988, ao consubstanciar a síntese do processo evolutivo por que passou a concepção de responsabilidade civil do Estado, decisivamente se enveredou no sentido da superação das doutrinas civilista e administrativa da culpa, consagrando a modalidade objetiva, quer para os atos comissivos, quer para atos omissivos²³³. Nesse sentido, em que pese a resistência de certa jurisprudência, sobretudo no âmbito do STJ²³⁴, mais consentânea com os objetivos e ditames constitucionais se apresenta a lição do Ministro Celso de Mello, segundo a qual a teoria do risco administrativo representa:

[...] fundamento de ordem doutrinária subjacente a norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, por ação ou por omissão (CF, art. 37, § 6!!). Essa concepção teórica – que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público [...] – faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada a vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido, independentemente da caracterização da culpa do agente, não importando que se trate de comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão) daqueles investidos da representação do Estado²³⁵.

Esta é, hoje, a tese majoritária no âmbito da Suprema Corte²³⁶, que a vem consagrando em inúmeros e importantes precedentes, inclusive em sede de repercussão geral. Assim é que, desde que demonstrado o nexo de

²³² FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: Vedação de excesso e de inoperância. In: _____. (Coord.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 177.

²³³ Cristiano Chaves de FARIAS et al (*Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1235) apontam que o STF perfilhou a tese da responsabilidade objetiva. Citam, como exemplo, os Recursos Extraordinários nº 130.764 (1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 07-08-1992) e nº 283.989 (1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 13-09-2002).

²³⁴ Cf., nesse sentido, os seguintes precedentes: STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp nº 1.679.906/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. em: 05/12/2017, *DJ*: 13-12-2017; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº 1.345.620/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. em: 24/11/2015; *DJ*: 02-12-2015; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº 1.345.620/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. em: 24/11/2015; *DJ*: 02-12-2015; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº 1.562.277/MG, Rel. Min. Humberto Martins, j. em: 24/11/2015, *DJ* 01-12-2015; STJ, 2ª Turma, REsp nº 1.230.155/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em: 05/09/2013, *DJ*: 17-09-2013; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp nº 302.747/SE, Rel. Min. Humberto Martins, j. em: 16/04/2013, *DJ*: 25/04/2013.

²³⁵ STF, AI 299.125/SP, monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, j. em: 05/10/2009, *DJ* 20-10-2009.

²³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 181

causalidade entre o dano e a omissão do Estado, as pessoas jurídicas de direito público “respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, §6º, da Constituição Federal, tantos por atos comissivos quanto por atos omissivos”²³⁷.

3.2 Pressupostos configuradores

Firmada a natureza objetiva da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, a prova da culpa *in omittendo*, *in eligendo* ou *in vigilando* do agente, ou da culpa *anônima* do serviço, encerra expediente desnecessário. Para configurar a responsabilidade civil do Estado, naquilo que interessa ao presente trabalho, basta, portanto, a presença de três pressupostos principais, a saber: (i) uma omissão antijurídica imputável ao Estado; (ii) um dano; e (iii) uma relação de causalidade entre o dano e a conduta omissiva estatal²³⁸. Cumpre, nessa direção, abordar cada requisito de forma individualizada – sem, evidentemente, qualquer pretensão de esgotar a matéria.

3.2.1 Omissão antijurídica

Dedicado o capítulo anterior ao exame das omissões do Estado no que respeita à promoção e respeito dos direitos fundamentais sociais, cumpre aqui tão somente ressaltar, sob pena de incorrer-se em inapropriada redundância, que a conduta omissiva do Estado há de ser, para fins de responsabilidade civil, antijurídica – e não há nesta afirmação qualquer incompatibilidade com a teoria objetiva. O que se busca, em última instância, é evitar que o Estado seja condenado a reparar os prejuízos decorrentes de eventos em relação aos quais não tinha o Poder Público o dever de obstar-lhes a consumação. Não se trata, pois, de perquirir a culpa anônima da Administração ou a falta do

²³⁷ STF, 2ª Turma, ARE 868.610 AgR/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 26/05/2015, *DJe* 01-07-2015. Na 1ª Turma, cf. ARE 956.285 AgR/PR, Rel. Min. Edson Fachin, j. em: 09/08/2016, *DJe* 25-08-2016.

²³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 229.

serviço: presente o liame entre o dano e a omissão, aí estará configurado o dever de indenizar. A omissão, contudo, deve revestir-se de relevância jurídica ou, em outros termos, ser relativa a um dever específico de agir²³⁹.

A preferência pela qualificação da omissão estatal como antijurídica se justifica, aqui, em razão de dois fatos principais: o primeiro diz respeito à constatação já amplamente difundida de que o dever de indenizar pode se originar tanto de atos lícitos quanto de atos ilícitos, embora a regra ainda seja a de que a responsabilidade derive de atos violadores da lei formal²⁴⁰. Fato é, entretanto, que a produção de um dano “não é requisito essencial para a conceituação do termo ilicitude”²⁴¹.

O ato ilícito encerra a transgressão do direito, concretizando aquilo que pelo ordenamento não é permitido. Nessa ordem de ideias, tanto o evento danoso quanto o nexo de causalidade “devem ser considerados apenas como pressupostos necessários para que do ilícito possa derivar a obrigação de ressarcir o dano”²⁴². *A contrario sensu*, também não é a ilicitude da conduta condição de ressarcibilidade dos prejuízos experimentados pela vítima.

O segundo relaciona-se com a própria insuficiência do conceito de ilicitude para dar conta das omissões estatais na perspectiva aqui empregada, pois em uma seara que prestigia a discricionariedade administrativa e a liberdade de conformação do legislador nem sempre será possível determinar como contrário à lei formal o comportamento do Estado, cuja *antijuricidade* só será passível de ser aferida à luz dos valores e objetivos propugnados em

²³⁹ Tal foi a orientação que prevaleceu, por exemplo, no julgamento do Tema 366 pelo Supremo, tendo sido fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: “Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular”. (STF, Tribunal Pleno, RE nº 136.861/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Red. do acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. em: 11/03/2020, *DJe* 13-08-2020).

²⁴⁰ FARIA, Luzardo. Fundamentos para a adoção de um modelo preventivo de responsabilização civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jul./set. 2017, p. 214.

²⁴¹ FARIA, Luzardo. Op. cit., p. 217.

²⁴² FARIA, Luzardo. Op. cit., p. 217.

sede constitucional, ainda que se trate apenas da obrigação de manter um serviço público adequado (CRFB/88, art. 175, Par. único, IV). Nessa direção, “as condutas comissivas e omissivas, uma vez presente o liame causal, serão sempre antijurídicas em sentido sistêmico, ainda quando ‘lícitas’ em sentido estrito, [e assim o serão] justamente por violarem direitos fundamentais”²⁴³.

Referindo-se especificamente às condutas omissivas, Juarez Freitas assim pontifica: “a antijuridicidade decorre da inobservância, por inércia, dos deveres diretamente estatuídos pela Lei Fundamental”²⁴⁴ – ou, nos termos vazados anteriormente, da ofensa à proibição de insuficiência.

No que toca à execução das políticas públicas de saúde, educação, segurança etc., afirmou-se, também, que uma posição no âmbito dos direitos a prestações será vista como definitivamente garantida²⁴⁵ se assim o exigir a tutela da dignidade da pessoa humana e a garantia do mínimo existencial. Vê-se, portanto, que nem todas as prestações *prima facie* garantidas pelos direitos sociais podem ser exigidas do Poder Público, como se espera ter demonstrado. Nesse sentido, para aferir a existência de um específico dever de concretizar a prestação material seria recomendável ao juiz perquirir se o direito alegadamente violado é, ele mesmo, concretamente justiciável. Ou seja: deve-se indagar se a prestação cuja realização teria evitado a ocorrência do dano se apresenta como juridicamente exigível em face do Estado, isto é, se seria passível de ser garantida em sede jurisdicional.

