

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

**TIAGO HEINECK**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NA  
IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

Porto Alegre

2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

**TIAGO HEINECK**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NA IMPLEMENTAÇÃO  
DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Universidade Federal do  
Rio Grande do Sul como requisito parcial  
para obtenção do grau de bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais.

**Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas**

Porto Alegre  
2010

*Dedico este trabalho aos meus pais, Afonso e Mirna, pelo amor e apoio incondicional, bem como à Cristina, companheira em todos os momentos.*

## **AGRADECIMENTOS**

A meus pais, Afonso e Mirna, e minhas irmãs, Carine e Débora, pelo apoio incessante ao estudo e por terem contribuído, cada um à sua forma, pelo meu ingresso na Universidade Federal.

À Cristina, pelo amor, carinho e compreensão diários, e por suportar a distância nestes últimos anos.

Ao professor Juarez Freitas, não só pela atenção dispensada durante a orientação, mas principalmente por despertar em mim o interesse pelo Direito Administrativo.

## RESUMO

O reconhecimento da responsabilidade civil do Estado chegou ao estágio atual após percorrer longo processo evolutivo, partindo da total irresponsabilidade estatal até chegar à responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo – consagrada na Constituição Federal de 1988 no artigo 37, § 6º. Os requisitos para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado são o dano, o fato administrativo e o nexo causal, admitidas as excludentes – fato da vítima, fato de terceiro, força maior e reserva do possível. A responsabilidade objetiva deve ser estendida também aos atos omissivos, com a responsabilização do Estado omissivo no cumprimento de seus deveres constitucionais, mormente em se tratando da concretização do direito fundamental à saúde, que depende de atuação estatal positiva para sua implementação. A garantia de acesso ao sistema de saúde pública incumbe ao Estado, por meio de políticas públicas, devendo a omissão estatal ser censurada, inclusive pelo Poder Judiciário, por configurar comportamento inconstitucional. Nesse ponto, a reserva de possível não pode servir de desculpa genérica para a falta de ação do Estado, que deverá ser responsabilizado por sua omissão quando dela decorrerem danos injustos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Omissão. Políticas Públicas de Saúde.

## **ABSTRACT**

The acknowledgment of the State's liability reached its current stage after going through a long evolutionary process, starting from total State irresponsibility until reach the strict liability based on the administrative risk theory – implanted by the 1988 Federal Constitution in Article 37, § 6. The requirements for achieving State's strict liability are the damage, the administrative fact and the causation, allowing exclusives – victim's fact, third parties fact, force majeure and the reserve of the possible. Strict liability should be extended also to omissive acts, holding the State's responsibility for its negligence on fulfilling constitutional obligations, especially when it comes to the materialization the basic right to Health, which depends on positive State actuation for its implementation. Ensuring access to the public health care system is a State's duty, through public policies, and its omission on such task must be censored, including by the Judiciary, since it characterizes an unconstitutional behavior. On this point, the reserve of the possible can not be an excuse for the general lack of State action, which must be liable for its omission when it arises unfair damages.

**Keywords:** State's Civil Liability. Omission. Public Health Policies.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 Conceito.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2 Evolução Histórica da Responsabilidade do Estado.....</b>	<b>12</b>
2.2.1 Irresponsabilidade do Estado.....	13
2.2.2 Teoria da Responsabilidade Subjetiva.....	14
2.2.3 Teoria da Culpa Administrativa.....	16
2.2.4 Responsabilidade objetiva do Estado.....	17
2.2.4.1 <i>Teoria do risco integral</i> .....	17
2.2.4.2 <i>Teoria do Risco Administrativo</i> .....	18
<b>2.3 Responsabilidade do Estado no Direito Brasileiro.....</b>	<b>19</b>
<b>2.4 A Regra Constitucional da Responsabilidade Objetiva.....</b>	<b>20</b>
<b>2.5 Pressupostos da Responsabilidade Objetiva do Estado.....</b>	<b>21</b>
2.5.1 Fato administrativo.....	21
2.5.2 Dano.....	22
2.5.3 Nexo causal.....	23
2.5.3.1 <i>Teoria da Equivalência das Condições</i> .....	24
2.5.3.2 <i>Teoria da Causalidade Adequada</i> .....	25
2.5.3.3 <i>Teoria dos danos diretos e imediatos</i> .....	26
<b>2.6 Responsabilidade civil do Estado por omissão.....</b>	<b>27</b>
2.6.1 Responsabilidade subjetiva.....	28
2.6.2 Responsabilidade objetiva.....	29
<b>2.7 Hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal.....</b>	<b>31</b>

2.7.1 Fato da vítima.....	33
2.7.2 Fato de terceiro.....	34
2.7.3 Caso fortuito e força maior.....	35
2.7.4 Reserva do Possível.....	37
<b>3 POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>39</b>
<b>3.1 Introdução ao tema.....</b>	<b>39</b>
<b>3.2 Direitos fundamentais.....</b>	<b>40</b>
3.2.1 Direito fundamental à saúde.....	42
<b>3.3 Políticas Públicas.....</b>	<b>44</b>
3.3.1 Políticas públicas de saúde.....	46
<b>3.4 Intervenção do Poder Judiciário nas Políticas Públicas.....</b>	<b>47</b>
3.4.1 Corrente da impossibilidade de intervenção do Judiciário nas Políticas Públicas.....	47
3.4.2 Corrente da possibilidade de intervenção do Judiciário nos casos de violação de direito fundamental.....	50
3.4.3 Corrente da possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas quando envolvam prestações positivas do Estado em casos extremos.....	53
<b>3.5 Reserva do possível.....</b>	<b>56</b>
3.5.1 Origem e conceito.....	56
3.5.2 A Reserva do Possível e o Direito à Saúde no Brasil.....	58
<b>3.6 Responsabilidade solidária dos entes da Federação na concretização do direito à saúde.....</b>	<b>62</b>
<b>3.7 Responsabilidade objetiva do Estado por omissão constitucional à luz do princípio da proporcionalidade.....</b>	<b>64</b>
3.7.1 Proporcionalidade.....	65
3.7.1.1 Adequação.....	66
3.7.1.2 Necessidade.....	67
3.7.1.3. Proporcionalidade em sentido estrito.....	68



3.7.2 Responsabilidade objetiva por omissão inconstitucional na prestação de serviços de saúde.....	69
<b>4 CONCLUSÃO.....</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>77</b>
<b>REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.....</b>	<b>81</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade civil do Estado (também chamada responsabilidade extracontratual ou patrimonial) é um dos que mais suscita discussões no campo do Direito Administrativo. A matéria, abordada com riqueza pela doutrina administrativista, passou por contínua evolução até chegar aos moldes atuais. Desde a teoria da irresponsabilidade estatal - a primeira de que se tem notícia -, foi percorrido longo caminho até chegarmos à teoria objetiva, adotada atualmente. O processo histórico denota uma tendência constante à expansão da responsabilidade estatal, de modo a cada vez mais defender os interesses dos cidadãos lesados pelo Poder Público.

Vem à tona, também, o crescente reconhecimento, pelas Constituições, dos direitos fundamentais dos homens, dentre os quais se destaca o direito à saúde. As Constituições sociais da segunda metade do século XX passaram a reconhecer os chamados direitos fundamentais de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), que dependem de uma prestação positiva do Poder Público para sua concretização. O Estado materializa esses direitos por meio de políticas públicas, que compreendem uma série de normas e atos combinados para a realização de determinado fim. No entanto, por depender de uma prestação material do Estado, os direitos sociais nem sempre são realizados, ora por falta de recursos, ora por falha na definição das políticas públicas, ora por intolerável desídia da Administração.

O presente trabalho está focado, pois, no estudo da responsabilidade civil do Estado, especialmente nos casos de omissão no cumprimento de seus deveres constitucionais. A atenção maior será voltada ao direito à saúde, área de extrema relevância social, mas que vem sendo tratada com descaso por nossos governantes. Para tanto, faremos uma abordagem doutrinária e jurisprudencial da matéria, apontando, quando for o caso, as divergências existentes entre nossos juristas e incluindo, sempre que apropriada, nossa opinião a respeito.

Para melhor explicitar o assunto, o trabalho será dividido em dois capítulos. O primeiro tratará do instituto da responsabilidade civil do Estado em geral, estabelecendo seus principais delineamentos. Estudaremos a evolução histórica da matéria, passando pelas diversas teorias formadas ao longo do tempo; a teoria adotada atualmente pela Constituição Federal brasileira; os pressupostos para a configuração da responsabilidade estatal; a natureza da responsabilidade civil do Estado por omissão; e, finalmente, as hipóteses de exclusão da responsabilidade.

Já no segundo capítulo, faremos uma abordagem sobre a evolução dos direitos sociais dos cidadãos, com especial enfoque ao direito à saúde, e a necessidade de atuação estatal para a concretização desses direitos. Nessa linha, serão abordados os seguintes tópicos: direitos fundamentais; políticas públicas para materialização desses direitos; possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas; a questão da reserva do possível; e, para encerrar e retomar o tema do primeiro capítulo, a responsabilização do Estado em casos de omissão na realização do direito fundamental à saúde.

Ao longo de todo o estudo, pretendemos demonstrar que o Poder Público não pode omitir-se do cumprimento de seus deveres constitucionais, sob pena de ser responsabilizado pelos danos que causar. Ao final, apresentaremos algumas conclusões que, sem pretensões de encerrar a discussão, apontam a nossa opinião sobre os assuntos abordados.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

### 2.1 Conceito

Entende-se por responsabilidade civil a obrigação de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Toda a conduta que viola dever jurídico e causa prejuízo a outrem é fonte geradora da responsabilidade civil. Nesse sentido, surge a obrigação de indenizar, com o intuito de restabelecer a vítima à situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.<sup>1</sup>

Também chamada responsabilidade patrimonial e extracontratual do Estado, bem como responsabilidade da Administração Pública, a responsabilidade civil do Estado encontra conceito preciso na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.<sup>2</sup>

Cumprе ressaltar, nessa ordem, que o conceito de responsabilidade do Estado, como atualmente entendido, é fruto de um contínuo processo evolutivo, o qual passaremos a estudar.

### 2.2 Evolução Histórica da Responsabilidade do Estado

A responsabilidade estatal tem recebido tratamento diverso ao longo do tempo e do espaço. Em alguns sistemas, como o anglo-saxão, predominam os princípios de direito privado. Já em outros, como o europeu-continentaI, é adotado o regime publicístico.<sup>3</sup> Historicamente, passou-se pela teoria da irresponsabilidade do

---

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.

<sup>2</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 983.

<sup>3</sup> DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 639.

Estado, caminhando posteriormente para a responsabilidade subjetiva e evoluindo finalmente para a teoria da responsabilidade objetiva, adotada atualmente.

A responsabilidade estatal obedece a um regime próprio, compatível com as peculiaridades da Administração Pública, no sentido de resguardar o patrimônio do particular contra os riscos das ações e omissões estatais. Ao longo da história, a responsabilidade do Poder Público por danos reflete uma contínua evolução, com um alargamento dos casos de responsabilidade de maneira a agasalhar cada vez mais os interesses privados dos cidadãos lesados por atos do Estado.

Nesse sentido, torna-se relevante o estudo do processo evolutivo da responsabilidade da Administração, retirado sobretudo do Direito Francês. Cabe assinalar que existe divergência terminológica entre os autores, o que dificulta a explicitação da matéria. Numa tentativa de expressar um sistema evolutivo que abrange o posicionamento majoritário da doutrina, dividiremos o esquema em quatro etapas: primeiramente será abordada a teoria da irresponsabilidade do estado, passando posteriormente pelas teorias da responsabilidade subjetiva e da culpa administrativa, para finalmente chegarmos ao estágio atual da disciplina – responsabilidade objetiva do Estado.

### 2.2.1 Irresponsabilidade do Estado

O princípio da irresponsabilidade vigorou no Estado despótico e absolutista, principalmente entre os séculos XVIII e XIX. Como bem salienta Sérgio Cavalieri Filho, a ideia de responsabilidade pecuniária da Administração Pública era tida como um entrave à execução dos seus serviços. Expressões como “O rei não erra” (*the King can do no wrong*), “O Estado sou eu” (*l'État c'est moi*) e “O que agrada o príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*) foram consagradas na época. O Estado caracterizava-se por sua soberania e, assim, encontrava-se hierarquicamente acima de seus súditos. A responsabilidade era restrita ao próprio funcionário público causador do dano, mantendo-se a Administração longe do problema.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. op. cit., p. 228.

Yussef Cahali destaca a imunidade total do Estado na época, resguardado em sua prepotência de não contradição: como órgão gerador do Direito, jamais atentaria contra a ordem jurídica, pois, sendo ele o próprio Direito, nunca praticaria injustiças. A teoria da irresponsabilidade baseava-se, assim, em três premissas: 1) a soberania do Estado, que impossibilitava o reconhecimento de sua igualdade aos súditos; 2) o Estado, como representante do direito organizado, não poderia aparecer como violador desse direito; 3) os atos contrários à lei praticados pelos funcionários não poderiam ser considerados atos de Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente ao causador do dano.<sup>5</sup>

Essa teoria, porém, não resistiu por muito tempo. A noção do Poder Público como ente todo-poderoso, insuscetível de causar danos e ser responsável, foi substituída pela do Estado de Direito. Como sujeito dotado de personalidade, ao Estado deveriam ser atribuídos os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas, não se justificando a sua irresponsabilidade.

### 2.2.2 Teoria da Responsabilidade Subjetiva

Em substituição à já superada irresponsabilidade absoluta, surgiu a Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado, também conhecida por Teoria Civilista. A responsabilidade subjetiva, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é a “obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso”, devendo também ser atribuída ao Poder Público.<sup>6</sup>

Menciona o autor que o marco inicial desta nova fase, à margem de qualquer texto legislativo, foi o famoso aresto *Blanco*<sup>7</sup>, do Tribunal de Conflitos francês,

---

<sup>5</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 20-21.

<sup>6</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit., p. 992.

<sup>7</sup> Explicitando o caso: a manufatura nacional de tabaco de Bourdéus ocupava dois edifícios, cada um de um lado da rua, havendo duas vagonetes que transportavam matéria-prima de um prédio a outro. Uma menina foi atropelada por uma das vagonetes e teve sérias lesões em uma das pernas. Os pais da criança moveram ação de indenização contra o Estado, pleiteando a causa perante tribunais civis. Foi suscitado conflito, e o Tribunal de Conflitos teve de decidir se cabia à jurisdição administrativa ou aos tribunais judiciários a solução da controvérsia. Abandonando jurisprudência anterior, o Tribunal afirma a autonomia do Direito Administrativo, aceitando o entendimento de que o funcionamento de serviços públicos é regido de plano por um regime jurídico diverso do que prevalece no direito

proferido em 1º de fevereiro de 1873. Referida decisão afirmou que a responsabilidade do Estado “não é nem geral nem absoluta”, mas se regula por regras especiais, desempenhando a importante função de reconhecê-la como princípio aplicável mesmo na ausência de lei.<sup>8</sup>

Nesse passo, surge a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, afastando o já contestado princípio da irresponsabilidade estatal. Passa-se a adotar, então, a teoria civilista da culpa, aplicável também ao Poder Público. Para tanto, buscou-se distinguir dois tipos de atitude estatal: os *atos de império* e os *atos de gestão*. Os atos de império seriam aqueles que decorrem do poder soberano do Estado, de caráter coercitivo, contra os quais não haveria possibilidade de responsabilização, porquanto regidos por normas de direito público protetivas da figura estatal. Já os atos de gestão se aproximariam mais dos atos de direito privado, gerando a responsabilidade civil da Administração quando configurada a culpa por atos causadores de danos a terceiros.<sup>9</sup>

O Estado deixa, então, de ser visto como ente supremo, acima do bem e do mal, com o reconhecimento da responsabilidade pelo menos em relação a alguns atos. No entanto, a distinção entre atos de império e atos de gestão era extremamente difícil. Com certa frequência, esses atos se mesclavam, o que tornava tormentosa sua diferenciação. Por tal motivo, aliado ainda à dificuldade dos prejudicados em comprovar a culpa do Estado por seus atos danosos, a teoria foi perdendo espaço.<sup>10</sup>

Neste ponto, vem à tona a lição de Hely Lopes Meirelles, para quem a *doutrina civilística* ou da *culpa comum* perdeu terreno em decorrência do predomínio das normas de Direito Público sobre as de Direito Privado, no tocante às relações entre Administração e administrados. Assinala o autor, com acerto, que não se pode equiparar o Estado ao particular, este despido de autoridade e prerrogativas públicas inerentes àquele. Por consequência, resta a teoria da responsabilidade sem culpa

---

privado. Decide-se, então, que a competência é administrativa, porquanto a questão envolve responsabilidade nascida no funcionamento de um serviço público.

<sup>8</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit., p. 992.

<sup>9</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 474.