Evidentemente, nos casos em que se esteja diante de uma omissão específica e pontual dos agentes investidos na representação do Estado não se exigirá a consideração da justiciabilidade concreta dos direitos sociais. O recurso aos critérios de justiciabilidade tem lugar principalmente nos casos em que a omissão se relacione à ausência do serviço ou de uma prestação social cuja *exigibilidade* não é *de plano* constatável.

²⁴³ FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. Op. cit., p. 8.

²⁴⁴ FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 9.

²⁴⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 512.

Ilustrando a questão com um exemplo prático, pode-se pensar no caso em que a matrícula de criança em creche não seja oportunizada em virtude da escassez das vagas oferecidas pela rede pública. Haveria, comprovada a situação lesiva, dever de o Poder Público repará-la? Ou, no caso do direito à saúde, haveria dever de o Estado indenizar os danos decorrentes do não oferecimento de determinado medicamento ou de um tratamento terapêutico? A esse respeito, aliás, recentemente o STF ponderou, ao apreciar o Tema 698 da Repercussão Geral, que “a intervenção casuística do Poder Judiciário, definindo a forma [...] da gestão dos serviços de saúde, coloca em risco a própria continuidade [de tais] políticas públicas”, considerado sobretudo o comprometimento da alocação racional dos recursos.

Isso não obstante, fixou-se, como tese de julgamento, o entendimento de que, uma vez respeitado o espaço de conformação e discricionariedade do administrador, a intervenção do Judiciário “em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de *ausência* ou *deficiência grave* do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes”²⁴⁶.

Diante desse cenário, sobressai em importância estabelecer critérios claros de sindicabilidade dos direitos sociais para que, de um lado, não se incorra na imposição de ônus desproporcionais à Administração Pública, nem tampouco se restrinja ilegítimamente, de outro, a eficácia dos direitos fundamentais²⁴⁷ (e, por consequência, a própria possibilidade de reparação dos danos injustamente suportados em virtude de sua violação). Nesse diapasão, preciosas são as considerações de Cláudio Pereira de Souza Netto,

²⁴⁶ STF, Tribunal Pleno, RE 684.612/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Red. do acórdão Min. Roberto Barroso, j. em 03-07-2023, *DJe*: 07/08/2023. Merece destaque, ainda, a segunda tese de julgamento fixada pela Corte: “[...] A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado”.

²⁴⁷ Para uma análise dos critérios de justiciabilidade dos direitos sociais sob a perspectiva ético-jurídica, cf., por todos, SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; _____. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553 e ss. V., também, COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: Uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 487 e ss.

que elenca alguns parâmetros materiais de justiciabilidade dos direitos a prestações, os quais, pela sua precisão e poder de síntese, passa-se, *ipsis litteris*, a reproduzir. Segundo o autor:

A atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia de ‘condições necessárias’ para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida [...]. Os direitos sociais prestacionais só são exigíveis perante o Judiciário quando os seus titulares são incapazes de arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas, [bem como] quando a prestação requerida for passível de universalização entre os que não podem arcar com os seus custos [...]. A concretização judicial de direitos sociais deve considerá-los como unidade, de modo a garantir condições dignas de vida para os hipossuficientes, não necessariamente a observância de cada direito social em espécie. [...] Se a Administração investe consistentemente em direitos sociais, executando efetivamente o orçamento, o Judiciário deve ser menos incisivo no controle das políticas no setor²⁴⁸.

Mutatis mutandis, a aplicação conjunta ou setorizada de tais critérios a um cenário em que já concretizado o dano em razão da “falta de acesso ao serviço público adequado e prestado de forma eficiente”²⁴⁹ permitirá aferir se, naquele caso concreto, a prestação requerida era razoável (isto é, se atendia ao propósito de garantir condições mínimas de vida ao lesado), e se subsistia o dever da Administração atuar de modo especificamente determinado – ou se, ao revés, foi a omissão proporcional e, portanto, genérica. Como bem lembra Daniel Hachem, a questão de fundo é saber “em que medida a Administração Pública brasileira está submetida a um dever específico de prestar serviços públicos e implementar políticas públicas aptas a satisfazer os direitos fundamentais [sociais]”²⁵⁰, a despeito da existência ou não de lei em sentido formal que assim determine.

Sem incorrer no vício do subjetivismo exacerbado, casos há em que a abstenção do Estado não configura uma omissão desproporcional, de sorte que nem toda prestação deficiente do serviço público se traduz na violação de um dever de agir específico. Há casos, contudo, em que o cumprimento

²⁴⁸ SOUZA NETTO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 535-543.

²⁴⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A Responsabilidade Civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam a violação à dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 8, n. 34, out./dez. 2008, p. 65.

²⁵⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit., p. 66.

do mandamento constitucional não deve ficar totalmente à mercê da discricionariedade administrativa²⁵¹. É perfeitamente possível concluir que o dever de matrícula em creche, por compor o núcleo essencial do direito à educação básica, seja uma conduta exigível do Estado. Ausente fator obstativo do nexo de causalidade, configura-se lesiva a omissão do Poder Público nessa seara, eis que “causadora de dano juridicamente iníquo”²⁵².

Em síntese, “se compete [ao Estado] prestar os serviços essenciais à promoção da dignidade humana, em especial aqueles que atendam ao mínimo existencial”²⁵³, como nos sobreditos casos dos direitos à saúde e educação, a sua omissão encerra o descumprimento de um específico dever de agir, de modo que será o Estado obrigado a reparar os danos ocasionados pela sua inércia. Ostentando o Poder Público, de acordo com Juarez Freitas, o dever de “zelar pela aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, indenizável toda e qualquer omissão inconstitucional que afetar o *âmago* desses direitos, imotivadamente”²⁵⁴.

Ao lado da configuração do dever específico de agir, a jurisprudência do STF, embora reafirmando a natureza objetiva da responsabilidade civil do Estado, tem exigido que o Poder Público ostente a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso²⁵⁵. Cuida-se de aplicação do “limite da reserva do possível” – para alguns uma autêntica causa excludente –, que deve, contudo, ser vista com reservas. Como se terá oportunidade de referir no estudo do nexo de causalidade e de suas causas excludentes, situações há em que o Estado, de fato, não logra evitar o dano, embora neste sentido tenha

²⁵¹ STF, 2ª Turma, RE nº 436.996/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26/10/2005, *DJ* 07-11-2005.

²⁵² FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 4.

²⁵³ HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit., p. 67.

²⁵⁴ FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 17, grifo nosso.

²⁵⁵ Assim entendeu a Suprema Corte quando da análise do Tema 592 da Repercussão Geral, fixando-se a seguinte tese: “Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”. Do acórdão extrai-se, ainda, o seguinte excerto: “O dever constitucional de proteção do 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 art. 37, §6º, da Constituição Federal”. (Tribunal Pleno, RE 841.526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. em: 30/03/2016, *DJe*: 01-08-2016).

envidado os esforços que razoavelmente dele se poderiam exigir. No caso da não-prestação de serviços funcionalizados à garantia do mínimo existencial, especialmente os de saúde e educação, o Estado deverá, em nosso sentir, não apenas demonstrar que não dispunha da possibilidade concreta de agir, mas, sim, justificar a legitimidade da opção administrativa de não universalizar a prestação que, acaso existente em níveis mínimos, teria evitado o resultado. O que não se admite, portanto, é a inércia injustificável.