<sup>10</sup> 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.

como a única compatível com a posição do Estado perante os cidadãos, devendo os princípios de Direito Público nortear a fixação desta responsabilidade.<sup>11</sup>

### 2.2.3 Teoria da Culpa Administrativa

Com base nos princípios publicísticos, evoluiu-se para a teoria da culpa administrativa, também chamada culpa anônima. A noção civilística da culpa ficou ultrapassada, adotando-se então a ideia de *culpa do serviço* ou *falta do serviço* (*faute du service*, para os franceses), que ocorre quando o serviço público não funciona, funciona mal ou funciona atrasado, bastando a ausência do serviço ou seu funcionamento defeituoso para a configuração da responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes.<sup>12</sup> Com essa nova concepção, fica dispensada a prova de que algum funcionário específico, nominalmente identificado, tenha incorrido em culpa. Basta a constatação de dano causado por defeito da execução de um serviço público, praticado por agente da Administração, ainda que impossível individualizar o funcionário causador do dano.

Bandeira de Mello assinala que, de modo algum, a responsabilidade por falta do serviço é modalidade de responsabilidade objetiva. Ao contrário, é responsabilidade subjetiva, porque sempre baseada na culpa.<sup>13</sup>

Em alguns casos, haverá a necessidade de admitir-se a presunção de culpa, ante a extrema dificuldade de demonstrar que o serviço operou abaixo dos padrões desejados, ficando a vítima do dano desobrigada de comprová-la. Isso não significa, porém, responsabilidade objetiva do Estado, pois ao Poder Público é franqueada a demonstração de que não agiu de maneira culposa, podendo isentar-se da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se a responsabilidade fosse objetiva:

O argumento de que a falta do serviço (*faute du service*) é um fato objetivo, por corresponder a um comportamento *objetivamente inferior aos padrões normais* devidos pelo serviço, também não socorre os que pretendem

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>12</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit., pp. 992-993.

<sup>13</sup> Esclarece o autor que uma das causas da equivocada suposição de que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva foi a errônea tradução do termo *faute*. Seu correto significado em francês é o de *culpa*, porém, no Brasil, foi inadequadamente traduzida como falta (ausência), o que traz a ideia de algo objetivo (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit., p. 994).



caracterizá-la como hipótese de responsabilidade objetiva. Com efeito, a ser assim, também a responsabilidade por culpa seria responsabilidade objetiva (!), pois é culposa (por negligência, imprudência, ou imperícia) a conduta *objetivamente inferior aos padrões normais* de diligência, prudência ou perícia devidos por seu autor.<sup>14</sup>

Conclui Bandeira de Mello que há responsabilidade *objetiva* quando “basta para caracterizá-la a relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz”. Quanto à responsabilidade *subjetiva*, é necessário que a conduta causadora de dano revele a deliberação do agente na prática do comportamento ilícito, ou o desatendimento a padrões de empenho legalmente exigíveis, de maneira que “o direito de uma ou outra hipótese resulta transgredido”.<sup>15</sup>

#### 2.2.4 Responsabilidade objetiva do Estado

Em evolução às teorias da responsabilidade subjetiva e da culpa administrativa, surge a teoria da responsabilidade objetiva do Estado baseada no risco administrativo. O fundamento da nova teoria está no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais, acarretando a divisão, por todos, dos prejuízos causados pelo Estado.<sup>16</sup>

Cabe aqui estabelecer uma divisão entre a Teoria do Risco Integral e a Teoria do Risco Administrativo. A primeira consagra a responsabilidade objetiva de modo integral, sem deixar espaços para abrandamentos e desprezando as excludentes do nexo causal. A segunda admite a responsabilidade objetiva do Estado, porém adota algumas causas de exclusão, que serão objeto de análise em ponto específico.

##### 2.2.4.1 Teoria do risco integral

É preciso ressaltar que o *risco administrativo* não se confunde com *risco integral*. Vejamos o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

*A teoria do risco integral é modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática por conduzir ao abuso e à iniquidade*

<sup>14</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit., p. 994.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 995.

<sup>16</sup> MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. op. cit., p. 46.

social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.<sup>17</sup>

Essa teoria, na prática, nunca foi adotada no Brasil, porquanto oneraria o Estado de maneira desproporcional, tornando-o verdadeiro segurador universal. A responsabilidade estatal deve ser atenuada pelas causas de exclusão do nexo causal, sendo esta a síntese da Teoria do Risco Administrativo, a seguir detalhada.

#### 2.2.4.2 Teoria do Risco Administrativo

Com a doutrina do *risco administrativo*, surge a responsabilidade de indenizar o dano causado pelo Estado com a dispensa da verificação do fator culpa em relação ao fato danoso, bastando para sua incidência a comprovação, por parte do interessado, da relação causal entre o fato e o dano. Trata-se de importante processo evolutivo, passando a conferir maior benefício ao lesado, que fica dispensado de provar elementos que dificultavam a responsabilização do Estado, tais como a identificação do agente, a culpa deste na conduta administrativa ou a falta do serviço.

Como o próprio nome está a indicar, a teoria do risco administrativo é baseada no risco que a atividade pública gera aos administrados e na possibilidade de causar danos a certos membros da comunidade, impondo-lhes ônus não suportados pelos demais. Como forma de compensação dessa desigualdade individual, todos os outros componentes da sociedade arcam com a reparação do dano, por meio do erário público. Os fundamentos desta doutrina são, portanto, o risco e a solidariedade social, que conduzem, por sua objetividade e partilha de encargos, a uma justiça distributiva. Por esta razão, a teoria vem sendo acolhida pelos Estados modernos.<sup>18</sup>

No risco administrativo, embora dispensada a comprovação de culpa da Administração, é permitido ao Estado afastar sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal (fato exclusivo da vítima, força maior, fato exclusivo de

---

<sup>17</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 658.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 657.

terceiro e, em casos extremos, a reserva do possível). É isto que a diferença da Teoria do Risco Integral.

### 2.3 Responsabilidade do Estado no Direito Brasileiro

O processo evolutivo da responsabilidade do Estado no direito brasileiro foi profundamente influenciado pelo direito francês, oscilando entre as doutrinas subjetiva e objetiva da responsabilidade da Administração. Desde o Império, nossos juristas se inclinavam à teoria do risco administrativo, modalidade de responsabilidade sem culpa. Havia, contudo, oposição por parte dos civilistas, apegados à doutrina da culpa advinda do direito privado.

Com efeito, no direito positivo brasileiro a teoria da irresponsabilidade nunca foi adotada. Amaro Cavalcanti, em sua obra clássica, anota que, embora não existisse disposição legal firmando a doutrina da responsabilidade civil do Poder Público, em nenhum momento prevaleceu a irresponsabilidade do Estado, ainda que os julgados tenham deixado espaço para exceções, face aos fins e interesses superiores do Estado.<sup>19</sup>

As nossas Constituições do século XIX (1824 e 1891), não contemplavam a isenção de responsabilidade do Estado. Ao contrário, previam expressamente a responsabilidade dos empregados e funcionários públicos. Tais dispositivos, conquanto estabelecessem apenas responsabilidade aos funcionários, jamais significaram excludentes da responsabilidade do Estado. O entendimento era de que havia solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes. Tratava-se, todavia, de responsabilidade calcada na culpa civil, devendo ser provada a culpa do empregado para sua caracterização. O Poder Público, então, só respondia pelos danos provocados por seus empregados quando comprovada a atuação destes com negligência, imprudência ou imperícia.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsó, 1956, p. 611.

<sup>20</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. op. cit., p. 233.

Ainda sobre a evolução histórica da responsabilidade da Administração no Brasil, é valiosa a doutrina de Yussef Cahali.<sup>21</sup> Num panorama das Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1988, evidencia-se a constante evolução, de forma cada vez mais clara e abrangente, da responsabilidade do Estado por atos praticados por seus agentes. Conclui o autor que, a partir da Constituição de 1946, ficou consagrada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Se o texto constitucional exigiu a presença de culpa ou dolo tão somente para a ação de regresso contra o funcionário, é porque não quis fazer nenhuma exigência para a responsabilização do Poder Público. Do contrário, não se justificaria a omissão do elemento subjetivo, sempre presente na legislação anterior.

Por sua vez, a Constituição de 1988 apresentou duas importantes evoluções em relação às anteriores. A primeira se refere à atribuição da responsabilidade objetiva em relação às pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos, sob a mesma forma da pessoa jurídica de direito público, consagrando antiga luta da doutrina pátria. A segunda diz respeito ao alargamento interpretativo permitido pela introdução do termo *agente*, cujo conceito denota uma abrangência significativamente maior do que o termo *funcionário*, utilizado em legislações anteriores. Dessa maneira, contemplam-se todas as categorias possíveis – agentes políticos, agentes administrativos e mesmo os particulares prestando serviços à Administração.<sup>22</sup>

## 2.4 A Regra Constitucional da Responsabilidade Objetiva

A Constituição Federal de 1988, seguindo a linha traçada nas Constituições anteriores, orientou-se pela doutrina do Direito Público, abandonando a teoria subjetiva da culpa fundada no direito privado, e consagrou a responsabilidade objetiva do Estado, sob a modalidade do risco administrativo. Merece destaque o deslocamento da cláusula geral da responsabilidade estatal do plano dos direitos fundamentais, constatado em Constituições anteriores (1946 e 1967), para o Título

---

<sup>21</sup> CAHALI, Yussef Said. op. cit., pp. 30-31.

<sup>22</sup> MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. op. cit., pp. 46-47.

da Organização do Estado, Capítulo da Administração Pública, o que demonstra definitivamente a sua relação com o direito administrativo.<sup>23</sup>

A Constituição não chegou, porém, aos *extremos do risco integral*<sup>24</sup>, conforme se infere do § 6º do artigo 37:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Do exame do dispositivo, constata-se que o constituinte firmou o princípio da responsabilidade objetiva pela atuação de seus agentes, eliminando, por consequência, qualquer perquirição de culpa na conduta do funcionário para a caracterização da responsabilidade estatal. Ao adotar a teoria do risco administrativo, o constituinte condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente de sua atividade administrativa, nos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atividade do agente público (no exercício da função) e o dano.<sup>25</sup>

## 2.5 Pressupostos da Responsabilidade Objetiva do Estado

Fixada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, faz-se necessária a delimitação dos pressupostos para sua aplicação. A marca característica da teoria é a desnecessidade de prova da existência de culpa do agente ou do serviço estatal gerador de dano. Depreende-se, portanto, que o elemento culpa – indispensável para configuração da responsabilidade *subjéctiva* – é desconsiderado como pressuposto da responsabilidade *objectiva*. Temos basicamente três requisitos para a caracterização da responsabilidade objetiva do Estado: *fato administrativo*, *dano* e *nexo causal*.

---

<sup>23</sup> SEVERO, Sérgio. **Tratado de Responsabilidade Pública**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 164.

<sup>24</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 660.

<sup>25</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. op. cit., p. 237.

### 2.5.1 Fato administrativo

O primeiro requisito para a responsabilidade objetiva do Estado é o *fato administrativo*, considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, atribuível ao Poder Público<sup>26</sup>. O agente estatal, ainda que atue fora de suas funções, mas com o intuito de exercê-las, pratica fato administrativo, “no mínimo pela má escolha do agente (*culpa in eligendo*) ou pela má fiscalização de sua conduta (*culpa in vigilando*)”.<sup>27</sup>

Frise-se, neste ponto, que tanto a ação quanto a omissão do agente público podem gerar a responsabilidade extracontratual do Estado. No tocante à possibilidade de responsabilização objetiva por condutas comissivas, não pairam dúvidas na doutrina e na jurisprudência. Já em relação às condutas omissivas, formaram-se basicamente duas correntes: uma defende que a responsabilidade seria subjetiva, enquanto a outra sustenta a responsabilidade objetiva. O tema, que ainda suscita muitas divergências, será abordado como maior detalhamento no ponto 2.6, a seguir.

### 2.5.2 Dano

O segundo requisito é o *dano*. A responsabilidade civil só pode ser invocada quando a conduta do agente provocar um dano, que pode ser de natureza material ou moral. O dano material é aquele que reduz o patrimônio do sujeito, causando a supressão ou diminuição do valor econômico de bens ou direitos de sua titularidade.

---

<sup>26</sup> Conforme a letra do art. 37, § 6º da Constituição, a responsabilidade do Estado está adstrita aos danos causados pelas pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos. Diante do requisito constitucional, ficam excluídas as empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividade econômica, pois não prestam serviços públicos típicos e estão sujeitas ao comando do art. 173, § 1º da Constituição, que impõe sejam regidas pelas normas de direito privado.

<sup>27</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit., p. 482.

O dano moral consiste na lesão imaterial e psicológica, atinente aos valores relacionados ao respeito, dignidade e autonomia da pessoa.<sup>28</sup>

Não logrando o lesado em comprovar que a conduta do Estado lhe causou prejuízo, não há qualquer reparação a postular. Ressalte-se, nesse ponto, que a mera verificação de ilegalidade ou irregularidade do ato administrativo não é suficiente para a responsabilização do Poder Público, sendo indispensável a verificação de dano a terceiros. Ensejará, tão-somente, se for o caso, a invalidade do ato.<sup>29</sup>

Nesse ponto, assumem especial relevo os ensinamentos de Juarez Freitas, que esboça os requisitos da responsabilidade estatal à luz do princípio da proporcionalidade.<sup>30</sup> Assevera o autor:

O dano juridicamente injusto, que prejudica direito ou interesse legítimo (individual ou transindividual), caracteriza-se por ser: (a) certo, (b) especial (não-eventual), ainda que reflexo, e (c) discrepante dos parâmetros do normalmente aceitável. Numa palavra: desproporcional.<sup>31</sup>

### 2.5.3 Nexo causal

O terceiro e último pressuposto é o *nexo causal*. Trata-se da relação de causalidade entre o fato administrativo e o dano. Aqui, cabe ao lesado apenas comprovar que o prejuízo suportado decorreu da conduta estatal, não havendo de se perquirir a existência de culpa ou dolo. Quando não se puder imputar à Administração o fato causador do dano, restará impossível imputá-la a responsabilidade. Nessa mesma lógica, inexistindo fato administrativo, não haverá, conseqüentemente, nexos causal. Portanto, para uma análise correta da responsabilidade estatal, é preciso verificar se realmente houve um fato administrativo, o dano da vítima e, principalmente, se o dano decorreu efetivamente do fato imputável à Administração.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1077.

<sup>29</sup> CAHALI, Yussef Said. *op. cit.*, p. 67.

<sup>30</sup> O princípio da proporcionalidade será abordado com maior profundidade no próximo capítulo (ponto 3.7.1).

<sup>31</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 134.

<sup>32</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 482-483.

O nexo de causalidade merece análise mais aprofundada, uma vez que a manutenção ou elisão do nexo entre a conduta e o dano é de extrema importância em qualquer demanda indenizatória contra o Estado. E é justamente na teoria da responsabilidade objetiva do Estado que o assunto se mostra mais adequado. Não se trata aqui de responsabilidade estatal em todos os casos, pois da análise do nexo causal – e de suas excludentes – possibilita-se de modo razoável e proporcional a plena aplicação de tal teoria, sem que o Estado se torne segurador universal.<sup>33</sup>

Ressalte-se, conforme doutrina de Marçal Justen Filho, que só pode haver responsabilidade estatal quando o dano foi propiciado pela atuação defeituosa do serviço público ou dos órgãos estatais, em descumprimento ao seu *dever de diligência*. A natureza da atividade estatal exige de seus agentes um dever especial de diligência, devendo prever as consequências das suas condutas e adotar as providências necessárias para evitar danos a terceiros. Assevera o autor: “se o agente estatal infringir esse dever de diligência, atuando de modo displicente, descuidado, inábil, estará configurada a conduta ilícita e surgirá, se houver dano a terceiro, a responsabilidade civil”.<sup>34</sup>

Para a configuração do nexo de causalidade, adota-se, no Brasil, a teoria dos danos diretos e imediatos. A análise do nexo causal, no entanto, nem sempre é tarefa fácil, mormente nos casos em que surgem diversas causas e/ou condições, cabendo ao operador do Direito a separação de meras *condições* das *causas* determinantes para o dano. No intuito de solucionar o problema, surgiram diversas teorias, dentre as quais destacaremos as três mais trabalhadas pela doutrina pátria: teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada e a teoria dos danos diretos e imediatos – esta última adotada pelo ordenamento jurídico pátrio.

### 2.5.3.1 Teoria da Equivalência das Condições

Na teoria da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non*, diz-se que todas as condições são causas do dano. Todos os fatores que concorrem para

---

<sup>33</sup> SANTOS, Rodrigo Valgas dos. “Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado”. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 270-272.