3.2.2 Dano

Elemento central da responsabilidade civil, o dano é requisito “sem o qual não se configura o dever de indenizar”²⁵⁶, pois logicamente não há como concretizar a obrigação de ressarcir se ausente o prejuízo a ser reparado²⁵⁷. Isso não obstante, necessário advertir que nem todo dano é, para o Direito, ressarcível. No atual estágio de desenvolvimento da responsabilidade civil, o dano (seja patrimonial, moral, estético etc.) identifica-se com a lesão a um interesse jurídico concretamente merecedor de tutela – ou, por assim dizer, com a lesão de “uma relação, seja pessoal, seja patrimonial, juridicamente relevante”²⁵⁸ –, donde se extrai que o dano ressarcível é aquele classificado, em uma palavra, como *injusto*. Sintetizando a matéria, a figura do dano passa a ser “dimensionada segundo o legítimo interesse daquele que sofreu a repercussão no bem jurídico lesado”²⁵⁹. Em outros termos:

A partir dessa mudança de perspectiva, a discussão em torno da reparação civil centra-se não mais no descumprimento estrutural da lei (direito subjetivo), mas, sim, na violação dos valores e interesses tutelados pelo ordenamento, de modo a se verificar, concretamente, se o interesse lesionado será considerado merecedor de tutela e permitirá o surgimento do dever de indenizar²⁶⁰.

²⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 29.

²⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 55.

²⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 766.

²⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 30.

²⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 30. Sobre o tema, Pietro PERLINGIERI (*O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 679) aponta, no direito comparado, que “os interesses a serem considerados, para a individuação do dano injusto, são relevantes não pela sua qualificação formal, mas em virtude

À luz dessa nova orientação, atribui-se o dever de indenizar, como sói acontecer nos casos de responsabilidade objetiva, “não só àquele que [viole] modelos legais pré-determinados, mas também aos que, praticando condutas lícitas, [causem] lesão a interesse juridicamente tutelado”²⁶¹. Precisar, todavia, quais interesses patrimoniais ou existenciais são dignos de tutela é tarefa das mais tormentosas, em regra só exequível à luz dos contornos fáticos do caso concreto. Especialmente no âmbito da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, a delimitação do dano injusto – e ressarcível – é ainda mais delicada, pois se nem toda omissão se reveste de relevância jurídica, nem todo prejuízo igualmente merecerá a tutela do ordenamento.

Sobre o tema, a doutrina costumava diferenciar as características do dano ressarcível de acordo com a licitude ou não da conduta estatal que o provocou. Nesse sentido, Weida Zancaner aponta que o dano antijurídico seria “qualquer dano originado de ato ilícito [ou] o dano anormal e especial resultante de atividade lícita do Estado”²⁶². Desse modo, além de certo e não eventual – requisitos suficientes ao acolhimento da pretensão indenizatória do lesado nos casos de atividades ilícitas –, o dano decorrente de atos lícitos do Estado deveria “exceder aos incômodos da vida [em sociedade, bem como ser] relativo a uma ou a um grupo de pessoas”²⁶³. Isso porque o Estado, nesses casos, atua em atendimento ao interesse público, o qual, por vezes, pode exigir legitimamente o sacrifício (isto é, a restrição administrativa regular) de interesses particulares²⁶⁴.

Embora Yussef Said Cahali entenda que os danos oriundos da falha do serviço público se enquadrem na primeira hipótese (como decorrentes de atos ilícitos)²⁶⁵, fato é que nem sempre será possível configurar, como visto acima,

de circunstâncias indicadas pontualmente”. E conclui: “é injusto o dano que determine uma lesão não somente a direitos subjetivos, mas também de interesses que o ordenamento leva em consideração sob vários perfis”.

²⁶¹ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 9.

²⁶² ZANCANER, Weida. Responsabilidade do Estado, serviço público e os direitos do usuário. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 340.

²⁶³ ZANCANER, Weida. Op. cit., p. 341.

²⁶⁴ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., 69.

²⁶⁵ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., 68.

a *ilicitude* propriamente dita da omissão estatal, notadamente quando em tela a promoção de direitos sociais. Dado que assegurado ao administrador, nessa seara, uma ampla margem de conformação, caracterizar a omissão de dever vinculado – assim entendido aquele que decorre de disposição legal expressa ou implícita – seria expediente também de elevada dificuldade. Analisada, contudo, a questão sob a ótica da antijuridicidade (e da inconstitucionalidade) da omissão, desnecessário inclusive será lançar mão da distinção entre as fontes lícita ou ilícita do dano para, então, precisar seus requisitos.

Conforme propõe Juarez Freitas:

O dano juridicamente injusto, que vulnera 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 normalmente aceitáveis. Em uma palavra: desproporcional. Nessa associação entre proporcionalidade e responsabilidade, transcende-se, em profundidade, o vetusto e rígido corte dicotômico entre atos lícitos e ilícitos²⁶⁶.

Aplicada essa lógica aos direitos fundamentais sociais, sob o prisma da proporcionalidade, injusto será o dano que, oriundo da ausência ou insuficiência da prestação a que corresponde o direito violado, exceder os parâmetros de tolerabilidade socialmente justificados – análise, repise-se, que deverá ser empreendida sobretudo à luz das circunstâncias concretas, as quais permitirão ao julgador selecionar os interesses dignos de tutela, bem como excluir do objeto da reparação os prejuízos proporcionalmente pela coletividade suportados. Presente o dano desproporcional e anômalo (e o nexo causal entre esse dano e a omissão antijurídica do Estado), poderá o Poder Público ser condenado civilmente a indenizá-lo.

Não se descuida, evidentemente, que a omissão flagrantemente ilícita de agentes públicos, por ofensa a um especial dever de vigilância e cuidado ou por violação direta da lei, dará azo à mais completa e possível reparação, não sendo necessário, nestes casos, perquirir a desproporcionalidade do dano. Tal poderia ocorrer, v.g., se agentes de segurança assistissem impassíveis a

²⁶⁶ FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 13.

ocorrência de um assalto ou de um linchamento²⁶⁷. Mesmo nestas hipóteses, contudo, o sobredito critério da proporcionalidade permite que a injustiça do dano seja especificamente aferida, dado que os prejuízos decorrentes daquelas situações figuram como concretamente desproporcionais, nos moldes acima enunciados. O mérito da desproporcionalidade, enquanto requisito do dano ressarcível, está, nesse sentido, no oferecimento de um parâmetro seguro que permita investigar se os interesses, cuja violação se vincula, em última instância, à concretização insuficiente de um direito social, são ou não merecedores de tutela.

Na síntese de Anderson Schreiber:

[O] merecimento de tutela em concreto somente pode ser aferido em comparação com o interesse lesivo, definindo-se a área legítima de atuação de cada interesse tutelado à luz das circunstâncias fáticas em tela. Este caráter dinâmico e concreto do elemento dano mostra-se importantíssimo, sobretudo na responsabilidade objetiva, onde é habitual a colisão de interesses abstratamente tutelados [...]. Enxergando-se o dano da forma que aqui se propõe – como lesão a um interesse não apenas abstrata, mas concretamente merecedor de tutela (em face do interesse lesivo) –, abre-se no interior do juízo de responsabilização objetiva um novo espaço de discricionariedade judicial, que permite a seleção dos danos ressarcíveis, sem que o reconhecimento da tutela de interesse em certa situação implique sua proteção geral e abstrata em face de qualquer outra atividade lesiva²⁶⁸.

Finalmente, rememore-se, sem embargo da discussão que envolve os assim denominados “novos danos”²⁶⁹, que duas são as categorias clássicas de dano consagradas no direito brasileiro: o patrimonial e o moral²⁷⁰. Desborda os limites do presente trabalho analisá-las de forma pormenorizada, mas se impõe referenciar, conforme dispõe o art. 402 do Código Civil, que sob a alcunha *patrimonial* se encontram abrangidos tanto os danos emergentes – isto é, aquilo que efetivamente se perdeu, seja em razão da diminuição do ativo, seja em virtude do aumento do passivo²⁷¹ –, quanto os lucros cessantes – ou seja, o que razoavelmente se deixou de ganhar.