<sup>34</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p. 1081.



determinado evento são considerados causas, o que implica num regresso ao infinito no estabelecimento da cadeia causal. Por isso, esta teoria é de escasso aproveitamento para o direito administrativo, no qual prevalece o critério objetivo da responsabilidade estatal.<sup>35</sup>

A aplicação da teoria para efeitos de responsabilidade do Estado foi objeto de exame do Supremo Tribunal Federal, no RE 130.764/PR, tendo Ministro Sepúlveda Pertence assim pronunciado:

[...] É de duvidosa a possibilidade do transplante, ou, pelo menos, do transplante sem temperamentos, da teoria da equivalência das condições para a responsabilidade civil objetiva. No campo penal ou no campo da responsabilidade por culpa, a culpabilidade é exatamente o corretivo mais eficaz dos despautérios a que levaria o *regressus ad infinitum*, no campo puramente objetivo, a teoria da *conditio sine qua non*: não se nega que é toda condição necessária do resultado causa; o problema é a imputação da causa, que não gera maiores problemas no campo penal como no campo da responsabilidade subjetiva, porque limitado pela culpabilidade. Transplantado, no entanto, *sine grano salis*, para a área da responsabilidade civil objetiva, os excessos da teoria da equivalência das condições se tornariam, muitas vezes, iniquamente irremediáveis.<sup>36</sup>

### 2.5.3.2 Teoria da Causalidade Adequada

Na teoria da causalidade adequada, “serão valoradas, dentre as condições, aquela que foi eficiente para a causação do dano, numa concepção de probabilidades.”<sup>37</sup> A causa é aquela que, em condições normais, seria idônea para a produção do evento danoso.

Por ter caráter evidentemente subjetivo (devido à dificuldade de estabelecer um critério seguro para chegar à causa adequada), essa teoria encontra resistência no campo da responsabilidade pública. Seu mérito, de acordo com João Batista Gomes Moreira, estaria na possibilidade de selecionar na série infinita de causas aquela que é a mais eficaz, relevante ou eficiente para a ocorrência do dano, afastando o inconveniente da teoria da equivalência das condições. A teoria da causa adequada orienta, segundo o autor, as decisões na esfera probatória nas

---

<sup>35</sup> MOREIRA, João Batista Gomes. “Nexo de causalidade (do dano, para efeito de responsabilidade do Estado): reexame do tema”. **Interesse Público**, n. 39, mai/jun 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. pp. 34-35.

<sup>36</sup> RE 130.764/PR, Rel. Min. Moreira Alves.

<sup>37</sup> SEVERO, Sérgio. op. cit., p. 206.

hipóteses em que não há certeza de que o dano foi ocasionado por determinado fato, mediante presunção baseada na verossimilhança.<sup>38</sup>

### 2.5.3.3 Teoria dos danos diretos e imediatos

Segundo essa teoria, também chamada teoria da interrupção do nexo causal, a última condição, cronologicamente falando, será considerada a causa do dano. O suposto causador responde somente se o nexo causal entre sua ação ou omissão e o prejuízo seja direto e exclusivo, ou seja, sem a intervenção de terceiros ou contribuição do próprio lesado. Essa concepção extrema, contudo, tem sido considerada arbitrária e injusta, uma vez que as causas indiretas e remotas não podem ser desconsideradas quando, apesar dessas características, são necessárias para a causação do prejuízo. A concorrência de conduta da própria vítima e a intervenção de terceiros não rompem, por si só, o nexo causal, mas podem servir de critério para moderar a reparação.<sup>39</sup>

A teoria dos danos diretos e imediatos está consagrada em nosso direito positivo no artigo 403 do Código Civil: *“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.”* O Supremo Tribunal Federal, a partir de voto do Ministro Moreira Alves no RE 130.764/PR, firmou entendimento no sentido de que esta é a teoria adotada pelo sistema jurídico pátrio:

[...] Em nosso ordenamento jurídico a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal [...] que sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e da causalidade adequada [...] Essa teoria só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Daí, dizer Agostinho Alvim: os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> MOREIRA, João Batista Gomes. op. cit., pp. 36-37.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>40</sup> RE 130.764/PR, Rel. Min. Moreira Alves. A decisão trata de evasão de prisioneiro que, após 21 meses da fuga, participou de furto em uma joalheria de Curitiba. Reformando decisão do Tribunal de

Observa-se, assim, que o STF adota a teoria dos danos diretos e imediatos, entendendo que o lapso temporal decorrido entre a conduta imputável ao Estado (no caso em apreço, a fuga do presidiário) e a produção do dano (o assalto por ele praticado) é suficiente para quebrar a cadeia causal. Essa posição, contudo, é alvo de críticas. Conforme salienta com acerto Rodrigo Valgas dos Santos,<sup>41</sup> deve ser levada em conta uma subteoria da teoria dos danos diretos e imediatos: a *necessariedade da causa*. Segundo essa subteoria, o dever de indenizar surge quando o dano for efeito necessário de uma causa. Por *direto* e *imediato*, deve-se ler *necessário*. Ainda que um evento não seja temporalmente próximo ao dano, poderá sê-lo do ponto de vista lógico, pouco importando se o evento danoso é consequência direta ou indireta de determinada causa, pois o que realmente importa é que o aludido dano será consequência necessária daquela. Essa é a teoria que melhor distribui a responsabilidade entre a vítima e seu devedor, pois possibilita a exclusão do devedor originário ou ainda a inclusão de um novo devedor caso se detecte nova relação causal, além de permitir a aplicação das excludentes do nexo causal. Por tudo isso, é a teoria que está mais apta para resolver os inúmeros problemas em matéria de responsabilidade, especialmente aqueles que envolvam multiplicidade de causas.

Ressalte-se que, nas hipóteses em que o prejuízo proveio de evento imputável exclusivamente ao próprio lesado, de terceiro ou de fato pertinente ao mundo natural, não se formará o nexo causal e não haverá, conseqüentemente, responsabilização do Estado. Entramos então nas causas de exclusão da responsabilidade do Poder Público, que serão abordadas em ponto específico.

## **2.6 Responsabilidade civil do Estado por omissão**

A dicção do artigo 37, § 6º da Constituição Federal é clara em relação à responsabilização objetiva do Estado por atos comissivos, mas não o é em relação às condutas omissivas. Nesse ponto, diverge a doutrina quanto à natureza da

---

Justiça do Estado do Paraná, o Supremo Tribunal Federal entendeu que reconhecer a responsabilidade estatal neste caso seria elevar o Estado a segurador universal, e que pela teoria do dano direto e imediato, o lapso temporal entre a fuga e o evento danoso teria rompido a cadeia causal, o que ilidiria a responsabilidade do Estado.

<sup>41</sup> SANTOS, Rodrigo Valgas dos. op. cit., pp. 270-272.

responsabilidade de Estado por omissão: de um lado, estão os doutrinadores que a consideram objetiva; de outro, os que sustentam a responsabilização subjetiva.

### 2.6.1 Responsabilidade subjetiva

Dentre os que adotam a responsabilização subjetiva por omissão, destacamos a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello. Em seus argumentos, o autor expõe:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardiamente ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilização subjetiva, pois não há conduta ilícita do *Estado* (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou, então, deliberado propósito de violar a norma que constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.<sup>42</sup>

Não bastará, portanto, a simples relação entre a ausência de serviço e o dano sofrido. É necessário que exista um dever legal de agir para impedir o evento danoso, pois do contrário estaríamos imputando ao Estado responsabilidade por lesão que não causou. Exige-se que o Poder Público haja incorrido em ilicitude, por não ter cumprido seu dever de impedir o dano ou por ter agido de modo insuficiente, comportando-se abaixo dos padrões legais exigidos em determinadas situações.<sup>43</sup>

A adoção da teoria da responsabilidade subjetiva traz como consequência a perquirição acerca da culpa ou dolo do agente estatal. Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece, entretanto, a presunção *juris tantum* de culpa do Poder Público, sem a qual o lesado ficaria em situação extremamente frágil ante a dificuldade de provar que o serviço não funcionou como deveria. Mostra-se razoável, portanto, a inversão do ônus da prova. Se a entidade pública demonstrar que a omissão

---

<sup>42</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit., pp. 1002-1003.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 1003.

propiciatória do dano não decorreu de culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou de dolo, ficará excluída sua responsabilidade.<sup>44</sup>

Quanto ao ponto, cabe trazer à lume a posição de Guilherme Couto de Castro, que distingue *omissão genérica* e *omissão específica*. Haverá *omissão genérica* quando a Administração não estiver ligada a um dever específico de agir, não decorrendo a omissão da inação do Estado – nestes casos, a responsabilidade seria subjetiva. Já na *específica* - que ensejaria a responsabilização objetiva -, o Poder Público, por omissão sua, cria uma situação propícia para a ocorrência de evento danoso, quando tinha o dever de agir para impedi-lo.<sup>45</sup>

## 2.6.2 Responsabilidade objetiva

Há autores, por outro lado, que sustentam a responsabilidade objetiva do Estado também nos casos de omissão. Destaque para a posição de Marçal Justen Filho, que diferencia, com propriedade, as hipóteses de dano derivado de omissão em dois grandes grupos: nos casos em que há norma prevendo o dever de atuação do Estado, a omissão constitui infração direta ao dever jurídico – estamos diante de *ilícito omissivo próprio*; de outra parte, há casos em que o sujeito não está obrigado

---

<sup>44</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit., pp. 1005-1007. Bandeira de Mello cita, ainda (pp. 1007-1009), as hipóteses em que o dano depende de situação apenas propiciada pelo Estado. Nesses casos, é o Poder Público quem constitui, mediante ato comissivo seu, os fatores que propiciam decisivamente a emergência de dano. É o caso, por exemplo, da guarda, pelo Estado, de pessoas ou coisas perigosas, expondo terceiros a risco (depósitos de explosivos, centrais nucleares, manicômios, presídios). Os danos provocados em decorrência destas situações de risco ensejarão a responsabilidade objetiva do Estado, sendo esta a maneira de a sociedade absorver os prejuízos que incidem somente sobre alguns, mas que foram propiciados por organizações constituídas em prol de todos. Estas hipóteses não se distanciam muito dos casos em o prejuízo é causado *diretamente* pelo Estado. A CF, aliás, estabelece em seu artigo 21, XXIII, letra “c”, a responsabilidade civil por danos nucleares independentemente da existência de culpa.

<sup>45</sup> CASTRO, Guilherme Couto de. *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio. op. cit., p. 240. Como exemplo, cita o autor o caso do motorista embriagado que atropela e mata pedestre em via pública. A princípio, a Administração não poderia ser responsabilizada pelo fato de o motorista estar ao volante sem condições (seria responsabilizar a Administração por omissão genérica). Mas se o motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado e foi liberado pelos policiais para prosseguir viagem, aí existe omissão específica, que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse caso haverá responsabilidade objetiva do Estado. Outro exemplo: acidente causado por veículo muito antigo, com problemas mecânicos. A Administração não pode, a princípio, ser responsável pelo fato de o veículo estar trafegando – isto seria omissão genérica. Contudo, se o veículo passou por vistoria e foi liberado, ou não foi retido em um posto de fiscalização, aí já teremos omissão específica, gerando a responsabilidade estatal.

a agir de modo determinado e específico, mas sua omissão propicia a ocorrência de evento danoso – temos aqui o *ilícito omissivo impróprio*.<sup>46</sup>

Nas hipóteses de omissão própria (em que o direito impõe ao Estado o dever de agir), a situação jurídica da omissão assemelha-se à conduta comissiva. Deixar de atuar quando a lei o exige é equivalente a agir quando a lei proíbe a ação, devendo a responsabilidade, portanto, ser objetiva.<sup>47</sup>

Nas omissões impróprias (situações em que não há imposição legal de agir, mas a atuação estatal é o meio para evitar a consumação de um resultado danoso) é que surgem os maiores problemas. É o exemplo do servidor público que deixa de sinalizar um defeito em rodovia, dando oportunidade à ocorrência de acidente automobilístico. Aqui, não há a necessidade de lei que determine o dever de agir, pois este é inerente ao cumprimento das funções públicas (dever de diligência). Mesmo nestas situações, defende o autor, com acerto, que a responsabilidade é objetiva. Confira-se:

a reprovabilidade atinente à omissão imprópria é idêntica àquela que se põe nos casos de responsabilidade de ação ou omissão própria. Em todos os casos, é necessário avaliar a conduta estatal e verificar se houve infração a um dever de diligência. A conduta, considerada em si mesma, é insuficiente para autorizar a qualificação jurídica.

Portanto, o tratamento jurídico dos atos omissivos e comissivos é único e equivalente. A responsabilização civil dependerá da infração a um dever jurídico de diligência. Essa infração se presumirá reprovável, uma vez que o dever jurídico de diligência, imposto ao Estado, importa em objetivação do elemento subjetivo da conduta. O agente tem o dever funcional de conhecer os seus deveres, de prever as consequências da infração a eles e de arcar com as consequências. A infração a esse dever importa elemento subjetivo reprovável.<sup>48</sup>

Neste ponto, cabe destacar a lição de Juarez Freitas, que, ressaltando o entendimento de Marçal Justen Filho, defende a “presunção de existência do nexo causal, tanto nas ações como omissões, subordinada às excludentes, com inversão do ônus da prova”.<sup>49</sup> O resultado seria semelhante ao proposto por Justen Filho, diferindo apenas na manutenção do caráter subjetivo da responsabilidade do agente, sem objetivação da culpa. Nesse sentido:

em sede de responsabilidade pelas condutas omissivas do Poder Público, a falta do cumprimento de deveres (ou o cumprimento parcial e insuficiente)

<sup>46</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., pp. 1082-1084.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 1084.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 1085.

<sup>49</sup> FREITAS, Juarez. op. cit., pp. 136-137, nota 358.

*gera o dever de indenização, salvo se constatada excludente. Em outras palavras, a omissão é possível causa de dano anômalo e injusto. Desaconselhável enquadrar tal omissão, ainda que com os melhores propósitos, com simples condição para o evento danoso, tampouco concebê-la como mera situação propiciatória. A omissão carrega, por assim dizer, o frustrado “princípio ativo” de um dever estatal não cumprido. Nessa medida, se se tratar de inércia estatal, determinada ou determinável, ensejadora do nexos causal direto, o ônus da prova das excludentes incumbe às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, independentemente da indagação de culpa ou dolo. Por tudo, despidiendia a indagação adstrita à noção de omissão “voluntária”, negligência ou imprudência, nos termos do Código Civil, art. 927, *caput*, porque, à semelhança do que sucede com as condutas comissivas, a responsabilidade extracontratual do Estado por omissão haverá de ser apurada com a inversão do ônus da prova, que não se confunde com a simples presunção de culpa do Poder Público.<sup>50</sup>*

Do argumento de não reduzir a omissão a mera *condição* para o dano, decorre a responsabilidade proporcional e objetiva (não integral, pois subordinada às excludentes) do Estado, tanto para ações como para omissões. Presente a antijuridicidade da ação ou omissão anômala, forma-se o nexos causal e surge o dever de indenizar. Importa simplesmente perquirir acerca da antijuridicidade da conduta (comissiva ou omissiva) do agente público, sem se deter à presença de culpa ou dolo (os quais, de outra sorte, são indispensáveis na ação de regresso).<sup>51</sup>

A equiparação do tratamento jurídico dispensado aos atos comissivos e omissivos mostra-se a mais adequada no tocante à disciplina da responsabilidade civil do Estado. Quando o Poder Público infringe seu dever de diligência - inclusive por omissão -, causando dano a terceiros, surgirá a responsabilidade estatal, na modalidade objetiva. A técnica da responsabilidade objetiva por omissão, como aqui defendida, é instrumento eficaz no combate da ineficiência do Poder Público na efetivação de seus deveres constitucionais, dentre os quais a garantia do direito fundamental à saúde. Este tema será retomado ao final do trabalho, no ponto 3.7.

## **2.7 Hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal**

Como visto, o nosso sistema jurídico adota a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, para a qual basta o nexos de causalidade entre o dano e a ação ou omissão (de acordo com o posicionamento acima exposto) do ente público ou

<sup>50</sup> FREITAS, Juarez. op. cit., p. 136.

<sup>51</sup> Ibidem, pp. 137-138.

privado prestador de serviço público, sendo desnecessária a prova de dolo ou culpa por parte do agente estatal. Entretanto, a teoria do risco administrativo não leva à responsabilidade objetiva integral do Poder Público em todo e qualquer caso, apenas dispensando o lesado de provar a culpa da Administração. Cabe a esta, então, afastar sua responsabilidade, devendo produzir a prova da excludente do nexo causal.

Impõe-se, neste momento, esclarecer as hipóteses que afastam a obrigação indenizatória do Poder Público. Trata-se de questão a ser investigada no caso concreto, de modo que, demonstrado o nexo causal, surge a obrigação do Estado de indenizar. De outro lado, quando comprovada alguma das causas de exclusão, não estará o Poder Público obrigado ao ressarcimento.