²⁶⁷ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Op. cit., p. 163.

²⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 189.

²⁶⁹ A esse respeito, cf., por todos, TEPEDINO, Gustavo et al. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4, p. 57 e ss.

²⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 9.

²⁷¹ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 31.

Já o dano moral – tomado, ao lado dos danos estético, psíquico etc. como espécie de dano extrapatrimonial – consiste genericamente na “lesão a direito de conteúdo não pecuniário ou não comercialmente redutível a dinheiro”²⁷², como sucede nos casos de ofensas a “aspectos personalíssimos da pessoa humana [que] configuram, em *ultima ratio*, a sua dignidade”²⁷³. Daí se concluir, em apertadíssima síntese, que o dano moral, em que pese a relativa indefinição que ainda paira sobre seu conceito, é aquele que “surge a partir da lesão a direito da personalidade, independentemente do impacto que tenha causado nos sentimentos da vítima”²⁷⁴, segundo defende a corrente objetiva, entre nós magistralmente sustentada por Maria Celina Bodin de Moraes²⁷⁵. Conforme é cediço, a proteção das situações jurídicas existenciais está consagrada no texto constitucional (CRFB, arts. 1º, III, e 5º, V), como também no art. 186 do Código Civil.

Por fim, merece destaque que a *alteridade do dano* ainda é requisito comumente exigido para fins de responsabilidade civil do Estado, no sentido da necessidade de que estejam individualizados os ofendidos pela omissão estatal. Deve-se verificar, portanto, a ocorrência efetiva do dano²⁷⁶.

3.2.3 Nexo causal

Qualquer que seja a natureza dada pelo intérprete à responsabilidade civil do Estado por omissão, ou a teoria que a ela dê sustentáculo, não se pode dispensar, para fins de imputação jurídica do resultado danoso, o requisito da

²⁷² TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 41.

²⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 133.

²⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 42.

²⁷⁵ Segundo a doutrinadora (*Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 327), “constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade”.

²⁷⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão que culminou em infecção hospitalar. In: FREITAS, Juarez; _____. (Org.). *Comentários à jurisprudência do STF: Direitos fundamentais e omissão inconstitucional*. Barueri: Manole, 2012. p. 22.

causalidade, vale dizer, do liame causal “entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano causado a terceiro”²⁷⁷. Nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira, “é necessário que se estabeleça uma relação de causalidade” entre a injuridicidade da omissão e o mal causado, ou seja, “é preciso esteja certo que, sem esse fato, o dano não teria acontecido [...]”²⁷⁸. O nexo de causalidade, nesse sentido, enquanto elemento formal da responsabilidade civil, tem por função primordial “a imputação jurídica das consequências dos atos voluntários causadores de danos ao agente que os gerou, ou dos atos lícitos causadores de danos à atividade [...] que os ocasionou”²⁷⁹.

Embora se verifique, nos dias atuais, uma certa flexibilização do requisito da causalidade – que se deve, segundo Schreiber, a um movimento mais amplo de “erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil”²⁸⁰, orientado, sobretudo, pela necessidade de se garantir a reparação plena da vítima –, o nexo causal permanece como sendo “o mais delicado elemento da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado”²⁸¹. Tamanha a dificuldade em demarcá-lo que diversas foram as teorias que surgiram no intuito de definir seus limites, a exemplo das teorias da causalidade adequada, da causalidade eficiente e da equivalência das condições.

Sem a necessidade de adentrar no amplo estudo das supramencionadas teorias (e das críticas que foram a elas dirigidas)²⁸², satisfaz os objetivos deste trabalho analisar a teoria da causalidade direta e imediata (ou da interrupção do nexo causal), adotada pelo Código Civil e que, via de regra, prevalece na jurisprudência²⁸³, ainda que com temperamentos. Ademais, embora o tema

²⁷⁷ STF, 2ª Turma, RE nº 369.820/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 04.11.2003.

²⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 105.

²⁷⁹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A Responsabilidade Civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 80.

²⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da Responsabilidade Civil brasileira. In: _____. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 153 e ss.

²⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 105.

²⁸² Para uma revisão das teorias da causalidade no direito brasileiro, cf. MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A Responsabilidade Civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 135 e ss.; TEPEDINO, Gustavo et al. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4, p. 86 e ss.

²⁸³ Sobre o tema, cf. STJ, 1ª Turma, REsp nº 858.511, Rel. Min. Luiz Fux, Red. do acórdão Min. Teori Zavascki, j. em: 19/08/2008, DJ 15-09-2008. Sublinhou-se, naquela ocasião, que em nosso

suscite os mais intensos debates em sede doutrinária, parece pacífico o entendimento de que a causalidade entre o dano e os atos estatais omissivos há de ser direta e imediata. Se é certo, de um lado, que a exigência da prova da culpa importaria em graves injustiças concretas, não menos certo, de outro, que a flexibilização indiscriminada do nexo de causalidade desaguardaria na também indesejável *panresponsabilização* do Estado.

Como observa a doutrina, o teor do art. 403 do atual diploma civil²⁸⁴, embora relativo à responsabilidade contratual, foi estendido também para a responsabilidade extracontratual²⁸⁵, aí incluída a do Estado. De acordo com a interpretação corrente do dispositivo, “nem todo fator que desemboca no evento danoso será necessariamente causa do dano”²⁸⁶, de modo que “apenas se consideram causas aquelas vinculadas ao dano direta e imediatamente”²⁸⁷.

A teoria da causalidade direta e imediata, conquanto tenha recebido vigorosas críticas, logrou, entre nós, ampla aceitação, sobretudo quando a ela incorporada a subteoria da *necessariedade*. Segundo essa vertente, o dever de indenizar surge “quando o dano for efeito necessário de uma causa”²⁸⁸. Dito em outros termos, a despeito de ser o evento danoso consequência direta ou indireta de uma determinada causa, importa é que o dano seja desta causa uma consequência necessária²⁸⁹. Tal foi a construção, inclusive, que permitiu explicar a ressarcibilidade dos danos remotos ou indiretos, em hipótese já positivada, por exemplo, no art. 948, II, do Código Civil.

sistema, “a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva. [Segundo a teoria, só se] admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa”.

²⁸⁴ Código Civil, Art. 403: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

²⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 89.

²⁸⁶ SANTOS, Rodrigo Valga dos. Nexos causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 279.

²⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 89.

²⁸⁸ SANTOS, Rodrigo Valga dos. Op. cit., p. 280.

²⁸⁹ SANTOS, Rodrigo Valga dos. Op. cit., p. 280.

Ainda sobre o tema, assinala Caitlin Mulholland que:

Pela subteoria da necessariedade da causa, por ‘direto e imediato’ entende-se, portanto, que o dano deve ser um efeito necessário da conduta, isto é, que o evento foi de tal maneira que a sua consequência teria o efeito necessário que se verificou. [...] Não se interpretam separadamente as expressões, pelo fato de que pode existir um dano causado de forma indireta ou mediata, mas que se liga à conduta imputada por um liame de necessariedade, na medida em que não há qualquer outra causa que justifique a ocasião do dano, isto é, que interrompa o nexo de causalidade²⁹⁰.

O nexo causal há de ser tomado, portanto, como uma “relação de causa e efeito juridicamente relevante”²⁹¹, investigação que, nas hipóteses de danos oriundos de omissões estatais, deve ser levada a efeito a partir de uma noção normativa – e não naturalística! – de causalidade. Como visto, há muito se afirma que “a omissão não pode ser causa de efeitos, porque a inação não muda o mundo exterior”²⁹². Todavia, resta evidente que “essa concepção da causalidade só entre fatos positivos [...] levaria a consequências totalmente equivocadas”²⁹³. No amplo espectro da teoria objetiva, cuidou o legislador de ampliar o nexo causal para atribuir “responsabilidade a quem não causou diretamente o dano, mas é tido, por um nexo de imputação, como responsável pela segurança, ou pela garantia, ou pelo risco”²⁹⁴.

Juarez Freitas aduz, nessa linha, que não se deve enquadrar a omissão “como simples condição para o evento danoso, tampouco concebê-la como mera situação favorável à ocorrência do prejuízo”²⁹⁵. A omissão, em verdade, mais do que favorecer o evento, pode ser, do ponto de vista do direito, sua causa determinante. Conforme observa Rodrigo Valga, se são condições os fatores associados ao evento danoso, causa necessária do dano será a condição qualificada, isto é, “aquela que efetivamente determina o dano, revestida de relevância jurídica”²⁹⁶. Causa do dano é, portanto, “a condição que opera o resultado de maneira necessária ou adequada, ou, ainda, eficiente

²⁹⁰ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Op. cit., p. 169-170.

²⁹¹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Op. cit., p. 94.

²⁹² TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 85.

²⁹³ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 85.

²⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de et al. Op. cit., p. 640.

²⁹⁵ FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 14.

²⁹⁶ SANTOS, Rodrigo Valga dos. Op. cit., p. 272.

e preponderante”²⁹⁷. Embora alguns autores sustentem, na teoria do risco, a existência de uma presunção de causalidade²⁹⁸, a verificação de um dever específico de agir já cumpre o papel de classificar a inércia administrativa como a “causa direta e imediata do não impedimento do evento”²⁹⁹.

Nesse contexto, cite-se, uma vez mais, lição de Caitlin Mulholland, para quem a omissão:

[...] só terá relevância causal se existir uma obrigação de agir por parte do imputado e o descumprimento deste dever for a causa necessária para a efetivação do dano tal como se deu. Em outras palavras, a análise da causalidade em casos de omissão dar-se-á de forma a interpretar, hipoteticamente, se a realização da ação omitida teria força de evitar o dano causado. Se a resposta provável for positiva, aí estará estabelecido o nexo de causalidade³⁰⁰.

Quando se exige, nesse sentido, o requisito da omissão específica do Estado para responsabilizá-lo, o que se faz é exigir que “a omissão esteja direta e imediatamente ligada ao efeito lesivo, a demonstrar, com isso, a presença de nexo de causalidade entre referida omissão e o dano gerado”³⁰¹. No direito comparado, Mafalda Miranda Barbosa aponta, em igualdade de sentido, que “se o dano experimentado for um desses cuja obliteração o dever pretendia alcançar, então, afirma-se a imputação”³⁰². Para a autora, o que se impõe é saber se o dever de agir tinha ou não o objetivo de evitar “o risco que se concretizou. Se a nossa resposta for positiva, haverá imputação”³⁰³.

Não por outra razão Yussef Cahali aponta a desnecessidade do recurso ao “artificialismo da distinção entre risco integral/risco administrativo”³⁰⁴ para que seja possível mitigar os absurdos³⁰⁵ a que supostamente conduziria a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Como sustenta, deslocada a questão para o plano da causalidade, aos Tribunais será sempre possível

²⁹⁷ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Op. cit., p. 96.

²⁹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de et al. Op. cit., p. 639 e ss.; FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 7.

²⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., 299.

³⁰⁰ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Op. cit., p. 120.

³⁰¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Terceiros e Responsabilidade Civil do Estado no ordenamento brasileiro. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra, ano 4, 2022, p. 507.

³⁰² BARBOSA, Mafalda Miranda. Op. cit., p. 436.

³⁰³ BARBOSA, Mafalda Miranda. Op. cit., p. 437.

³⁰⁴ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 40.

³⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 1031.

excluir ou atenuar a responsabilidade civil do Estado “quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido na causação do dano, provocando o rompimento do nexo de causalidade”³⁰⁶, solução não apenas suficiente, como também mais técnica. Ademais, como rememora Caitlin Mulholland, a investigação causal tem igualmente a função de “determinar a medida da reparação dos danos, isto é, o limite do ressarcimento devido”, na medida em que oferece as balizas através das quais será possível “reconhecer quais as consequências danosas que deverão ser indenizadas”³⁰⁷.

À luz de tais considerações, Yussef Cahali ressalta que a omissão de conduta juridicamente *exigível* “induz a responsabilidade civil do Estado pelos danos consequentes dessa omissão”, ainda que, para tanto, “tenham concorrido fatores estranhos”³⁰⁸, hipótese em que a omissão estatal atuará como concausa da verificação do evento danoso, proporcionalizando o dever de indenizar. Se, porém, não for a conduta omitida concretamente exigível, mesmo nos casos em que o agir estatal poderia ter prevenido ou evitado o dano, “o prejuízo sofrido pelo particular por ato próprio, por fato da natureza ou de terceiro neste encontra sua causa eficiente e suficiente, não havendo como imputá-lo à omissão” do Poder Público³⁰⁹. Assim é que a omissão que se identifica como simples condicionante do evento – e não como sua causa necessária – não autorizará a responsabilização civil do Estado.

Atenta a essas peculiaridades, a jurisprudência do STF acertadamente vem conferindo caráter proeminente ao nexo de causalidade para configurar ou afastar a responsabilidade civil do Estado por omissão, sem descuidar de sua natureza objetiva, nos termos do art. 37, §6º, da Lei Maior. É o que se verifica do julgamento do Recurso Extraordinário nº 608.880/MT pela Corte. Tratava-se de caso em que se discutia a responsabilidade civil do Estado

³⁰⁶ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 41.

³⁰⁷ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Op. cit., p. 82. Para Gustavo TEPEDINO et al (*Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4, p. 85), “é, portanto, o nexo causal que determina até onde vai a responsabilidade do autor do dano, e não a culpa”.

³⁰⁸ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 220.

³⁰⁹ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 221.

pelos danos decorrentes do crime de latrocínio praticado por evadido de penitenciária estadual, após três meses foragido. No voto condutor do acórdão, o Ministro Alexandre de Moraes ressaltou a exigência de que o dano provocado por terceiro tenha “estreita relação com a omissão estatal, sem interrupção do nexo causal, consideradas as várias circunstâncias [que concorreram] para o resultado”³¹⁰. Nesse sentido, afirmou que o intervalo entre o *fato administrativo* e a ocorrência do crime e o surgimento de causas supervenientes independentes suprimem a relação de causalidade entre a evasão do apenado e o resultado danoso, extirpando, portanto, o elemento formal (e normativo!) da responsabilidade civil.

Eis, no essencial, a ementa do acórdão:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOA CONDENADA CRIMINALMENTE, FORAGIDA DO SISTEMA PRISIONAL. DANO CAUSADO A TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O ATO DA FUGA E A CONDUTA DANOSA. AUSÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva, exige os seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. 2. A jurisprudência desta Corte, inclusive, entende ser objetiva a responsabilidade civil decorrente de omissão, seja das pessoas jurídicas de direito público ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. 3. Entretanto, 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 evidências de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima. 4. A fuga de presidiário e o cometimento de crime, sem qualquer relação lógica com sua evasão, extirpa o elemento normativo, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente. Nesse cenário, em que não há causalidade direta para fins de atribuição de responsabilidade civil extracontratual do Poder Público, não se apresentam os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal - em especial, como já citado, por ausência do nexo causal.

O *leading case* em tela deu origem ao Tema 362 da Repercussão Geral, tendo sido fixada a seguinte tese de julgamento:

³¹⁰ STF, Tribunal Pleno, RE nº 608.880/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. em: 08/09/2020, DJe: 01-10-2020.

Nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não demonstrado o nexo causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada³¹¹.