A aplicação da responsabilidade objetiva desloca a discussão do dolo ou da culpa para o polo passivo da relação processual, incumbindo ao Estado o ônus de desconstituir o nexo de causalidade, com prova da existência de outro culpado ou outras causas para o dano, por meio das excludentes de responsabilidade.<sup>52</sup>

Carvalho Filho esclarece:

O fato de ser o Estado sujeito à teoria da responsabilidade objetiva não vai ao extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo o que acontece no meio social. É essa a razão do repúdio à denominada teoria do risco integral, que, como já vimos, é injusta, absurda e inadmissível no direito moderno.<sup>53</sup>

Impende salientar que as excludentes do nexo causal não se confundem com as excludentes de ilicitude, previstas no art. 188 do Código Civil.<sup>54</sup> Nem sempre a invocação de uma excludente de ilicitude implicará na exclusão da responsabilidade. Assim, mesmo o *exercício legal de um direito* deverá ser realizado de forma proporcional no cumprimento das funções do agente público.<sup>55</sup> No caso concreto, as excludentes de ilicitude se enquadrarão nas hipóteses de *fato da vítima, fato de*

---

<sup>52</sup> ZIMMER FILHO, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, pp. 375-376.

<sup>53</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit., p. 484.

<sup>54</sup> Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

<sup>55</sup> SANTOS, Rodrigo Valgas dos. op. cit., p. 284.



*terceiro e força maior*, que são as hipóteses de exclusão do nexo causal predominantemente abordadas pela doutrina publicista. Estudaremos, também, a possibilidade de invocação pelo Estado do princípio da reserva do possível, cuja análise merecerá maior destaque no Capítulo 2 deste trabalho.

### 2.7.1 Fato da vítima

Adotamos a expressão *fato da vítima*, e não *culpa da vítima*, por entender que aquela é mais ampla, e por não estarmos aqui perquirindo a culpabilidade do agente. Nas hipóteses de fato da vítima, o agente causador do dano o é apenas na aparência, porque quem realmente propiciou o dano foi o próprio lesado. Como exemplo, temos o suicida que se lança sobre a via pública, impossibilitando o veículo atropelador de evitar o dano.<sup>56</sup>

Aqui, a conduta da vítima absorve totalmente a atuação do agente, que funcionará como mera ferramenta para a produção do evento danoso. O fato exclusivo da vítima é uma excludente que interfere no liame que vincula a conduta do agente ao dano. Nesse sentido, a obra de Gisela Sampaio da Cruz:

Dessa forma, até mesmo na responsabilidade objetiva, com esta excludente, o agente fica isento do dever de indenizar. Isto é assim porque, embora a responsabilidade objetiva independa de culpa, a ação exclusiva da vítima afeta, frise-se, o nexo causal que o associa ao dano.<sup>57</sup>

Marçal Justen Filho<sup>58</sup> trabalha com o grau de culpa da vítima para a ocorrência do dano. Quando a culpa for exclusivamente da vítima, não haverá responsabilidade estatal alguma. Se, de outra sorte, houve concorrência de culpa entre a vítima e a Administração, compartilha-se a responsabilidade civil, na medida da culpa de cada um dos concorrentes. A culpa da vítima, então, afasta o dever de indenizar do Estado nos casos em que o dano não decorrer da infração ao dever de diligência pelo agente estatal. Quando houver infração ao dever de diligência, ainda que a vítima concorra culposamente para o dano, existirá responsabilização do Estado, mesmo que parcial.

---

<sup>56</sup> SANTOS, Rodrigo Valgas dos. op. cit., p. 285.

<sup>57</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 169.

<sup>58</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., pp. 1087-1088.

Nessa linha, afirma Di Pietro<sup>59</sup> que a culpa concorrente da vítima é causa *atenuante da* responsabilidade. A questão é resolvida pelo artigo 945 do novo Código Civil, o qual determina que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

### 2.7.2 Fato de terceiro

O nexo causal pode ser afastado também pelo fato de terceiro, quando pessoa diversa da vítima e do aparente causador do dano foi o responsável pela conduta danosa. Da mesma forma que no fato da vítima, para o rompimento total do nexo causal, o fato deve ser atribuído exclusivamente a terceiros. Do contrário, subsiste, ainda que parcialmente, a responsabilidade do Estado.<sup>60</sup>

Sobre o assunto, é valiosa a lição de Gisela Sampaio Cruz:

A participação de terceiro na causação do dano pode ocorrer de maneira total ou parcial. Na primeira hipótese, o dano é causado exclusivamente por terceiro; na segunda, o terceiro é apenas copartícipe, ou elemento concorrente para o desfecho prejudicial. Apenas no primeiro caso é que se verifica a eliminação do nexo causal, com a consequente exclusão da responsabilidade do agente. Quando a participação do terceiro é parcial e o agente concorre com ele na produção do evento danoso, o agente também concorrerá na composição das perdas e danos.<sup>61</sup>

Maria Sylvia Di Pietro<sup>62</sup> assevera que nem sempre o fato de terceiro pode ser invocado como causa de exclusão de responsabilidade, à luz das inovações trazidas pelo Código Civil de 2002. Aduz a autora que, nos casos de deterioração ou destruição de coisa alheia ou lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente (artigo 188, II, do CC 2002 – vide nota 54), a responsabilidade, em regra, incide sobre quem praticou tais atos. Pelo art. 929<sup>63</sup>, porém, a culpa da vítima exclui a responsabilidade, o que não ocorre quando há fato de terceiro, contra o qual é possível exercer o direito de regresso (art. 930<sup>64</sup>). Da mesma forma, o artigo 735

---

<sup>59</sup> DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 649.

<sup>60</sup> SANTOS, Rodrigo Valgas dos. op. cit., p. 286.

<sup>61</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. op. cit., p. 169.

<sup>62</sup> DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 649.

<sup>63</sup> CC 2002, art. 929: Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

<sup>64</sup> Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

determina que “a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

Sem que se possa imputar o dano diretamente ao Estado, não há como responsabilizá-lo por atos de terceiros. Como exemplo, podemos citar o furto ou assalto à mão armada em transportes coletivos ou na via pública. Não havendo a prova de culpa do Poder Público, não se pode responsabilizar o ente estatal. Conforme ressalta Carvalho Filho, as opiniões em contrário se justificam pelo cansaço da sociedade com o alto grau de violência nas grandes cidades. Essa visão, porém, “funda-se em argumento de ordem emocional, que, por isso mesmo, resulta dissociado da verdadeira análise jurídica”.<sup>65</sup>

### 2.7.3 Caso fortuito e força maior

Há grande divergência doutrinária na caracterização de força maior e caso fortuito. A par da discussão, nosso Código Civil (artigos 246, 393, 399 e 583) não faz distinção entre os institutos, podendo ambos ilidir onexo causal.<sup>66</sup> Baseados nisto, alguns autores não distinguem estas categorias no tocante à responsabilização do Estado. Carvalho Filho classifica tanto a força maior quanto o caso fortuito como *atos imprevisíveis*, os quais abarcam todos os eventos que, por alguma causa, ocorrem sem que se possa pressenti-los, impossibilitando a preparação para enfrentá-los no intuito de evitar os prejuízos que ocasionam.<sup>67</sup>

---

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

<sup>65</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit., p. 487.

<sup>66</sup> Art. 246. Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.

<sup>67</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit., p. 485.

Os fatos imprevisíveis, para excluir a responsabilidade do agente, devem reunir as seguintes características: a) *inevitabilidade*: trata-se de um evento ao qual não se pode resistir; b) *imprevisibilidade*: acontecimento imprevisível para o homem médio, relativo a um fato concreto; c) *atualidade*: o agente não se pode escusar com evento que ainda não aconteceu; d) *extraordinariedade*: o fato deve fugir do curso natural e ordinário. Sem esses requisitos, não há como afastar o nexa causal.<sup>68</sup>

Impende ressaltar que, nesse sentido, o caso fortuito ou de força maior pode não ser a causa exclusiva do dano, mas tão somente ter concorrido para a produção da conduta culposa por parte do agente. Aqui, também, há divergência doutrinária, conforme retrata Gisela Sampaio da Cruz:

Mais uma vez a doutrina se divide: de um lado, estão os autores que consideram que o agente deve arcar com a totalidade do dano; de outro, os que sustentam que a responsabilidade do ofensor deve ser graduada de acordo com sua participação no evento danoso. A segunda postura, salvo melhor juízo, parece ser a mais correta. Isto porque, embora o agente tenha que arcar com as consequências de sua ação, deve apenas ser responsável na medida de sua contribuição causal. Do contrário, estar-se-ia imputando ao agente um dano que ele não produziu. Quando o fortuito concorre com o agente na produção do dano, deve o juiz atenuar sua responsabilidade, tendo em conta a real incidência de sua conduta no evento danoso, isto é, de acordo com sua cota de participação.<sup>69</sup>

Ressalvado o entendimento dos que não diferenciam, a distinção entre força maior e caso fortuito se mostra necessária para fins de responsabilidade do Estado. Adotada a teoria do risco administrativo pelo nosso ordenamento jurídico, não há como ser afastada a responsabilidade estatal quando o dano é determinado por uma causa inerente à atividade pública. Se, no plano do direito privado, o caso fortuito e a força maior se confundem nas suas consequências, com a exclusão da responsabilidade, diverso deve ser o entendimento no âmbito da responsabilidade civil do Estado.

Por esclarecedora, adotaremos a distinção trazida por Themistocles Cavalcanti:

A força maior decorre de um fato externo, estranho ao serviço, o caso fortuito provém do seu mau funcionamento, de uma causa interna, inerente ao próprio serviço. Admite-se, por conseguinte, a exclusão da responsabilidade no caso de força maior, subsistindo, entretanto, no caso fortuito, por estar incluído este último no risco do serviço. Na força maior nenhuma interferência tem a vontade humana nem próxima nem remotamente, enquanto que no

---

<sup>68</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. op. cit., pp. 197-199.

<sup>69</sup> Ibidem, pp. 203-204.

caso fortuito, a vontade apareceria na organização e funcionamento do serviço.<sup>70</sup>

As duas noções se dividem quanto à origem do fato danoso. Na força maior, terá origem externa (exemplos são a chuva, o raio, o vento, entre outros); no caso fortuito, terá origem interna (o fogo, a ruptura de um cabo, a ruína de um edifício). Em todos os casos, porém, haverá elementos comuns, que são a imprevisibilidade e a irresistibilidade.<sup>71</sup>

Conclui-se, assim, que o caso fortuito não é utilmente invocável como causa de exclusão do nexo causal, pois está ligado a situações inerentes à própria atividade estatal, confundindo-se com a ideia de falha na prestação do serviço público.

Já a força maior, por constituir elemento externo à atividade do Estado, elide, a princípio, a responsabilidade pública. Mesmo nestes casos, porém, poderá haver responsabilização se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. É o caso, por exemplo, de enchente provocada por fortes chuvas, quando ficar demonstrado que o Estado poderia ter evitado a inundação com serviços de limpeza dos rios ou bueiros e galerias de águas pluviais.<sup>72</sup>

#### 2.7.4 Reserva do Possível

Juarez Freitas arrola, além das excludentes acima delineadas (fato da vítima, fato de terceiro e força maior), a *reserva do possível* como hipótese de exclusão do nexo causal, nos casos de inviabilidade do cumprimento do dever pelo Poder Público.<sup>73</sup>

A teoria da reserva do possível envolve três elementos essenciais, conforme irreparável ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet: a) disponibilidade de recursos financeiros; b) disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos; e c) a

---

<sup>70</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 415.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 417.

<sup>72</sup> DI PRIETO, Maria Sylvania Zanella. *op. cit.*, p. 648.

<sup>73</sup> FREITAS, Juarez. *op. cit.*, p. 134.

proporcionalidade da medida.<sup>74</sup> Essa teoria é frequentemente invocada pelo Estado, quando este é instado judicialmente a cumprir políticas públicas que garantam a concretização de direitos fundamentais sociais. O tema, todavia, ainda é polêmico, e será abordado, entre outros, no Capítulo seguinte.

---

<sup>74</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 304.

### 3 POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

#### 3.1 Introdução ao tema

Fixados os parâmetros da responsabilidade civil do Estado no primeiro capítulo, passamos agora à análise de sua incidência na hipótese de omissão estatal na concretização de políticas públicas, especialmente no que se refere ao direito fundamental à saúde. Ao Poder Público incumbe a garantia de acesso aos serviços de saúde, pela atuação de todos os entes da Federação – União, Estados e Municípios -, que o farão mediante políticas públicas. Trataremos, aqui, de um assunto de extrema relevância, uma vez que o direito à saúde está umbilicalmente ligado ao direito à vida. Apesar disso, verifica-se que ainda é um campo carente de prestações positivas do Poder Público.

Face à crescente demanda pela concretização dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário tem sido chamado a exercer um controle dos atos administrativos além dos aspectos referentes à sua legalidade. Tal fato decorre da implementação, pelas políticas públicas, dos meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais. Historicamente, a doutrina e a jurisprudência afirmaram que o controle judicial dos atos administrativos restringe-se às hipóteses de violação dos limites impostos pela legalidade. Recentemente, no entanto, o Poder Judiciário tem sido acionado em face da deficiência do Estado em implementar as políticas públicas que visem à efetivação dos direitos de segunda geração (também chamados direitos positivos, pois exigem uma prestação do Estado), sobretudo quando estão envolvidos direitos sociais básicos, como a educação e a saúde. A questão encontra óbices jurídicos (separação entre os poderes e o princípio da legalidade) e fáticos, no caso a escassez de recursos financeiros – *princípio da reserva do possível* -, comumente invocada do Estado quando instado judicialmente a promover políticas públicas.<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> GARCIA, Rafael Barreto. O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística. **Interesse Público**, ano 10, n. 51, set/out. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 74-75.

O tema, ainda polêmico, será estudado neste capítulo. Trataremos da evolução dos direitos fundamentais, das políticas públicas para sua implementação, dos limites da interferência do Poder Judiciário, da possibilidade de invocação do princípio da reserva do possível para o não cumprimento imediato das obrigações constitucionais pelo Estado e da possibilidade de responsabilização estatal por omissão na concretização dos direitos garantidos na Constituição, sempre dando especial enfoque ao direito à saúde.

### 3.2 Direitos fundamentais

A Constituição da República Federativa do Brasil contempla, em seu Título II (artigos 5º a 12), os direitos e garantias fundamentais. Não há, contudo, um caráter taxativo nos referidos artigos, porquanto os direitos fundamentais normatizados não abrangem todas as possibilidades fáticas existentes e que ainda possam surgir. Para Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais possuem um conceito materialmente aberto, na medida em que são

todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).<sup>76</sup>

Ao longo da história do direito, percebe-se uma tendência constante em direção a uma maior limitação do poder do Estado e uma proteção mais eficaz aos direitos fundamentais dos cidadãos, decorrente da luta em defesa de novas liberdades em face de velhos poderes estabelecidos. A partir do século XVIII, os direitos fundamentais passaram a gozar de maior destaque no mundo jurídico, com seu reconhecimento formal pelas primeiras constituições. Atualmente, percebe-se que a proteção dos direitos dos homens ficou mais clara, porquanto a função precípua do Estado Constitucional é a proteção aos direitos fundamentais.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 91. Não adentraremos na distinção terminológica entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, por não ser o objeto deste estudo.

<sup>77</sup> MÂNICA, Fernando Borges. "Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas". **Revista Eletrônica**



Quanto à trajetória percorrida pelos direitos fundamentais em diferentes gerações, analisaremos, em rápida passagem, a doutrina de Paulo Bonavides, que bem explicita a evolução dos direitos do homem ao longo do tempo.<sup>78</sup>

Os direitos fundamentais de *primeira geração* são os direitos de liberdade. Foram os primeiros a ter reconhecimento das Constituições, “não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão”<sup>79</sup>. São de titularidade dos indivíduos, oponíveis contra o Estado, traduzindo-se como faculdade da pessoa e ostentando a subjetividade como traço característico. Destinam-se a limitar o poder do Estado em face do cidadão, corroborando os direitos individuais e fixando a autonomia do indivíduo frente ao poder estatal. Tais direitos, por traduzirem fundamentalmente uma abstenção do Estado em relação à esfera jurídica do indivíduo, são chamados também de *direitos negativos* ou *de defesa* e fazem ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Ao caráter antiestatal dos direitos de primeira geração, aliás, mostra-se indispensável o reconhecimento desta separação. Embora se caracterizem essencialmente pelos direitos relacionados à liberdade, não se resumem a eles, englobando outros que passaram a ser genericamente chamados de direitos civis e políticos.<sup>80</sup>

Os direitos fundamentais de *segunda geração* são os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo do Estado Social. Nasceram junto ao princípio da igualdade, do qual é inseparável, pois do contrário estaríamos desmembrando-os da razão de ser que os ampara e estimula. Foram consagrados a partir da influência da doutrina socialista, e dominaram as Constituições a partir do segundo pós-guerra. Entretanto, tiveram primeiramente um período de baixa normatividade, por tratarem-se de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais, nem sempre

---

**sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 21, março/abril/maio 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-FERNANDO-MANICA.pdf>>. Acesso em 02 de julho de 2010.

<sup>78</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Na opinião do autor, “o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.” (pp. 571-572). Neste trabalho, no entanto, manteremos a expressão “geração”, largamente adotada pela doutrina constitucionalista, pois não se pretende aqui estabelecer uma ordem cronológica entre os direitos fundamentais, como receia Bonavides.

<sup>79</sup> BONAVIDES, Paulo. ob. cit., p. 563.

<sup>80</sup> Ibidem, pp. 562-563.

executáveis por exiguidade, carência ou limitação de meios e recursos. Frente à crise de observância e execução, as Constituições mais recentes, inclusive no Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Até então, prevalecia a ideia de que apenas os direitos de liberdade tinham aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais eram de aplicabilidade mediata, por via do legislador. Agora, os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os de primeira.<sup>81</sup> A possibilidade de controle judicial, ademais, por suscitar importante discussão na doutrina e jurisprudência, será abordada na sequência deste trabalho, no ponto 3.4.

Por sua vez, os direitos fundamentais de *terceira* geração, dotados de elevado teor de humanismo e universalidade, não se destinam unicamente à proteção de um indivíduo, de um grupo humano ou mesmo de um determinado Estado. São os chamados direitos de fraternidade e solidariedade, cristalizados no final do século XX, na esteira dos impactos da revolução tecnológica e científica, com reflexões envolvendo temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. Ao contrário das gerações anteriores, aqui a titularidade dos direitos pertence a todo o gênero humano, como os direitos difusos e coletivos.<sup>82</sup>

Os direitos fundamentais de *quarta* geração, na visão de Paulo Bonavides, são aqueles que decorrem do fenômeno da globalização dos direitos fundamentais, compreendendo, em síntese, o direito à informação, à democracia e ao pluralismo.<sup>83</sup>

### 3.2.1 Direito fundamental à saúde

O direito à saúde é considerado um direito social, enquadrado entre os direitos fundamentais de segunda geração, o qual foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

---

<sup>81</sup> BONAVIDES, Paulo. ob. cit., pp. 564-565.

<sup>82</sup> Ibidem, pp. 569-570.

<sup>83</sup> Ibidem, pp. 570-572.

Nossa Constituição, assim, não só agasalhou a saúde como um bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi além, consagrando expressamente a saúde como direito fundamental e outorgando-lhe uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional.<sup>84</sup>

A saúde, além de sua condição de direito fundamental, também é dever. Isto decorre diretamente do texto constitucional, que dispõe, no art. 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado...”.<sup>85</sup> Nessa linha, afirma Ingo Wolfgang Sarlet que o direito fundamental à saúde pode ser visto como um direito de segunda geração – como comumente é tratado pela doutrina -, mas também pode ser considerado um direito de primeira geração – *direito negativo ou de defesa*. É direito social de segunda geração, na medida em que exige prestações positivas do Estado, ao qual é imposta a obrigação de realizar políticas públicas que busquem a efetivação desse direito à população. Mas também é um *direito negativo ou de defesa*, no sentido de impedir ingerências indevidas do Estado ou de terceiros na saúde do titular. Significa que a saúde, como bem jurídico fundamental, está protegida contra agressões de terceiros. Assim, toda ação do poder público (e também de particulares) que ofenda o direito à saúde é, a princípio, inconstitucional.<sup>86</sup>

Em que pese a inegável importância da dualidade de dimensões proposta, nos restringiremos ao caráter prestacional do direito fundamental à saúde. Como dito anteriormente, os direitos sociais – dentre os quais se inclui a saúde -, exige uma prestação material do Estado, que o faz por meio de políticas públicas. Entramos, aqui, em um ponto de extrema importância, que será objeto de estudo na sequência.

---

<sup>84</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em 07 de setembro de 2010, p.2.

<sup>85</sup> CF/88, Art. 196. *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

<sup>86</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., pp. 7-10.

### 3.3 Políticas Públicas

As políticas públicas podem ser conceituadas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.<sup>87</sup> O termo *política* aqui não conota, evidentemente, a política partidária, mas política em sentido amplo, como atividade de conhecimento e organização do poder, embora na prática não seja tão simples fazer essa distinção.

A política pública não deve ser vista como um ato isolado, mas sim um conjunto de fatores coordenados visando um determinado objetivo. Nesse sentido:

A política ou “polícia” pública, como se usava dizer na antiga linguagem jurídica portuguesa, é um programa de ação governamental. Ela não consiste, portanto, em normas ou atos isolados, mas sim numa *atividade*, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado. Toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, uma meta a ser alcançada e um conjunto de meios ou instrumentos – pessoais, institucionais e financeiros - aptos à consecução desse resultado. São leis, decretos regulamentares ou normativos, decretos ou portarias de execução. São também atos ou contratos administrativos da mais variada espécie. O que organiza e dá sentido a esse complexo de normas e atos jurídicos é a finalidade, a qual pode ser eleita pelos Poderes Públicos ou a eles imposta pela Constituição.<sup>88</sup>

O tema das políticas públicas está diretamente relacionado com o pressuposto de uma atividade de intervenção do Estado na promoção do desenvolvimento econômico, social, cultural, político, etc. A ação de planejamento deve ser voltada ao dever de realização da Constituição, com especial importância em relação aos direitos fundamentais. Assim, as políticas públicas podem funcionar como “uma espécie de teto hermenêutico das práticas administrativas, um conjunto de programas de ação previamente indicados”,<sup>89</sup> as quais servem de baliza para a prática das ações administrativas.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, conceitua política pública como “um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum

<sup>87</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

<sup>88</sup> COMPARATO, Fábio Konder. “O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais”. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (orgs.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 248-249.

<sup>89</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. “Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 325.

de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País”<sup>90</sup>. Não tem dúvidas o autor de que é possível controlar juridicamente as políticas públicas, do mesmo modo que se pode controlar todo e qualquer ato estatal. Confira-se:

Assim como agredir um princípio é mais grave que transgredir uma norma, empreender uma política – que é um plexo de atos – que seja em si mesma injurídica é mais grave que praticar um simples ato contraposto ao Direito. Logo, se é possível atacar o menos grave, certamente será possível atacar o mais grave.<sup>91</sup>

Conclui Bandeira de Mello que há ofensa ao direito tanto na prática daquilo que o ordenamento jurídico proíbe como na omissão de algo que ele manda fazer. Pode-se, então, controlar tanto as condutas produtoras de política pública (atos comissivos) quanto as de omissão de política devida. A legitimidade para opor-se é do Ministério Público e dos habilitados em geral à propositura de ação civil pública<sup>92</sup>, bem como qualquer cidadão que demonstre gravame pessoal em decorrência da política pública empreendida ou indevidamente omitida. O que legitima o cidadão não é simplesmente o gravame, mas o fato de haver subtração de um bem jurídico de que desfrutaria se a ordem jurídica fosse cumprida ou o fato de causar-lhe um prejuízo do qual estaria livre se ela fosse respeitada.<sup>93</sup>

Com o alargamento do universo jurídico, em que os direitos sociais deixam de ser mera declaração retórica e passam a ser positivados na Constituição e em leis, o tema das políticas públicas toma importância no plano do direito. Nesse passo, surge uma interpenetração das esferas política e jurídica, que já não podem mais andar separadas. Disso decorre a atribuição de critérios de qualificação jurídica às decisões políticas, bem como a incorporação no direito de uma postura cada vez mais informada por elementos da política.<sup>94</sup>

<sup>90</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit., p. 808.

<sup>91</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit., p. 808.

<sup>92</sup> Conforme Lei 7.347/85 (que disciplina a ação civil pública), em seu artigo 5º: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

[...]

<sup>93</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit., p. 808

<sup>94</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. op. cit., pp. 241-242.

### 3.3.1 Políticas públicas de saúde

Um dos maiores problemas para a efetivação do direito à saúde reside em seu aspecto político, pois a implantação de políticas condizentes com as questões sanitárias depende da vontade dos Poderes Públicos. O Estado deve garantir a saúde a todos, por força do artigo 196 da Constituição de 1988, com políticas públicas que visem seu cuidado, defesa, proteção e promoção.<sup>95</sup> Sobre a importância do referido dispositivo constitucional, assim manifestou-se o Ministro Celso de Mello:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.<sup>96</sup>

As políticas públicas de saúde são, portanto, o instrumento principal para a realização da ordem insculpida no artigo 196 da Constituição Federal. Entretanto, sua consecução encontra óbice na falta de vontade política. Verifica-se que a saúde é deixada em segundo plano, em detrimento de outras opções políticas. A situação é assim resumida por Germano Schwartz: “Além da população brasileira, algo está doente. É o art. 196 da Constituição Federal.”<sup>97</sup>

As decisões do Poder Público atinentes a seus programas de ação, contudo, já não são impenetráveis para o mundo jurídico. Atualmente, constrói-se cada vez mais a ideia de que, em um Estado Democrático de Direito, é possível controlar tais políticas públicas, relativamente ao procedimento formal e ao conteúdo da decisão do agente público.<sup>98</sup> Tal constatação, entretanto, não é pacífica, e encontra

---

<sup>95</sup> SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 156.

<sup>96</sup> RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>97</sup> SCHWARTZ, Germano. op. cit., p. 156.

<sup>98</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. op. cit., pp. 324-325.

defensores em diferentes correntes de pensamento, que passaremos a estudar a seguir.

### 3.4 Intervenção do Poder Judiciário nas Políticas Públicas

Diante do descaso do Poder Público no tocante à implementação de políticas públicas constitucionalmente resguardadas, formaram-se três correntes acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário: 1) corrente da extrema impossibilidade da intervenção do Judiciário nas políticas públicas; 2) corrente da inequívoca possibilidade de intervenção do Judiciário sempre que houver violação de direito fundamental; 3) corrente da possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas quando envolvam prestações positivas do Estado em casos extremos.<sup>99</sup>

#### 3.4.1 Corrente da impossibilidade de intervenção do Judiciário nas Políticas Públicas

Esta corrente defende, seguindo a aceção clássica de separação de poderes montesquiana, a total inviabilidade de invasão do Judiciário na gestão pública, salvo para fins de estrito controle de legalidade do ato administrativo.<sup>100</sup> A separação dos poderes tem assento na especialização das funções do Estado, sendo permitido o exercício ocasional de determinada função por órgão não especializado, desde que compatível com sua atividade-fim. O Poder Judiciário, por exemplo, muito embora não tenha como atividade-fim a Administração Pública (destinada ao Poder Executivo pela Constituição), pode gerir seus próprios recursos e administrar suas atividades, porquanto tais funções são compatíveis – e até indispensáveis – à sua atividade-fim.<sup>101</sup> O que não se admite, aqui, é a invasão do Judiciário em matérias

---

<sup>99</sup> GARCIA, Rafael Barreto. op. cit., p. 76.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>101</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 149.

que são de competência do Executivo e do Legislativo, não havendo de se cogitar da “substituição do administrador pelo juiz”.<sup>102</sup>

Fernando Mânica<sup>103</sup> sustenta que a definição das políticas públicas e a escolha das prioridades orçamentárias consistem, por meio de avaliação da conveniência e oportunidade, escolhas a serem tomadas pelo administrador público, não permitindo intervenção do Poder Judiciário. Trata-se de atividade discricionária do administrador, tanto na elaboração das leis orçamentárias – cuja iniciativa no Brasil é privativa do Poder Executivo<sup>104</sup> -, quanto no momento da execução do orçamento. Nesse ponto, reside o argumento da discricionariedade<sup>105</sup> do administrador como limitadora da intervenção do Poder Judiciário no orçamento.

São inúmeras as críticas formuladas sobre a possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas. Adotaremos, no entanto, a sistematização concebida por Ana Paula de Barcellos<sup>106</sup>, que as divide em três grandes grupos: primeiro, os argumentos associados ao debate sobre a teoria da Constituição; segundo, o grupo que procura óbices de natureza filosófica; e terceiro, aquele que reúne críticas ditas como operacionais.

O primeiro grupo – críticas decorrentes da teoria da Constituição - defende que o Poder Judiciário não deve imiscuir-se em temas de políticas públicas porque este é reservado constitucionalmente à política majoritária. A definição e a execução das políticas públicas já estão submetidas ao controle dos grupos políticos de oposição e da população em geral, que manifesta sua opinião sobre o assunto por meio do voto. Alega-se que a invasão do Direito no espaço próprio do pluralismo

---

<sup>102</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 407.

<sup>103</sup> MÂNICA, Fernando Borges. op. cit., p. 4.

<sup>104</sup> CF/1988, art. 165: Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I – o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III – os orçamentos anuais.

<sup>105</sup> Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, discricionariedade “é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit., p. 963).

<sup>106</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 118.



político produziria um grave desequilíbrio para a democracia. A Constituição define a competência do Executivo e do Legislativo para a elaboração do orçamento, sua execução e controle, não havendo espaço para intervenção nessa seara pelo Direito.<sup>107</sup>

Em relação ao conjunto de críticas sob uma perspectiva filosófica, expõe a autora:

Trata-se do seguinte: não seria paternalista e presunçoso imaginar que os juristas, e os juízes, tomariam melhores decisões em matéria de políticas públicas que os agentes públicos encarregados desta função? Note-se que não se cuida aqui apenas da questão da legitimidade democrática dos magistrados, mas de sua legitimidade *essencial*. Seriam os juristas mais sábios, teriam um acesso diferenciado ao conhecimento do que é bom ou adequado neste particular? Seriam mais éticos ou mais comprometidos com o interesse público? Essa espécie de pressuposição – associada, inevitavelmente, à ideia de uma aristocracia governante ou dos “reis-filosóficos” – não violaria o fundamento básico dos Estados republicanos, por força do qual, no âmbito da sociedade política, se entende que a opinião de todos tem o mesmo valor?<sup>108</sup>

As críticas de natureza filosófica, portanto, fundam-se na ideia de igualdade de opiniões, não se podendo pressupor que o conhecimento ou as decisões dos juízes estejam num patamar superior aos do agente público encarregado pela elaboração e execução das políticas públicas.

A terceira crítica, por sua vez, tem cunho operacional, ao considerar que o juiz não dispõe de elementos ou condições de aferir, principalmente em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. A preocupação do juiz cinge-se ao caso concreto, e ele fatalmente ignora outras necessidades gerais e a imposição de gerenciar recursos – invariavelmente limitados – para o atendimento de demandas ilimitadas. Ainda que legítimo, o controle judicial de políticas públicas não dispõe de instrumental técnico para efetivá-lo sem acarretar distorções no sistema global de políticas públicas. Alega-se, também, que os indivíduos que vão a juízo pleitear algum bem ou serviço em matéria de direitos fundamentais nem sempre representam a classe menos favorecida da sociedade, cujas necessidades, de regra, não chegam ao conhecimento do Judiciário. Assim, ocorre um deslocamento dos recursos das políticas públicas gerais – das quais se beneficiam

---

<sup>107</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 119.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 122.

diretamente os mais necessitados – para as demandas individuais daqueles que possuem condições de ingressar em juízo.<sup>109</sup>

### 3.4.2 Corrente da possibilidade de intervenção do Judiciário nos casos de violação de direito fundamental

À vista do disposto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988<sup>110</sup> - que garante a aplicação imediata de todas as normas que definem direitos e garantias fundamentais – esta corrente afirma que o Poder Judiciário não pode se desviar da tarefa de concretizá-los, ainda que para isso seja necessária a análise do mérito administrativo. Assume-se, nas hipóteses de direitos fundamentais – sejam eles direitos de defesa ou direito a prestações – a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas. Não se trata, aqui, de definição das políticas públicas, mas sim de respeito às normas constitucionais.<sup>111</sup>

A propósito, ressalte-se o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet:

A norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da nossa Constituição, para além de aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), apresenta caráter de norma-princípio, de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível. Vale dizer, em outras palavras, que das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que se propugna ainda em boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador.<sup>112</sup>

Sustenta-se que o gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais é indispensável para o funcionamento da democracia e para o próprio controle social das políticas públicas. Não havendo o reconhecimento de um conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos não têm condições de exercer sua liberdade, de

<sup>109</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 127.

<sup>110</sup> § 1º - *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

<sup>111</sup> MÂNICA, Fernando Borges. op. cit., p. 9.

<sup>112</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas Considerações...*, p. 9.

participar conscientemente do processo político democrático, bem como de participar do espaço público. Em condições de pobreza extrema, e na ausência de um mínimo de educação e informação, a autonomia do indivíduo na participação do processo democrático está profundamente prejudicada.<sup>113</sup>

Nesse sentido:

Na ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo, este último em suas variadas manifestações: seja nas relações entre Executivo e parlamentares – frequentemente norteadas pela troca de favores -, seja nas relações entre os agentes públicos e a população. Nesse contexto, manipulado em suas necessidades básicas, o povo acaba por perder a autonomia crítica em face de seus representantes. É fácil perceber que corrupção, ineficiência e clientelismo minam a capacidade das políticas públicas de atingirem sua finalidade: garantir e promover os direitos fundamentais.<sup>114</sup>

Haveria aqui um ciclo vicioso: quanto mais falta de controle social, maiores as chances da corrupção, ineficiência e clientelismo crescerem; quanto mais corrupção, ineficiência e clientelismo na gestão das políticas públicas, maior a falta de controle social.