Passados em revista os caracteres da causalidade na responsabilidade civil do Estado, mencione-se, por fim, que a Suprema Corte, em precedente já anteriormente citado³¹², indicou que se rompe o nexo causal nas hipóteses em que, adotadas as precauções exigíveis, comprove o ente demandado a ocorrência de causa que concretamente impediu sua atuação protetiva. Conforme observa a doutrina, “atentando-se para as possíveis excludentes, [...] ‘é de se examinar se o evento é previsível e resistível, cingindo-se a investigação aos pressupostos da responsabilidade objetiva’”³¹³. Embora de difícil determinação, a irresistibilidade do evento, vista com ressalvas, é um argumento válido, pois, se o evento era totalmente irresistível, a conclusão lógica é que não há, a despeito da adoção das precauções possíveis, dever de evitar o evento. Cuida-se, aqui, de perquirir novamente se é o agir estatal era exigível e se figura o seu descumprimento como causa necessária do dano.

3.3 Causas excludentes

Em matéria de responsabilidade civil do Estado, como de resto se verifica na quase totalidade das hipóteses de responsabilidade objetiva (com

³¹¹ Embora o critério temporal entre a fuga do preso e o cometimento do crime possa servir de suporte à conclusão pela inexistência do nexo de causalidade, ele não é absoluto. Verificada entre a omissão e o dano uma cadeia causal ininterrupta, impõe-se a responsabilidade civil do Estado, que não é elidida pela mera passagem do tempo. O que importa “é a proximidade lógica existente entre eles, e não a temporal, embora se reconheça que, quanto mais tempo se passar, mais sujeita a interrupções estará a cadeia causal (TEPEDINO, Gustavo et al. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4, p. 185). Recorde-se, a esse respeito, o julgamento do RE nº 409.203/RS pela Segunda Turma do STF (Rel. Min. Carlos Velloso, Red. do acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. em: 07/03/2006). Entendeu-se, naquela oportunidade, que “impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão”.

³¹² Cf. nota 255.

³¹³ TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado: Conforme a Constituição da República*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 1, p. 115.

exceção marcada da responsabilidade por danos ao meio ambiente), não se chega às raias da teoria risco integral. Nesse sentido, a Administração, ainda que omissa, não será condenada a indenizar os danos suportados pelo lesado se demonstrar a existência de algum fator obstativo do nexo de causalidade. À luz da subteoria da necessariedade, portanto, não é a distância temporal entre o dano e a omissão atribuída ao Estado que “rompe o nexo causal, mas, sim, a interferência de outra cadeia causal independente”³¹⁴. Sobre o tema (e sem prejuízo dos posicionamentos que tomam a reserva do possível ou a impossibilidade de cumprimento do dever³¹⁵ como causas excludentes da responsabilidade civil do Estado), a doutrina elenca três causas que teriam o condão de interromper o nexo de causalidade: o fato exclusivo da vítima ou de terceiro, e a ocorrência de um evento de caso fortuito ou força maior³¹⁶.

No primeiro caso, em linhas gerais, tem-se que o resultado danoso foi propiciado pela própria vítima, podendo o evento ser compreendido como “consequência direta e imediata da sua própria atuação”³¹⁷. Nesse sentido, não se poderá arguir a violação do direito à saúde por omissão estatal se o dano à incolumidade física da vítima tiver sido causado por sua própria conduta. Entretanto, a concorrência entre o fato da vítima e a omissão estatal não elide a responsabilidade civil do Estado, “mas a atenua na medida da participação de cada um na produção do dano”³¹⁸. Deve-se investigar, assim, o “comportamento do lesado no episódio que lhe provocou o dano”³¹⁹, pois somente o fato exclusivo da vítima exclui a responsabilidade estatal.

No que toca ao fato de terceiro, importa referir, desde logo, que este, além de exclusivo, deve ser alheio à prestação do serviço omitida pelo Poder Público. Ilustrando a questão com os casos de violação do direito à segurança pública, o dano coliga-se geralmente ao fato típico perpetrado por terceiros.

³¹⁴ TEPEDINO, Gustavo et al. *Fundamentos do Direito Civil*. Op. cit., p. 90.

³¹⁵ FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 7 e 13.

³¹⁶ Importante lembrar que as excludentes do nexo causal não guardam relação com as excludentes de ilicitude previstas no art. 186 do Código Civil.

³¹⁷ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 182.

³¹⁸ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 182.

³¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 576.

Entretanto, como se viu, se o Estado tinha concretamente o dever de evitar o resultado, a exclusão de sua responsabilidade restará inviável. Do mesmo modo, caso a vítima dê entrada no serviço médico de emergência e o Estado, por omissão específica, não evite o resultado morte, quando poderia e deveria fazê-lo, não poderá utilizar como matéria de defesa o fato de que o dano resulta, por exemplo, de acidente causado por terceiro. Como Rodrigo Valga observa, “para o rompimento do nexo causal, o fato deve exclusivamente ser atribuído a terceiros, sob pena de responsabilização, ainda que parcial” do Poder Público³²⁰. Se, porém, a omissão “foi a responsável conjunta pela ocorrência do dano, [pode-se] atribuir responsabilidade ao Estado”³²¹.

Em relação ao último caso, a doutrina ainda diverge sobre os aspectos que permitiriam diferenciar o caso fortuito da força maior. O Código Civil, todavia, ao mencionar tais expressões, não as distingue, subsistindo, a rigor, identidade de efeitos entre as categorias. Conforme comumente se aponta, o fortuito e a força maior, para que elidam a responsabilidade do Estado, devem ser imprevisíveis, irresistíveis (ou inevitáveis), atuais e extraordinários³²². Presentes, com alguma variação, estes requisitos, não se configura o nexo de causalidade. Importa referir, uma vez mais, que, nos casos em que o dano resulte, em conjunto, “do fato imprevisível e de ação ou omissão” do Estado, se estará diante de concausas, fato que atrairá a responsabilidade do Poder Público na medida de sua participação no evento danoso³²³.

Em qualquer dos casos, tem-se, resumidamente, o seguinte quadro, proposto por Yussef Cahali:

- a) o dano é injusto, e, como tal, sujeito ao ressarcimento pela Fazenda Pública, se tem como *causa* exclusiva a atividade, ainda que regular, ou irregular da Administração; b) o dano deixa de qualificar-se como juridicamente como injusto,

³²⁰ SANTOS, Rodrigo Valga dos. Op. cit., p. 286.

³²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 578.

³²² TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 184-185.

³²³ Sérgio CAVALIERI FILHO (*Programa de Responsabilidade Civil*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 316) observa, no mesmo sentido, que mesmo em relação aos danos causados por fatos da natureza, poderá a Administração Pública vir a ser responsabilizada se ficar provado que “concorreu decisivamente para o evento, deixando de realizar obras que razoavelmente lhe seriam exigíveis, ou de tomar providências que lhe seriam possíveis”. O Estado, nesse sentido, “passa a ser responsável quando, tendo condições de prestar um serviço, não o faz”.

e, como tal, não autoriza a indenização, se tem como *causa* exclusiva o fato da natureza, do próprio prejudicado ou de terceiro; c) o dano é injusto, mas sujeito à responsabilidade ressarcitória atenuada, se *concorre* com a atividade regular ou irregular da Administração, como *causa*, fato da natureza, do próprio prejudicado ou de terceiro³²⁴.

Repise-se, por derradeiro, que o ônus de provar a existência de causas excludentes de sua responsabilidade compete ao Estado – fato que adquire particular relevância se o julgador adotar a presunção de causalidade antes referida em favor da vítima, a quem competiria provar o nexo causal. Em outros dizeres, invertido o ônus da prova, ao Estado incumbirá demonstrar que o dano não é decorrência direta, imediata ou necessária de sua omissão – ou a prescrição da pretensão de reparação civil, dado que a responsabilidade civil do Estado se submete ao prazo prescricional de cinco anos, consoante tese firmada pelo STJ no Tema Repetitivo 553³²⁵.

3.4 Reparação do dano e tutela dos direitos sociais

Em síntese conclusiva, verificado que a cadeia causal entre a omissão e o dano não sofreu qualquer interrupção, e que o Estado tinha, na espécie, o dever de evitar o resultado, nos termos acima, impõe-se a condenação do Poder Público ao pagamento da indenização respectiva. A indenização, por sua vez, mede-se pela extensão do dano, conforme estabelece o art. 944 do Código Civil. Passíveis de reparação ou compensação, nessa lógica, todos os danos, patrimoniais ou morais, que se possa classificar como juridicamente injustos, assim entendidas as lesões a interesses concretamente merecedores de tutela. Como visto, a concorrência do fato da vítima ou de terceiro será, no caso concreto, causa de proporcionalização do dever de indenizar.

Relativamente aos direitos sociais, apontou-se que, como autênticos direitos subjetivos, “todos os direitos a prestações são relações triádicas entre

³²⁴ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 42-43, grifos no original.

³²⁵ Eis a tese: “Aplica-se o prazo prescricional quinquenal – previsto do Decreto 20.910/32 – nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002” (STJ, Primeira Seção, REsp 1.251.993/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 12/12/2012, DJe: 19-12-2012).

um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva”³²⁶, o que confere ao seu titular a competência de, atendidos alguns critérios, exigilo judicialmente. A esse respeito tem sido pujante a jurisprudência pátria ao determinar, v.g., o dever estatal de fornecer medicamentos de uso contínuo ou de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de até cinco anos de idade, dada a autoaplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição³²⁷. Entretanto, a reafirmação desses direitos sociais (e a possibilidade de sua tutela pela via mandamental ou por intermédio de ação de obrigação de fazer) não tem sido acompanhada do reconhecimento de que a inércia violadora de tais encargos fará nascer a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos direta, imediata e necessariamente oriundos desta omissão.

É necessário, pois, retornar sempre à noção de que a responsabilidade civil do Estado está umbilicalmente “ligada à submissão dele a um dever jurídico e às consequências decorrentes de seu descumprimento”³²⁸. Ora, se um direito é concretamente exigível, igualmente o deve ser a indenização pelos prejuízos que a ausência da ação fática por ele ordenada ocasionou. A tarefa, portanto, é a construção de critérios que permitam aferir a existência concreta de um dever de agir no âmbito das políticas públicas estabelecidas pela Constituição como necessárias à concretização dos direitos sociais. A imprevisibilidade quanto a esses pressupostos – dos quais depende a própria configuração do dever de indenizar –, qualifica-se, por si só, “como elemento capaz de degenerar o Direito em arbítrio”³²⁹, conforme asseverou, sucinta, mas brilhantemente, a Ministra Rosa Weber em diversa oportunidade.

³²⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 445.

³²⁷ Nesse sentido caminhou o STF ao analisar o Tema 548 da Repercussão Geral, tendo sido fixada a seguinte tese: “1. A educação básica em todas as suas fases - educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica” (Tribunal Pleno, RE nº 1.008.166/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 22/09/2022; *DJe* 20-04-2023).

³²⁸ FARIA, Luzardo. Op. cit., p. 215.

³²⁹ STF, Tribunal Pleno, ADI nº 5383/DF, Rel. Min. Rosa Weber, j. em: 16/11/2021; *DJe*: 22-11-2021.

Reitera Juarez Freitas, nesse diapasão, a “imprescindibilidade de a jurisprudência marchar para uma responsabilidade extracontratual do Estado ajustada à ampliação eficaz dos direitos fundamentais e da sindicabilidade das políticas públicas”³³⁰, avançando em relação às hipóteses lesivas que não digam respeito apenas à violação da incolumidade física da vítima, já tão marcadamente consagradas, de modo a conferir a tutela do ordenamento também a outros interesses que sejam desproporcionalmente afetados pela omissão estatal. Como identificado por Nelson Rosenvald, “o desafio para a teoria jurídica consiste em elaborar uma teoria da responsabilidade que se adeque às novas exigências econômicas e sociais”³³¹, consolidando o “papel central da reparação civil na proteção à vítima”³³².

Interessante, nesse sentido, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que expressamente reconheceu o dever de o Estado indenizar os danos morais experimentados por aluno que não fora matriculado na pré-escola de educação infantil, a despeito do reconhecimento do direito em mandado de segurança. Afirmando a natureza objetiva da responsabilidade civil do Poder Público, constatou-se o nexo de causalidade entre a omissão do Estado e os prejuízos injustamente suportados pela criança³³³, especialmente porque vocacionado o direito à educação a satisfazer as condições que garantam o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

No ponto, não se deve perder de vista o que assinala Pietro Perlingieri no que se refere à realização da personalidade: a tutela da pessoa não “pode se esgotar no tradicional perfil do ressarcimento do dano”³³⁴, embora seja esta – e não a repressão de condutas – o foco da responsabilidade civil³³⁵. Isso não obstante, segundo leciona o professor italiano, assume consistência

³³⁰ FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 15.

³³¹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil: A reparação e a pena civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 26.

³³² TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 2.

³³³ TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1003930-76.2018.8.26.0196; Rel. Des. Décio Notarangeli, j. em: 10/11/2020; *DJe*: 10-11-2020.

³³⁴ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 768.

³³⁵ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 2

“a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais”³³⁶. A prevenção dos danos é, hoje, o caminho a ser trilhado pelo Estado, pois, como constata Juarez Freitas, “o Estado que não previne é o Estado da omissão inconstitucional”³³⁷. Omissão, abre-se, nos dizeres de Ingo Sarlet, a possibilidade de que seja responsabilizado:

[...] por conta de sua inoperância na implementação de medidas (administrativas e legais, concretas e normativas) que sejam indispensáveis à plena realização dos direitos fundamentais, notadamente nas hipóteses em que existe um dever (explícito ou implícito) de proteção e, portanto, de atuação³³⁸.

A responsabilidade civil se apresenta, nesse sentido, como mecanismo apto a tutelar os direitos sociais, restabelecendo, tanto quanto seja possível, as posições jurídicas por eles *definitivamente* garantidas, e imputando ao Estado a obrigação de compensar ou reparar os prejuízos decorrentes de sua omissão específica no cumprimento de um dever de agir proporcional.

Nos termos defendidos pela doutrina de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal e Felipe Peixoto Braga Netto:

As sociedades em que vivemos, complexas e plurais, redefinem as funções do Estado. Reformulam os seus deveres. Reduzem-se, qualitativamente, os espaços de omissão legítima. O Estado do século XXI não pode se omitir em determinadas áreas, a ele são juridicamente proibidas, hoje, certas omissões que no passado talvez se permitissem. Exige-se, portanto, um agir estatal proporcional, eficiente, cuidadoso. Se ele falhar na sua função de garantidor dos direitos fundamentais, no caso concreto, a responsabilidade civil do Estado deverá se impor³³⁹.

³³⁶ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 768.

³³⁷ FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 17.

³³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 305.

³³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de et al. Op. cit., p. 1241.

CONCLUSÃO

Os direitos sociais, funcionalizados à realização da igualdade material e à garantia de condições mínimas e dignas de vida aos particulares, gozam do preceito da aplicabilidade imediata garantida pela Constituição Federal aos direitos fundamentais (art. 5, §1º). As normas que os instituem, portanto, não possuem um caráter meramente programático, embora se reconheça que, relativamente à definição dos rumos da política social do Estado, tenha a Lei Maior reservado ao Poder Público uma ampla margem de conformação. O atendimento das prestações *prima facie* garantidas pelos direitos sociais se encontra, ainda, circunscrito a limites fáticos e jurídicos, os quais impedem legitimamente o Poder Público de garantir e salvaguardar os direitos sociais de modo irrestrito. Não se admite o Estado segurador universal. Mas também não se admite o Estado omissor. A fundamentalidade dos direitos sociais não autoriza que sua eficácia fique subordinada totalmente à discricionariedade da Administração. O Estado, mais do que guardião, existe para os direitos.