Daí a conclusão de que sempre que o Poder Judiciário estiver atuando na preservação de um direito fundamental ele poderá interferir nas deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – Executivo e Legislativo. O Judiciário poderá intervir quando um direito fundamental estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o *mínimo existencial*<sup>115</sup> de qualquer pessoa.<sup>116</sup>

Em resposta aos que defendem a impossibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas com base na separação dos poderes, esta corrente sustenta que não há, efetivamente, uma separação de poderes, mas sim de funções. “O poder estatal é um só, materializado na Constituição, da qual se extrai que a separação das funções deve viabilizar a máxima efetividade das normas

<sup>113</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., pp.119-120.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 121

<sup>115</sup> No conceito de Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial é “um direito a condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.” TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 266.

<sup>116</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, ano 9, n. 46, nov/dez. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. pp. 39-40.

constitucionais.”<sup>117</sup> Verifica-se, assim, que a separação dos poderes é um instrumento concebido com o objetivo de dar efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista – cuja principal característica é a afirmação dos direitos fundamentais como figura central do sistema jurídico. Apontar o princípio da separação dos poderes como obstáculo à judicialização das políticas públicas seria, destarte, um verdadeiro entrave à efetivação dos direitos fundamentais.<sup>118</sup>

O Poder Judiciário, que historicamente teve plenitude somente nas relações de direito privado, passa a intervir mais ativamente também no espaço público. Não se defende, aqui, a supremacia do Judiciário sobre os outros poderes, mas sim uma supremacia da Constituição.<sup>119</sup> Nesse sentido, leciona Andreas Krell:

Parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir o cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.<sup>120</sup>

Nessa nova ordem jurídica, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, passa-se a admitir que, na inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário pode intervir, mediante aplicação de mecanismos jurídicos previstas pela Carta Magna. Afirma-se, outrossim, que o Estado Democrático de Direito, constitucionalmente instituído, depende muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos ou administrativos. É pela via judiciária que se torna possível a realização de direitos previstos nas leis e na Constituição, e o Judiciário deve servir como via de resistência às ações ou omissões dos Poderes Executivo e Legislativo que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.<sup>121</sup>

Em certas condições, o descumprimento pelo legislador ou pelo Executivo das tarefas constitucionais ligadas aos direitos sociais pode ocasionar uma inconstitucionalidade por omissão. Ressalte-se, nesse ponto, que os meios

---

<sup>117</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>119</sup> Ibidem, pp. 40-42.

<sup>120</sup> KRELL, Andreas J. “Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 29.

<sup>121</sup> STRECK, Lenio Luiz. “As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental”. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 323-324.

processuais do mandado de injunção<sup>122</sup> e da ação de inconstitucionalidade por omissão<sup>123</sup> ainda não surtiram os efeitos desejados pelos Constituintes de 1988.

### 3.4.3 Corrente da possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas quando envolvam prestações positivas do Estado em casos extremos

O Poder Executivo, dentro de suas atribuições, cria as políticas e os programas necessários para a concretização das normas legislativas sobre os direitos sociais. Verifica-se, contudo, com relativa frequência, um baixo nível de qualidade na prestação dos serviços, cuja origem está na não alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, e também na não execução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais. O cumprimento das tarefas sociais e a formulação das respectivas políticas, no entanto, não estão relegadas somente ao governo e à Administração, pois seu fundamento está nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais. Assim, sua observação pelo Poder Executivo pode ser controlada pelo Judiciário. Quando o processo político falha ou se omite na implementação das políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário atuar para a realização desses fins.<sup>124</sup>

Nesse sentido, esta corrente defende a possibilidade de intervenção do Judiciário em determinadas hipóteses, sobretudo naquelas em que a materialização dos direitos garantidos constitucionalmente encontra obstáculo no orçamento e no direito financeiro. O que se estabelece, nesse ponto, é um conflito entre a regra do orçamento público e a materialização dos direitos fundamentais. Defende-se a prevalência do direito fundamental à prestação de políticas públicas, mesmo que para isso o juiz deva determinar a inclusão no plano plurianual<sup>125</sup> ou a realização de

---

<sup>122</sup> CF/1988, art. 5º, LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

<sup>123</sup> CF/1988, art. 103, § 2º: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

<sup>124</sup> KRELL, Andreas J. op. cit., pp. 55-56.

<sup>125</sup> O plano plurianual “tem por objetivo estabelecer os programas e as metas governamentais de longo prazo. É planejamento conjuntural para a promoção do desenvolvimento econômico, do equilíbrio entre as diversas regiões do País e da estabilidade econômica”. TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 172.

uma despesa sem previsão na lei orçamentária anual<sup>126</sup>. Ao sopesar os empecilhos formais com a materialização de direitos, deve prevalecer a efetivação das normas constitucionais, cuja essência reside nos direitos fundamentais.<sup>127</sup>

O papel principal do Judiciário, no entanto, é a fiscalização da atividade administrativa, e não sua substituição. O Poder Executivo pode omitir-se intencionalmente em certas situações, quando, por exemplo, opta por priorizar determinados programas sociais em detrimento de outros almejados por um segmento da sociedade. Sabendo-se que os recursos financeiros são limitados, toda opção do administrador implica na frustração das expectativas de alguma parcela da sociedade. A intervenção judicial positiva, no entanto, só tem lugar naqueles casos em que não exista uma prerrogativa constitucional em favor do Poder Executivo.<sup>128</sup>

Nesse sentido, Eduardo Appio estabelece com precisão os pressupostos para a atividade de revisão judicial das políticas públicas:

1º) a política social já se encontra abstratamente prevista na lei ou na Constituição e corresponde à outorga de direitos coletivos; 2º) o Poder Executivo ainda não implementou a política social prevista na Constituição; 3º) o Poder Executivo, ao implementar a política social, rompeu com o princípio da isonomia (atendimento parcial de um dever constitucional). O autor coletivo deverá, ainda, preencher os seguintes requisitos específicos: 1º) deverá indicar a fonte de financiamento da implantação ou extensão de um programa social; e 2º) terá de respeitar a lei orçamentária anual (princípio da reserva da atividade legislativa).<sup>129</sup>

Daí decorre a necessidade de discriminação das verbas vinculadas à realização de prestações materiais ligadas aos direitos sociais, tornando passível de controle o dever constitucional de efetivação de tais direitos. O Poder Executivo, a quem compete a iniciativa exclusiva das leis orçamentárias (art. 165 da Constituição, vide nota 104), não tem a liberdade para optar entre fazer ou deixar de fazer a previsão destas despesas financeiras, nem entre liberar ou deixar de liberar os recursos para tanto destinados, já que se está diante do atendimento de uma imposição constitucionalmente estabelecida e, portanto, do exercício de ato administrativo vinculado. A liberação das verbas orçamentárias vinculadas às

---

<sup>126</sup> A lei orçamentária anual compreende o orçamento fiscal, o de investimentos das empresas estatais e o da seguridade social. TORRES, Ricardo Lobo. op. cit., p. 175.

<sup>127</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. op. cit., p. 78.

<sup>128</sup> APPIO, Eduardo. op. cit., pp. 167-168.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 168.

políticas de realização de direitos fundamentais não é matéria que entra na área da discricionariedade administrativa.<sup>130</sup>

Ao Poder Executivo, aliás, não cabe suspender a liberação de tais verbas, nem sob o argumento da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme leciona Fábio Konder Comparato:

Deve-se assinalar que o Poder Executivo não está autorizado a suspender a liberação de tais verbas no curso do exercício financeiro, nem mesmo sob o argumento de que as despesas correspondentes ultrapassam os limites impostos pela chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 4.5.2000). Ainda que esta lei assim o estabelecesse, seu mandamento não deveria ser observado, porque seria frontalmente contrário à Constituição. Mas, na realidade, a Lei Complementar 101 contém disposição que ressalva casos como esse, excluindo-os da regra geral limitadora de despesas. “Não serão objeto de limitação – lê-se no art. 9º, §2º, primeira parte, da citada lei – as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente”. Escusa lembrar que as despesas vinculadas à satisfação de direitos fundamentais da pessoa humana constituem deveres constitucionais impostergáveis do Poder Público.<sup>131</sup>

Observa-se, assim, que a Lei de Responsabilidade Fiscal não impõe nenhum empecilho para a realização das despesas voltadas à satisfação dos direitos fundamentais, tal qual a saúde. Já havendo política pública para prestação do direito social, o indivíduo - independentemente de expressa previsão legal ou de verbas orçamentárias específicas – poderá pleitear em Juízo sua inclusão no programa social.<sup>132</sup>

Essa corrente, ao defender a possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas – observadas as condições acima traçadas -, é a que melhor se coaduna com o nosso texto constitucional. Não se chega, aqui, ao extremo de possibilitar a intervenção judicial em todo e qualquer ato dos Poderes Executivo e Legislativo, tampouco à total impossibilidade de invasão do Judiciário na gestão pública. A tese está em posição intermediária, e possibilita a revisão judicial de atos governamentais referentes a políticas públicas previstas legalmente, para, dessa maneira, concretizar os direitos fundamentais do homem.

De outra parte, por adentrar em matéria financeiro/orçamentária, uma vez que toca aos direitos prestacionais devidos pelo Estado, a intervenção judicial nas políticas públicas tem encontrado obstáculo na chamada “reserva do possível”, suscitada pelo Poder Público como limitadora da concretização dos direitos sociais.

<sup>130</sup> COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 256.

<sup>131</sup> COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., pp. 256-257.

<sup>132</sup> APPIO, Eduardo. op. cit., p. 177-178.

Este é o tema do próximo ponto, com especial atenção no tocante ao direito à saúde.

### 3.5 Reserva do possível

#### 3.5.1 Origem e conceito

A reserva do possível tornou-se expressão corrente no contexto das promessas de benefícios sociais, transformadas em direitos fundamentais a partir do “constitucionalismo social” da segunda metade do século XX. Uma característica importante deste constitucionalismo foi a incorporação das pretensões e expectativas dos trabalhadores como direitos fundamentais. Em meio à crise do liberalismo do primeiro pós-guerra (pós 1918), a expressão direito social se referia ao direito do trabalho, nas relações entre empregados e empregadores. Inicialmente, aplicavam-se somente a determinados grupos, considerados vulneráveis. Com o passar do tempo, contudo, foram considerados sociais os direitos de acesso aos serviços prestados de forma universal, tais como a educação e a saúde. Tais prestações constituíam-se em meios de integração social das classes inferiores, não apenas os trabalhadores empregados. Dessa forma, os direitos sociais foram desvinculados dos direitos trabalhistas e adquiriram caráter universal.<sup>133</sup>

Os direitos sociais – direitos fundamentais de segunda geração, como visto anteriormente - dependem de prestação positiva do Estado, e por este fato estão diretamente vinculados à disponibilidade de recursos financeiros. Adquirem, assim, uma dimensão econômica relevante, e a limitação dos recursos públicos constitui um obstáculo à efetivação destes direitos. Em virtude disto, passou-se a defender a chamada “reserva do possível” como limitadora à prestação dos direitos sociais.<sup>134</sup>

A cláusula da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) apareceu pela primeira vez em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional Alemão, em

---

<sup>133</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. “Em torno da reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 173-174.

<sup>134</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...**, pp. 301-304.



decisão conhecida como *numerus clausus*. No caso, o Tribunal analisou questão polêmica proposta por estudantes não admitidos nas universidades de medicina de Munique e Hamburgo, em face da política de limitação de vagas adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão dos estudantes encontrava fundamento no artigo 12 da Lei Fundamental alemã, segundo o qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”.<sup>135</sup>

Em sua decisão, a Corte alemã entendeu que o direito à prestação positiva (como o aumento de vagas na universidade) está sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o sujeito pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Por esclarecedora, trazemos a conclusão de Ingo Sarlet sobre a decisão do Tribunal Constitucional alemão:

A prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador.<sup>136</sup>

Para Sarlet, a reserva do possível comporta uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade de recursos financeiros para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos, no que tange à distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; e c) na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade. Todos os aspectos guardam vínculo entre si, e devem ser equacionados conjuntamente, levando em conta ainda outros princípios constitucionais. A reserva do possível constitui, assim, uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas poderá agir também como sua garantidora, nas hipóteses de conflito de direitos, quando se invocar a indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo fundamental de outro direito fundamental.<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> MÂNICA, Fernando Borges. op. cit., p. 11.

<sup>136</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 304.

<sup>137</sup> Ibidem, pp. 304-305.

### 3.5.2 A Reserva do Possível e o Direito à Saúde no Brasil

Em sua origem, a teoria da reserva do possível não se refere, como visto, unicamente à existência de recursos materiais suficientes à concretização dos direitos sociais, mas também à razoabilidade da pretensão deduzida. Todavia, a interpretação e transposição que se fez da teoria, especialmente no Brasil, tornou-a uma “teoria da reserva do financeiramente possível”, abarcando a insuficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa como limites para a efetivação de direitos fundamentais.<sup>138</sup>

Sobre o ponto, bem assinala Ana Paula Barcellos:

Na ausência de um estudo mais aprofundado, a *reserva do possível* funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas.<sup>139</sup>

Como já referido, o direito fundamental à saúde, na condição de direito prestacional, exige do Poder Público uma atuação positiva. O Estado, por sua vez, possui limitações materiais que, muitas vezes, o impossibilitam de atender às prestações reclamadas, devido à escassez de recursos. A capacidade estatal de prestar saúde está, portanto, limitada e restrita, constituindo-se a reserva do possível em um limite fático à efetivação do direito. Importa referir que, em países desenvolvidos, torna-se viável observar os limites da reserva do possível e ainda assim manter um padrão mínimo de dignidade da pessoa humana, pois nestes locais o mínimo existencial é garantido de forma eficaz a todos os cidadãos. Infelizmente, esse mínimo existencial não é observado no Brasil.<sup>140</sup>

A dificuldade em aplicar a reserva do possível em solo nacional, segundo Andreas Krell, deve-se à adaptação mal feita da teoria surgida na jurisprudência da Alemanha, que entende estarem os direitos subjetivos a prestações do Estado

<sup>138</sup> MÂNICA, Fernando Borges. op. cit., p 12.

<sup>139</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Fundamentais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 237.

<sup>140</sup> RIGO, Vivian. “Saúde: direito de todos e de cada um”. In: ASSIS, Araken de (coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, p. 177.

sujeitos à disponibilidade de recursos. Para a teoria alemã, a decisão sobre a disponibilidade de recursos cabe aos órgãos governamentais, no limite de sua discricionariedade, e ao parlamento, por meio da elaboração dos orçamentos. Contudo, em virtude das enormes disparidades entre Brasil e Alemanha, ao adotar a teoria da reserva do possível e condicionar a realização dos direitos sociais à existência de recursos disponíveis, no contexto brasileiro, estar-se-ia reduzindo a eficácia dos direitos à zero.<sup>141</sup>

Ainda que se deva reconhecer a existência da reserva do possível na esfera dos direitos fundamentais de cunho prestacional, estes não podem perder sua eficácia. A reserva do possível, sempre que invocada, deve ser sopesada com a idéia do mínimo existencial, significando que o Estado deve prestar a cada indivíduo o mínimo necessário para garantir a sua sobrevivência. Não se pode, assim, entender como razoável a escassez de recursos financeiros por parte de Poder Público como justificativa da não observância do direito à saúde.<sup>142</sup> A reserva do possível não pode ser um obstáculo da intervenção judicial, tampouco motivo para a omissão do Estado na efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido:

[...] as limitações da reserva do possível não são, em si mesmas, uma falácia, como já se disse mais de uma vez entre nós. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes, assim como a deficiente aplicação dos mesmos.<sup>143</sup>

Prossegue Ingo Wolfgang Sarlet, com habitual exatidão:

Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação de poderes.<sup>144</sup>

<sup>141</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. São Paulo: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

<sup>142</sup> RIGO, Vivian. op. cit., p. 178.

<sup>143</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 380.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 454.

Em contraponto, está a posição de Gustavo Amaral, ao sustentar que, para arguir a reserva do possível, “teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas”<sup>145</sup> e, por consequência, “demonstrada a ponderabilidade dessas razões, não poderia o Judiciário se substituir ao Administrador”.<sup>146</sup> Para exemplificar, o autor traz o seguinte exemplo: o Estado dispõe de recursos suficientes ou para tratar milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou para tratar um pequeno número de pacientes terminais com doenças raras e de improvável cura. Nessa situação, não poderia o Judiciário ser chamado a decidir, pois a legitimidade da pretensão das duas categorias de doentes é igualmente legítima, porém faticamente excludentes.

Andreas Krell rebate com propriedade os argumentos de Amaral, afirmando que a resposta coerente para o exemplo ilustrado, com base na Constituição de 1988, seria a de tratar todos, sem exceção. Caso os recursos fossem insuficientes, deveriam ser retirados de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida), nas quais a aplicação não está tão diretamente ligada aos direitos essenciais do homem: a vida, a integridade física e a saúde.<sup>147</sup>

Convém destacar, aqui, a importante decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45<sup>148</sup>, que versa sobre o direito à saúde e traz uma análise da reserva do possível. Trata-se de decisão paradigmática, pois nela são feitas ponderações acerca da limitação de recursos financeiros e dos custos dos direitos sociais. Celso de Mello afirma que a formulação e a implementação das políticas públicas não são, ordinariamente, matérias incluídas no âmbito da “função institucional do Poder Judiciário”,

---

<sup>145</sup> AMARAL, Gustavo. “Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes”. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 116.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 117.

<sup>147</sup> KRELL, Andreas J. op. cit., p. 53.

<sup>148</sup> A ADPF 45 foi impetrada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra veto do presidente da República ao § 2º, do art. 55, da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 10.707/03). Tal dispositivo considera como ações e serviços públicos de saúde “a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiado com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza”. O autor alegou que o veto presidencial reduz a quantidade de recursos disponíveis para aplicação em “ações e serviços públicos de saúde”, em confronto com a Emenda Constitucional n. 29, a qual estabelece no art. 198 da Constituição Federal, § 2º, que os entes da federação devem vincular determinado percentual, a ser estabelecido em lei complementar, para aplicar em ações e serviços públicos de saúde.

ressaltando, por outro lado, que este poderá intervir, excepcionalmente, quando a omissão dos órgãos políticos competentes comprometer a eficácia e a integralidade dos direitos fundamentais. Reconhece o Ministro que os direitos fundamentais de segunda geração dependem, em grande medida, “de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado”, e que “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar”.

Com base nessas premissas, a decisão passa a traçar uma análise focada na reserva do possível, chegando a afirmar que “comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”. Por outro lado, aponta Celso de Mello, com acerto, no tocante à reserva do possível:

[...] não se mostrará lícito, no entanto ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência  
[...] a cláusula da “reserva do possível” [...] não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.<sup>149</sup>

Prossegue a argumentação no sentido de que a reserva do possível impõe condicionamentos ao processo de concretização de direitos de segunda geração, “de implantação sempre onerosa”, e que podem ser traduzidos no binômio: “(1) razoabilidade da pretensão em face do Poder Público e (2) existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetiva as prestações positivas dele reclamadas”. Os dois componentes desse binômio devem estar juntos para que um direito possa ser exigido do Estado. Conclui o Ministro, então, que a reserva do possível não pode servir de justificativa para a inércia estatal irrazoável que comprometa “as condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo”, justificando-se a intervenção do Poder Judiciário nesses casos.

Conclui-se, portanto, que deve ser encarada com ressalvas a possibilidade de invocação da reserva do possível como limitadora fatal dos direitos fundamentais,

---

<sup>149</sup> ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

em especial do direito à saúde. Não se pode arguir a limitação de recursos como um argumento que impeça a intervenção judicial, tampouco servir de desculpa genérica para a omissão estatal na efetivação dos direitos sociais. A defesa de um mínimo existencial, o qual deve ser assegurado pelo Estado aos cidadãos, merece ser privilegiada, cabendo ao Poder Público o ônus de comprovar a indisponibilidade de recursos e a correta alocação dos recursos existentes.

### **3.6 Responsabilidade solidária dos entes da Federação na concretização do direito à saúde**

O direito à saúde é tratado em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988. Trata-se não só da proteção implícita à saúde, quando se assegura o direito fundamental à vida (como, por exemplo, no *caput* do artigo 5º), mas também de sua expressão como direito social (artigo 6º). Quanto à competência para atuação na área da saúde, temos os artigos 23 e 30:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

Verifica-se, na análise destes dispositivos constitucionais, que a promoção e preservação da saúde cabem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, de acordo com o artigo 23. O artigo 30, VII, por sua vez, confere aos Municípios o dever de prestar serviços de atendimento à saúde, com o auxílio técnico e financeiro da União e do Estado. Este dispositivo detalha e reafirma o conteúdo do artigo 23, e confere ao Município a função de principal prestador dos serviços de saúde. De qualquer forma, todos os entes da Federação têm o dever de prestar serviços públicos nesta área.<sup>150</sup>

Trata-se de responsabilidade solidária, empreendida pela cooperação técnica da União e dos Estados aos Municípios. Partindo da previsão de uma competência

---

<sup>150</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, pp. 137-138.

comum para atuação na saúde, a Constituição determina ainda que as ações e serviços públicos integram uma rede regionalizada e hierarquizada, que constituem um sistema único. É o Sistema Único de Saúde – SUS, cujas principais características estão no artigo 198 da CF:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Nesses termos, a Constituição retira dos Estados-membros e do Município a possibilidade de disporem livremente sobre a forma de execução das políticas públicas de saúde, havendo a necessidade de aplicar os parâmetros estabelecidos no âmbito do sistema único, cujas diretrizes são nacionais. Trata-se de um caso de tratamento diferenciado, porquanto a atuação conjunta e coordenada dos entes da Federação é uma imposição constitucional. Assim, o SUS – que tem seu funcionamento e organização delineados pela Lei n. 8.080/1990 – compreende um conjunto de ações e serviços de saúde prestados por institutos federais, estaduais e municipais, não havendo entre as entidades federativas uma relação de subsidiariedade, mas sim de solidariedade.<sup>151</sup> As partes que integram o sistema precisam estar ordenadas, submetendo-se a princípios fundamentais, sob pena de se reduzirem a um conjunto de “singularidades desconexas”.<sup>152</sup>

Contudo, em que pesem as disposições constitucionais e as atribuições elencadas pela Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/1990), não ficou claramente estabelecida a competência individual de cada um dos entes da federação no tocante à execução das políticas públicas e a concretização do direito fundamental à saúde. E isso pode ter consequências trágicas. Caso emblemático foi noticiado pela revista *Época*, na edição de 13 de setembro de 2010<sup>153</sup>. Em sua matéria de capa, o periódico semanal veicula a história de um garoto de quatorze anos que morreu em decorrência do não atendimento, pelo Estado, de uma ordem judicial de fornecimento de um aparelho que o ajudasse a respirar. Vítima de doença respiratória aguda, o menino procurou a Defensoria Pública do Estado do Rio de

---

<sup>151</sup> CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: Evolução, Normatização e Efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, 126.

<sup>152</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. op. cit., p. 150.

<sup>153</sup> *ÉPOCA*, nº 643, 13 de setembro de 2010. Rio de Janeiro: Globo, 2010, pp. 94-101.

Janeiro, que entrou com ação judicial para o fornecimento do equipamento respiratório. Foi deferida medida liminar, determinando que a União, o Estado ou o Município do Rio de Janeiro disponibilizassem o aparelho – cujo custo mensal gira em torno de R\$ 520,00 (quinhentos e vinte reais). A partir daí, o que se observou foi um verdadeiro “jogo de empurra”, em que União, Estado e Município alegaram não ser responsáveis pelo cumprimento da ordem judicial. Em virtude da demora no fornecimento do equipamento, o garoto faleceu.

Temos aqui um exemplo trágico da falha na delimitação da competência relativa às demandas da área da saúde. A Constituição Federal de 1988 e a Lei n. 8.080/90 conferiram a todos os entes da federação a responsabilidade pela saúde pública, porém deixaram de individualizar os serviços e ações concernentes a cada um. E, como é cediço, quando a responsabilidade é de todos, ela não é de ninguém. O jogo de empurra entre os entes federados distorce o real objetivo do texto constitucional, que é garantir o acesso aos serviços de saúde de maneira integral, e cuja implementação se dará pela atuação de todos – União, Estados e Municípios -, mormente em se tratando de uma área tão carente de prestações positivas do Poder Público.

Nos casos como o relatado acima, em que é evidente a desídia da Administração no cumprimento de seu dever legal de cuidar da saúde pública, incide a responsabilidade civil do Estado, que deve indenizar a vítima do dano provocado pelas falhas no Sistema Único de Saúde. Este é o tema do próximo ponto, que encerra o estudo proposto neste trabalho.

### **3.7 Responsabilidade objetiva do Estado por omissão inconstitucional à luz do princípio da proporcionalidade**

O Sistema Único de Saúde brasileiro é responsável pelo atendimento de milhões de brasileiros, que dele dependem para ter garantido seu direito fundamental à saúde. No entanto, pela enorme abrangência do sistema, são constantes os casos de omissão ou a precariedade dos serviços prestados. Diante da inegável importância do direito à saúde, e considerando ainda o descaso dos órgãos estatais com o tema, urge conceber uma solução para os problemas da



saúde pública brasileira. A técnica da responsabilização objetiva do Estado por omissão, conforme exposta no primeiro capítulo, surge como instrumento eficaz na luta contra a ineficiência estatal na concretização dos direitos fundamentais do cidadão. O comando do art. 37, § 6º deve ser utilizado em prol dos indivíduos impedidos de viver de forma digna e saudável, e nesse ponto se faz essencial a responsabilização do Estado omissor. Cabe ressaltar, aqui, o acertado posicionamento de Anderson Lobato, para o qual é cabível condenar o Estado omissor “a indenizar todo cidadão que se encontra impedido de exercer um direito reconhecido pela Constituição, o que obrigaria os governantes a refletir sobre os reais custos da implementação do respectivo serviço público”.<sup>154</sup>

Para tanto, adotaremos aqui o entendimento de Juarez Freitas, que analisa a responsabilidade estatal à luz do princípio da proporcionalidade. Segundo o autor, tal princípio deve nortear a ação da Administração Pública, a fim de evitar tanto o excesso quanto a inoperância. Havendo nexos causal entre a ação ou omissão do Estado para a ocorrência de dano juridicamente injusto surge o dever reparatório ou compensatório, incumbindo ao Poder Público o ônus da prova da não formação do nexo causal.<sup>155</sup> O princípio constitucional da proporcionalidade exige do Estado uma atuação equilibrada, impondo ao Poder Público uma atuação pautada nem pela demasia nem pela inoperância no cumprimento de seus objetivos. Toda desproporção – para mais ou para menos – caracteriza violação ao princípio e, por consequência, antijuridicidade.

Traçaremos, primeiramente, um panorama do princípio da proporcionalidade, para depois adentrar mais a fundo na responsabilidade por omissão inconstitucional.

### 3.7.1 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é concentrado no estudo de casos concretos, atuando como método para confirmar ou destituir a escolha feita pelo Estado. Todo ato administrativo deve ser pautado pela adequação entre os meios

---

<sup>154</sup> LOBATO, Anderson Cavalcante apud KRELL, Andreas J. op. cit., p. 100.

<sup>155</sup> FREITAS, Juarez. “Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância”. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 172-173.

utilizados e os fins alcançados, bem como pela necessidade daquele instrumento. Dessa análise, resta demonstrado se o caminho escolhido pelo agente público é o melhor para o caso, ou se existem outros que atingiriam o mesmo fim sem gerar tanto conflito.<sup>156</sup>

No tocante ao direito à saúde, o princípio da proporcionalidade é um critério de harmonização que permite balancear o direito fundamental em jogo com eventuais direitos, valores e princípios contrapostos. Nesse sentido, relaciona-se estreitamente com as restrições impostas pela reserva do possível, o princípio da separação dos Poderes e o princípio federativo<sup>157</sup>, o que já foi objeto anterior deste estudo.

A doutrina e a jurisprudência desenvolveram um método de aplicação do princípio da proporcionalidade dividido em três fases, também conhecidos por subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Quando houver alguma medida que restrinja direito fundamental – como é o caso da saúde -, deve-se passar pelo cumprimento destes três requisitos, sob pena de ser considerada desproporcional e, por decorrência, inválida.<sup>158</sup>

### *3.7.1.1 Adequação*

A medida adequada é aquela que leva à realização do fim. A adequação, portanto, exige uma relação empírica entre os meios e os fins. Para tanto, o Administrador deve lançar mão de um meio cuja eficácia contribua para a obtenção gradual do fim. Para sabermos se um meio é adequado, faz-se necessária a análise das espécies de relação existentes entre os meios disponíveis e o fim que se pretende alcançar. A análise desta relação, segundo Humberto Ávila<sup>159</sup>, passa por três aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilidade (certeza).

---

<sup>156</sup> ZIMMER FILHO, Aloísio. op. cit., p. 147.

<sup>157</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 121-122.

<sup>158</sup> Ibidem, p. 125.

<sup>159</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 165.

No aspecto quantitativo, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, o meio pode ser pior, igual ou melhor para a promoção do fim em relação a outro meio. Já em termos probabilísticos, um meio pode servir com menos, igual ou mais certeza para a realização do fim<sup>160</sup>. A questão é assim explicada por Ávila, que traz um exemplo esclarecedor da situação:

Isso significa que a comparação entre os meios que o legislador ou a administrador terá de escolher nem sempre se mantém em um mesmo nível (quantitativo, qualitativo ou probabilístico), como ocorre na comparação entre um meio mais fraco e outro mais forte, entre um meio pior e outro melhor, ou entre um meio menos certo e outro mais certo para a promoção do fim. A escolha da Administração na compra de vacinas para combater uma epidemia pode envolver a comparação entre uma vacina que acaba com todos os sintomas da doença (superior em termos quantitativos) mas que não tem eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos) e outra vacina que, apesar de curar apenas os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativos), já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probabilísticos).<sup>161</sup>

Feitas essas ponderações, Ávila conclui que o Administrador deve escolher um meio que simplesmente promova o fim, mesmo que o meio escolhido não seja o mais intenso, melhor e mais seguro. A um, porque nem sempre é possível saber, dentre os meios adequados, qual o mais intenso, melhor e mais seguro para a promoção do fim, pois isso depende do volume de informações disponíveis. A dois, porque o princípio da separação dos Poderes exige respeito à vontade dos Poderes Legislativo e Executivo, sendo que a liberdade da Administração seria reduzida se, posteriormente à adoção da medida, o aplicador pudesse dizer que ela não é a mais adequada. A três, porque a racionalidade exige que todas as circunstâncias do caso concreto sejam analisadas. A imediata exclusão de um meio que não é o mais intenso, melhor e mais seguro impede a consideração de outros argumentos para fundamentar a escolha.<sup>162</sup>

### 3.7.1.2 *Necessidade*

O subprincípio da necessidade envolve a verificação da existência de outros meios alternativos àquele escolhido pelo Poder Público, que possam alcançar o fim

---

<sup>160</sup> ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 166.

<sup>161</sup> Ibidem, p. 166.

<sup>162</sup> Ibidem, pp. 166-167.

sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Deve-se, primeiro, examinar se os meios alternativos promovem igualmente o fim, e, depois, analisar o meio menos restritivo, que é aquele que restringe em menor escala os direitos fundamentais colateralmente afetados.<sup>163</sup>

Esse exame envolve certo grau de complexidade, pois a comparação do grau de restrição dos direitos fundamentais e do grau de promoção da finalidade não é de fácil solução. Na comparação de meios cuja intensidade de promoção ao fim é o mesmo, divergindo apenas no grau de restrição, a escolha é tranquila pelo meio menos restritivo. O problema surge quando os meios divergem não só no grau de restrição dos direitos fundamentais, mas também no grau de promoção da finalidade. Nestes casos, a ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção é inevitável, e há a necessidade de esclarecimento quanto ao objeto da ponderação e os efeitos que a escolha pode causar.<sup>164</sup> Como lembra Juarez Freitas, o objetivo do subprincípio da necessidade pode ser traduzido pelo jargão popular: “dos males, o menor”.<sup>165</sup>

### 3.7.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito

A cláusula da proporcionalidade *stricto sensu* exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. Deve-se questionar se as vantagens causadas pelo fim almejado justificam as restrições causadas aos direitos fundamentais e se são proporcionais a estas restrições. O exame é complexo, pois o julgamento do bem jurídico que deve preponderar é fortemente subjetivo.<sup>166</sup>

Trata-se, aqui, de uma relação de custo/benefício. A proporcionalidade em sentido estrito indaga pelo preço a pagar pelos meios adotados para a obtenção de determinado fim. O subprincípio implica “o exercício adequado, necessário e razoável do poder-dever de hierarquizar princípios e regras nas relações de

---

<sup>163</sup> ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 170.

<sup>164</sup> Ibidem, pp. 172-173.

<sup>165</sup> FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos..., cit., p. 65.