Como autênticos direitos de *status* positivo, os direitos sociais exigem do Estado a realização de prestações materiais e normativas suficientes à concretização de seu núcleo essencial. Eivadas, portanto, pelo grave vício da inconstitucionalidade as opções (alocativas e de atuação) do Poder Público que vulnerarem, desproporcional e imotivadamente, o âmago dos direitos de índole prestacional. A ofensa à proibição de insuficiência é, aqui, a chave hermenêutica que permite, à luz do princípio da proporcionalidade, aferir se a não realização da prestação que constitui o objeto do direito reveste-se de legitimidade – ou se, ao contrário, encerra uma omissão antijurídica. Em contraposição ao direito subjetivo titularizado pelo particular, o Estado tem o dever específico de prestar os serviços públicos que, por concretizarem os direitos sociais básicos, figurem como essenciais à garantia do mínimo existencial e à promoção da dignidade da humana. O descumprimento, por

sua vez, de tais deveres, se concreta e juridicamente exigíveis, impõe ao Estado o dever de indenizar os danos oriundos de sua omissão.

Postulado do Estado de Direito, a responsabilidade civil do Estado é, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, objetiva, tanto para os atos comissivos quanto para os omissivos. À vítima compete, portanto, tão somente a prova do dano – injusto, anômalo e desproporcional – e do nexo de causalidade entre o evento danoso e a omissão do Estado, que há de ser sua causa direta e imediata (ou necessária). Fundamentada na teoria do risco administrativo, a responsabilidade civil do Estado admite causas excludentes, mormente o fato exclusivo da vítima, de terceiro e o caso fortuito ou de força maior. Deslocado o foco de análise para a causalidade – cuja investigação permite não apenas imputar juridicamente ao Estado as consequências de sua omissão, mas também a medida da reparação –, evita-se que o Poder Público seja excessivamente onerado pelo dever de reparar os muitos danos a que sua omissão genérica diuturnamente dá causa.

Necessário romper, todavia, com o dogma da irresponsabilidade que ainda impera nesta seara. O mero recurso à reserva do possível, quando em tela as violações de direitos sociais e os prejuízos (patrimoniais ou morais) decorrentes da não prestação dos serviços a eles relativos, não deve encerrar razão suficiente à exoneração dos encargos estatuídos diretamente pelo texto constitucional. Presentes os pressupostos da responsabilidade civil, bem como ausentes as excludentes do nexo causal, é dever do Estado reparar e ressarcir todos os danos juridicamente relevantes quando, violada a proibição de insuficiência, não reste demonstrada a efetiva impossibilidade de agir, a legitimidade da não universalização do serviço ou a irrazoabilidade de se exigir, no caso concreto, a ação que teria evitado a ocorrência do evento.

Tal a postura hermenêutica que começa a prevalecer na jurisprudência. Expandi-la com o fito de superar as omissões inconstitucionais do Estado nas políticas públicas é a tarefa que, à luz do caráter progressivo dos direitos sociais, prospectivamente continuará a se impor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 669 p.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019. 240 p.

BARBOSA, Mafalda Miranda. A causalidade na Responsabilidade Civil do Estado. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra, ano 2, p. 388-437, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: A construção de um modelo jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 132 p.

_____. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 576 p.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. n.p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, 880 p.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 230 p.

BORGES, Alice Gonzalez. A Responsabilidade Civil do Estado à luz do Código Civil: Um toque de Direito Público. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-36.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado: À luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2012. 214 p.

_____. *Violência urbana e omissões estatais: Da irresponsabilidade à responsabilidade – Uma análise das transformações da Responsabilidade Civil do Estado à luz da teoria dos Direitos Fundamentais*. 2017. 305p. Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível

em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 14 nov. 2023.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 124 p.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 559 p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e Direito Privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. 167 p.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 35ª ed. Barueri: Atlas, 2021. 1334 p.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905. 611 p.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. 641 p.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: Uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 487-514.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. 337 p.

FARIA, Luzardo. Fundamentos para a adoção de um modelo preventivo de responsabilização civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 211-241, jul./set. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de et al. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1480 p.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação sistemática do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 312 p.

_____. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 317-356.

_____. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: _____; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). *Comentários à jurisprudência do STF: Direitos fundamentais e omissão inconstitucional*. Barueri: Manole, 2012. p. 1-19.

_____. Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 10, n.p., jan. 2006.

_____. Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: Vedação de excesso e de inoperância. In: _____. (Coord.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 170-197.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 61, p. 93-111, maio/out. 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. A Responsabilidade Civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam a violação à dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 59-71, out./dez. 2008.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e direitos sociais. Tradução: Luciana Caplan. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 5-24.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. 34 p.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass Robert. *O custo dos direitos: Por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. 212 p.

HUPFFER, Haidê Maria et al. Responsabilidade Civil do Estado por omissão estatal. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 8, n. 1, p. 109-130, jan./jun. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade Civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 226-248.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; MAAS, Rosana Helena. “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e “proibição de excesso”: espectro de sua conformação e desenvolvimento pela teoria constitucional alemã. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 125, p. 397-438, jul./dez. 2022.

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

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 347 p.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. 552 p.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. 824 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 1136 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 1680 p.

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.

_____. Terceiros e Responsabilidade Civil do Estado no ordenamento brasileiro. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Coimbra, ano 4, p. 486-514, 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. 358 p.

_____. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 157-176.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A Responsabilidade Civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. 384 p.

NERY JÚNIOR, Nelson; ABBoud, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro: Curso completo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 1145 p.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021, n.p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 444 p.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 1216 p.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: Questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 165-216.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil: A reparação e a pena civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 292 p.

SANTOS, Rodrigo Valga dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 268-292.

SANTOS, Romualdo Baptista. Responsabilidade civil do Estado. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 183-204.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 1552 p.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 515 p.

_____. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. 199 p.

_____. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista TST*. Brasília, vol. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 171-213, out./dez. 2007.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; _____. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

_____. Reserva do possível e mínimo existencial. In: BONAVIDES, Paulo et al. (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 371-388.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da Responsabilidade Civil brasileira. In: _____. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 151-172.

_____. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. 270 p.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 1027 p.

_____. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. 1054 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 279 p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: Críticas e parâmetros. In: _____.; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-552.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão que culminou em infecção hospitalar. In: FREITAS, Juarez; _____. (Org.). *Comentários à jurisprudência do STF: Direitos fundamentais e omissão inconstitucional*. Barueri: Manole, 2012. p. 20-33.

TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado: Conforme a Constituição da República*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 1. 790 p.

TEPEDINO, Gustavo et al. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4. 333 p.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da Responsabilidade Civil no Direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 173-197.

ZANCANER, Weida. Responsabilidade do Estado, serviço público e os direitos do usuário. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 337-352.

O (A) autor (a) desta obra monográfica entregue ao final do curso declara, para todos os fins, ser este um trabalho inédito e autoriza o Departamento de Direito da PUC-Rio a divulgá-lo em qualquer meio, no todo ou em parte, resguardados os direitos autorais conforme legislação vigente. Informa, ainda, que **o referido trabalho foi feito integralmente por ele (ela), respeitando o Direito Autoral de terceiros**, sendo o(a) presente Autor(a) responsável única e exclusivamente por qualquer plágio ou uso de inteligência artificial que nele venha a ser identificado durante o semestre ou em outro momento futuro.