<sup>166</sup> ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 173.

administração.”<sup>167</sup> Temos, aqui, um princípio vinculante das relações de administração pública, no âmbito da escolha das “prioridades fundamentadas e hierarquizações consistentes na tomada de decisões.”<sup>168</sup>

### 3.7.2 Responsabilidade objetiva por omissão inconstitucional na prestação de serviços de saúde

Com base no exposto, podemos inferir que o princípio da proporcionalidade veda tanto os excessos quanto a inoperância do Poder Público. Com essas premissas, pode-se fazer o cotejo para definir se a omissão estatal é ou não proporcional. Mostrando-se desproporcional, configurará violação antijurídica, gerando o dever indenizatório. O administrador público “está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos.”<sup>169</sup>

Em sede de responsabilização estatal por omissão, a falta de cumprimento dos deveres gera a obrigação de indenizar, salvo quando constatadas as excludentes. A omissão é, assim, *causa* do dano, e não apenas *condição* ou *situação propiciatória* para a ocorrência do evento danoso. Desse modo, tratando-se de inatividade ensejadora do nexos causal direto e imediato (em razão do descumprimento de dever positivo), haverá responsabilidade do Estado – proporcional e objetiva -, ao qual incumbirá a prova das causas de exclusão.<sup>170</sup>

Nesse sentido, cabe destacar julgamento do Supremo Tribunal Federal, de lavra do Ministro Celso de Mello, em confluência com o posicionamento defendido:

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (...) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público (...). O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar

<sup>167</sup> FREITAS, Juarez. op. cit., p. 66.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>170</sup> FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado..., cit, p.181.

proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino.<sup>171</sup>

Para os fins deste trabalho, releva grifar a lição de que os direitos fundamentais, dentre os quais se incluem os direitos sociais (saúde e educação, entre outros), possuem aplicabilidade imediata, o que obriga o Estado a agir de maneira a garantir a máxima eficácia dos direitos assegurados pela Constituição. Nesse sentido, ensina com precisão Juarez Freitas:

A Constituição Federal, no seu art. 5º, §1º, determina aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (inclusive os sociais, relacionados a serviços públicos – tais como o direito à saúde e à educação), donde segue a *imprescindibilidade da escolha administrativa apropriada à concretização eficaz*. Nesse contexto, a *técnica da responsabilização dilatada (e da sindicabilidade aprofundada) desponta como a mais aconselhável jurídica e sociologicamente*, ao se observar que o Poder Público oscila impunemente entre dois pecados assaz comuns: a negação da eficácia dos direitos fundamentais e sua afirmação claudicante. Desproporcional em ambas as situações.<sup>172</sup>

Ainda em defesa da responsabilidade objetiva, argumenta-se que a perquirição de culpa nos casos de omissão significa a persistência de danos sem a devida indenização, uma vez que o Estado brasileiro se omite reiteradamente no cumprimento dos direitos fundamentais dos cidadãos. O Estado tem o dever de zelar pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, e a omissão é punível quando desacompanhada de motivos plausíveis. Os direitos fundamentais, afinal, vinculam de modo cogente, e devem pautar o direito administrativo. Toda vez que a inoperância do Estado violar direitos e garantias constitucionais, sem prova das excludentes, aplica-se o art. 37, § 6º da Constituição Federal.<sup>173</sup>

Na mesma linha, o Ministro Celso de Mello assentou o seguinte entendimento na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1439/DF:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação

<sup>171</sup> RE 109.615-RJ, rel. Min. Celso de Mello.

<sup>172</sup> FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 74.

<sup>173</sup> FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado..., cit, p.182-185.

que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

[...]

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.

O voto do Ministro Celso de Mello traduz com precisão a necessidade premente de repelir a inércia estatal, por estar em afronta com a Constituição. O Estado omissor incide em violação negativa do texto constitucional, e impede, por sua inoperância, a materialização dos direitos dos cidadãos.

Conclui-se, portanto, que havendo omissão do Poder Público na materialização de políticas públicas atinentes à efetivação dos direitos fundamentais (notadamente na área da saúde), da qual decorra dano juridicamente injusto, haverá obrigação do Estado em indenizar, por estar caracterizada a inatividade no cumprimento de um dever estatal constitucionalmente instituído. Pode-se citar como exemplo, aqui, a morte de paciente ocasionada pela falta de vagas em hospitais públicos ou pela demora no atendimento pelo Sistema Único de Saúde – SUS, devido à precariedade do sistema. Lembremos, também, do caso narrado anteriormente, em que um garoto de quatorze anos perdeu a vida em virtude do não atendimento, pelos entes públicos, de ordem judicial determinando o fornecimento de aparelho respiratório. Em todas essas situações, há responsabilidade do Estado, que não cumpriu com seu dever de cuidar da saúde. Não se quer, assim, transformar o Poder Público em segurador universal, pois sempre haverá a possibilidade de aventar as excludentes do nexo causal. O que se prega é que, havendo omissão estatal na realização de seus deveres constitucionais, o Estado deverá ser responsabilizado, proporcional e objetivamente, por sua desídia.

## 4. CONCLUSÃO

A responsabilidade civil do Estado – obrigação indenizatória dos danos lesivos a terceiros em virtude da ação ou omissão estatal – percorreu longo caminho até chegar ao estágio atual. O estudo do processo evolutivo encontra raízes sobretudo no Direito Francês, no qual a matéria foi desenvolvida com maior destaque.

A primeira teoria de que se tem informação é a da total irresponsabilidade do Poder Público, que vigorava nos Estados despóticos e absolutistas dos séculos XVIII e XIX e vinha ao encontro da posição hierarquicamente superior do Estado em relação aos seus súditos. Com o advento do Estado de Direito, porém, tal teoria foi abandonada, dando espaço à teoria da responsabilidade subjetiva, também conhecida por teoria civilista. A nova tese estava baseada na obrigação de indenizar em razão de ato – culposos ou dolosos - contrário ao Direito. É deixada de lado, assim, a visão do Estado como ente supremo, e passa-se a reconhecer a responsabilidade estatal em relação a alguns atos. A teoria civilista, no entanto, encontrou problemas de aplicação devido à difícil distinção entre os atos de império (contra os quais não incidiria responsabilidade) e os atos de gestão (passíveis de gerar responsabilidade), e acabou perdendo terreno em decorrência do predomínio das normas de Direito Público sobre as normas de Direito Privado no tocante às relações entre Administração e administrados.

Nesse passo, vem à tona a teoria da culpa administrativa, adotando a ideia da *faute du service*, aplicável aos casos em que o serviço público não funciona, funciona mal ou atrasado. Essa teoria demonstra significativo avanço em relação às anteriores, pois basta a constatação do dano causado por defeito na execução de um serviço para a responsabilização do Estado. Contudo, esta responsabilidade ainda é subjetiva, pois sempre baseada na culpa.

Chegamos, então, à teoria da responsabilidade objetiva do Estado, baseada no conceito de risco administrativo. Basta, para a configuração da responsabilidade estatal, a existência de nexo causal entre o fato imputável à Administração e o dano. Temos aqui um evidente progresso, porquanto a nova teoria confere maior benefício ao lesado, que fica dispensado de comprovar a culpa do Poder Público na conduta



geradora do dano. O fundamento está no princípio de igualdade de ônus e encargos sociais, na medida em que a atividade pública gera risco aos administrados e possibilita a ocorrência de danos a certos membros da comunidade. Como forma de compensação dessa desigualdade individual, todos os outros indivíduos arcam com a reparação do dano, por meio do erário público. Entendemos que esta é a teoria que mais se coaduna com o Estado Democrático de Direito, pois iguala os cidadãos e retira do Estado a condição de ente superior, imputando-lhe a responsabilidade pelos danos causados por seus agentes. Ressalte-se, nesse ponto, que a teoria do risco administrativo não se confunde com a teoria do risco integral. Ao contrário desta, aquela admite as excludentes do nexo causal, o que evita as situações de visível injustiça que a adoção do risco integral acarretariam, transformando o Estado em verdadeiro segurador universal. No Brasil, a responsabilidade objetiva do Estado foi consagrada constitucionalmente a partir de 1946, estando atualmente estabelecida pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988.

Importa salientar os pressupostos para a configuração da responsabilidade objetiva, que são três: o *fato administrativo*, considerado como a conduta, comissiva ou omissiva, atribuível ao Poder Público; o *dano* juridicamente injusto, que deve ser certo e especial; e o *nexo causal* entre o fato administrativo e o dano. O nexo causal, sem dúvida, é o que merece estudo mais aprofundado, pois a análise do nexo de causalidade - e de suas excludentes - possibilita a aplicação plena da teoria da responsabilidade objetiva, de modo razoável e proporcional. O Brasil adota, atualmente, a teoria do dano direto e imediato na verificação do nexo causal. A posição do Supremo Tribunal Federal está no sentido de que a fluência de lapso temporal entre a conduta imputável ao Estado e a produção do dano quebra a cadeia causal. Tal entendimento, no entanto, deixa de considerar um elemento importantíssimo para a verificação do nexo de causalidade: a *necessariedade da causa*. Consideramos que a análise deve se dar sob o ponto de vista lógico, importando investigar se o dano é consequência necessária da conduta estatal, ainda que esta não seja temporalmente próxima ao dano.

Merece destaque a divergência doutrinária no tocante à natureza da responsabilidade do Estado por omissão. Sem menosprezar os argumentos daqueles que sustentam a responsabilidade subjetiva (com a necessária perquirição dos elementos culpa e dolo), entendemos que esta deve ser objetiva, assim como

ocorre com os atos comissivos. Destacamos a posição de Marçal Justen Filho, que divide as situações de omissão própria (em que o Estado tem o dever de agir) e omissão imprópria (nas quais não há imposição legal de agir, mas a atuação estatal é o meio para evitar o evento danoso), defendendo que em ambas as situações a responsabilidade do Poder Público é objetiva, por infração ao dever jurídico de diligência. Juarez Freitas, na mesma linha, advoga pela responsabilidade objetiva por omissão e defende a presunção de existência do nexo causal, subordinada às excludentes, com a inversão do ônus da prova. A omissão estatal deve ser considerada causa do dano, e não mera situação propiciatória. Entendemos ser correta a teoria da responsabilidade objetiva por omissão, por se tratar de um instrumento eficaz no combate da ineficiência do Poder Público na efetivação de seus deveres constitucionais.

Ao Poder Público, pela teoria do risco administrativo, é permitido afastar sua responsabilidade nos casos de excludentes do nexo causal. As hipóteses que afastam a obrigação indenizatória são o *fato da vítima* (quando a vítima é quem efetivamente propicia o dano), o *fato de terceiro* (pessoa diversa do aparente causador do dano foi o responsável pela conduta lesiva), *força maior* (o fato danoso tem origem externa, estranha ao serviço público) e a *reserva do possível* (em situações extremas, quando o Estado não dispõe de recursos financeiros ou materiais para destinar ao caso concreto). Em que pese a posição de boa parte da doutrina administrativista defendendo o contrário, concluímos que o caso fortuito não pode ser invocado como causa de exclusão do nexo causal, por estar ligado a situações inerentes à própria atividade estatal, confundindo-se com a falha na prestação do serviço.

A responsabilidade objetiva por omissão assume especial relevo no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, com relevância para os direitos sociais (direitos fundamentais de segunda geração), que dependem de uma atuação positiva do Estado para sua implementação. O Poder Público materializa os direitos sociais dos cidadãos por meio de políticas públicas, que são os programas de ação governamental voltados à realização de objetivos politicamente determinados. No que tange ao direito fundamental à saúde, cuja garantia incumbe ao Poder Público, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, verifica-se que a consecução de políticas públicas encontra óbice na falta de vontade governamental. Trata-se de

situação deveras censurável, pois o Estado não pode mostrar indiferença aos problemas de saúde da população, sob pena de incidir, por omissão sua, em comportamento inconstitucional.

Frente ao descaso em relação à implementação das políticas públicas, o Poder Judiciário é chamado a intervir. A possibilidade de intervenção judicial, no entanto, não encontra posição pacífica entre os juristas, havendo três correntes sobre o tema. Há os que defendem a total impossibilidade, por ser matéria de competência do administrador público, impenetrável pelo Judiciário. Outro grupo sustenta a possibilidade de intervenção judicial sempre que houver violação de direitos fundamentais, pois estes possuem aplicabilidade imediata e o Poder Judiciário não pode se desviar da tarefa de concretizá-los. Entendemos, porém, ser mais acertada a terceira posição, que sustenta a possibilidade de intervenção judicial quando o Poder Executivo não implementa política pública já prevista em lei ou na Constituição, ou o faz de maneira insatisfatória. Não se chega, assim, aos extremos de possibilitar total invasão do Poder Judiciário na gestão pública, tampouco à total impossibilidade de intervenção judicial. Esse posicionamento combate a omissão do Estado na realização de suas tarefas legalmente previstas, visando, sobretudo, à concretização dos direitos sociais dos cidadãos.

A intervenção judicial nas políticas públicas relacionadas aos direitos prestacionais devidos pelo Estado assume uma dimensão econômica relevante, e a limitação dos recursos públicos constitui obstáculo para a efetivação desses direitos. Em razão disso, passou-se a defender a reserva do possível como limitadora à efetividade dos direitos sociais. No entanto, entendemos que a limitação financeira não pode servir de impeditivo da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, tampouco de desculpa genérica para a omissão do Estado na efetivação dos direitos sociais, em especial a saúde. Deve-se garantir o mínimo existencial, sob pena de afetar a própria dignidade da pessoa, o que se revela inadmissível. Para arguir a reserva do possível, o Estado deverá comprovar a indisponibilidade total ou parcial de recursos, bem como a adequada alocação dos recursos existentes. Do contrário, não se poderá cogitar da reserva do possível como limitadora dos direitos sociais.

Na área do direito à saúde, verifica-se um problema particular: a Constituição Federal e a Lei n. 8.080/90, com vistas à garantia do acesso aos serviços de saúde

de maneira integral, conferiram a todos os entes da Federação – União, Estados e Municípios - a responsabilidade pela saúde pública. No entanto, não há uma delimitação precisa das competências de cada ente, e o que se observa na prática é um verdadeiro “jogo de empurra” da responsabilidade. Tal situação leva a consequências trágicas, mormente em se tratando de um campo tão sensível como a saúde pública. É necessária, portanto, a definição clara das competências de cada ente da Federação, como forma de frear a desídia do Poder Público com a saúde.

Diante do descaso dos órgãos estatais com a saúde pública, urge conceber uma solução para os problemas enfrentados. Nesse ponto, a técnica da responsabilidade objetiva do Estado por omissão, conforme aqui estampada, surge como um instrumento na luta contra a inércia estatal na concretização dos direitos fundamentais do cidadão. A utilização adequada do art. 37, § 6º da Constituição merece prevalecer, fazendo-se essencial a responsabilização objetiva do Estado omissor, a fim de garantir aos indivíduos uma vida digna e saudável. Para tanto, a responsabilidade estatal deve ser encarada sob o prisma do princípio da proporcionalidade, que veda tanto a atuação com excesso quanto a inoperância dos órgãos governamentais. Conclui-se, assim, que havendo omissão do Poder Público na materialização de políticas públicas atinentes à efetivação dos direitos fundamentais (notadamente na área da saúde), da qual decorra dano juridicamente injusto, o Estado deverá ser responsabilizado, proporcional e objetivamente, por sua desídia, uma vez que caracterizada a inatividade no cumprimento de um dever estatal constitucionalmente instituído.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. "Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes". In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p 99-120.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Fundamentais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. "Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático". In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, ano 9, n. 46, nov/dez. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 31-61.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**.

BRASIL, **Código Civil, 2002**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL, **Lei nº 7.347/85**, de 24 de julho de 1985.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsói, 1956.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. “O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais”. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (orgs.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 244-260.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: Evolução, Normatização e Efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ÉPOCA, nº 643, 13 de setembro de 2010. Rio de Janeiro: Globo, 2010.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. “Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância”. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-197.

\_\_\_\_\_. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Rafael Barreto. “O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística”. **Interesse Público**, ano 10, n. 51, set/out. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 74-110.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KRELL, Andreas J. "Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

\_\_\_\_\_. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. São Paulo: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. "Em torno da reserva do possível". In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 173-193.

MÂNICA, Fernando Borges. "Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas". **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 21, março/abril/maio 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-FERNANDO-MANICA.pdf>>. Acesso em 02 de julho de 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. "Problemas de Responsabilidade Civil do Estado". In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37-69.

MOREIRA, João Batista Gomes. "Nexo de causalidade (do dano, para efeito de responsabilidade do Estado): reexame do tema". **Interesse Público**, n. 39, mai/jun 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 33-39.

OHLWEILER, Leonel Pires. "Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito". In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 323-345.

RIGO, Vivian. "Saúde: direito de todos e de cada um". In: ASSIS, Araken de (coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p 173-185.

SANTOS, Rodrigo Valgas 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.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em 07 de setembro de 2010.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEVERO, Sérgio. **Tratado de Responsabilidade Pública**. São Paulo: Saraiva, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. “As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental”. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-342.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito financeiro e tributário**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ZIMMER FILHO, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.



## REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 12 de outubro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1439/DF**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de maio de 1996. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 15 de outubro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 109.615/RJ**. Recorrente: Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. Recorrida: Nelma de Castro Dias de Oliveira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 28 de maio de 1996. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 09 de setembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 130.764/PR**. Recorrentes: Ministério Público e Estado do Paraná. Recorrido: H. Kaminski & Cia Ltda. e outros. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 12 de maio de 1992. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 07 de setembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 271.286/RS**. Recorrentes: Município de Porto Alegre e Estado de Rio Grande do Sul. Recorrida: Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 02 de agosto de 2000. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 02 de outubro de 2010.