

ATIVISMO JUDICIAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

JUDICIAL ACTIVISM, PUBLIC POLICIES AND CIVILIAN RESPONSIBILITY OF THE STATE

Wandiêgo Rodrigo Pereira da Silva

  wandiegossilva@tjrn.jus.br

Especialista em Processo Civil pela Faculdade Integrada de Jacarepaguá (FIJ). Especialista em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Servidor do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN).

Este artigo apresenta uma breve análise acerca da possível responsabilidade civil do Estado, quando, em alguns casos, há ausência, ineficácia ou ineficiência de políticas públicas, frequentemente resultando em ativismo judicial. Sob o enfoque do regime de governo republicano, democrático e representativo pátrio, com a tripartição de Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), ocorre a necessidade de uma análise acerca da esfera de competência de cada Poder e sua repercussão para o Regime Democrático de Direito: Em qual medida o sistema de check and balances seria benéfico ao aprimoramento estatal? O estudo demonstra que a ausência, ineficácia, ou ineficiência do Estado na efetivação de políticas públicas é comumente o fator que mais provoca o ativismo judicial, podendo resultar em sua responsabilização cível, gerando também, certa ranhura nas relações entre os Poderes. A metodologia utilizada pautou-se na pesquisa bibliográfica, nas legislações e doutrinas pertinentes ao tema, bem como na jurisprudência.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Políticas Públicas. Ativismo Judicial.

This article presents a brief analysis of the possible civil liability of the State, when, in some cases, there is an absence, ineffectiveness or inefficiency of public policies, often resulting in judicial activism. From the perspective of the republican, democratic and representative national government regime, with the tripartition of Powers (Executive, Legislative and Judiciary), there is a need for an analysis of the sphere of competence of each Power and its repercussion for the Democratic Regime of Law: To what extent would the check and balance system be beneficial to state improvement? The study demonstrates that the absence, inefficiency, or inefficiency of the State in the implementation of public policies is commonly the factor that most provokes judicial activism, which may result in its civil liability, also generating a certain groove in the relations between the Powers. The methodology used was based on bibliographical research, on legislation and doctrines relevant to the subject, as well as on jurisprudence.

Keywords: Civil Responsibility. Public Policy. Judicial Activism.

Submetido em: 26/07/21 - Aprovado em: 23/09/21

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, com o processo de reconstitucionalização da Europa, onde os direitos sociais ganharam maior relevo, elevados ao âmbito constitucional, houve sua difusão perante as demais nações, rompendo o Estado com o neoliberalismo exacerbado, passando ao Estado Social Democrático de Direito, onde o Judiciário passa a exercer um protagonismo relevante na efetivação de sua efetivação.

A partir da judicialização de demandas relacionadas às políticas públicas, com o acionamento do Poder Judiciário, onde o Estado é um dos maiores litigantes nacionais, impõe-se uma necessária discussão sobre a atuação dos Poderes: Qual o limite benéfico ao aprimoramento das instituições estatais e em que grau pode gerar desequilíbrio, a medida em que, as relações existentes entre elas podem desenvolver-se sobre uma linha tênue.

O trabalho foi dividido em três pontos com suas respectivas subdivisões: Inicialmente tem-se uma breve análise das políticas públicas. Após, os dispositivos legais, jurisprudenciais e doutrinários, intimamente relacionados ao tema do ativismo judicial. Em seguida, um breve histórico acerca do surgimento da responsabilidade civil do Estado, apresentando os seus, desenvolvimento e reconhecimento na esfera do direito positivo.

Quanto ao método, inspirou-se em uma linha de análise dissertativa e explorativa, vez que houve referência à legislação que rege a matéria, bem como um breve estudo da doutrina relacionada ao assunto em comento, numa perspectiva questionadora, sem olvidar dos assentos jurisprudenciais.

Acerca da responsabilidade civil do Estado, pela ineficácia ou falta de políticas públicas, que apesar de não gerarem direitos públicos subjetivos individuais, são responsabilidade impositiva estatal, ocasionando o ativismo judicial, há a possibilidade de os órgãos legitimados na tutela da sociedade pleitearem a reparação do dano coletivo, quando ultrapassada a esfera do razoável na implementação de políticas públicas.

DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para uma melhor compreensão sobre políticas públicas é necessário um breve delineamento histórico: Com o fim do Estado absolutista e o advento do Estado liberal, percebeu-se que certos direitos eram dotados de perenidade na sociedade, e reconheceu-se que o cidadão tem primeiro, direitos para depois deveres frente ao Estado.

Tendo surgido nessa época o *Bill of Rights na Virgínia*, em 1776; e a Declaração Francesa, em 1789, em decorrência do constitucionalismo, representando o marco na positivação dos direitos inerentes ao homem.

De acordo com Costa (2015):

Todavia, com o colapso do liberalismo, delineou-se uma nova relação entre Estado e sociedade, a fim de se aplacar as desigualdades sociais que restaram acentuadas pelo modelo liberal prevendo-se, para tanto, uma nova gama de direitos constitucionais que traziam valores a regular as ações estatais por meio de prestações com vistas a se alcançar uma igualdade material, como o direito à saúde, a educação, a moradia, a segurança, ao trabalho,

dentre outros, mas que não excluiriam o núcleo duro dos direitos dos indivíduos alcançados no Estado Liberal.

Sendo o direito constitucional, resultado, em grande parte, dos valores mais caros ao ser humano, devido ao seu grau de relevância, foram elevados ao nível máximo hierárquico positivado, descortinando-se de um longo período de ensejos sociais, cujo sentimento primordial foi construindo-se sob a bandeira da liberdade, igualdade e fraternidade. Na perspectiva da construção histórica desses direitos maiores, discorre (SARLET, 2009, apud COSTA, 2015):

Preliminarmente, cumpre salientar que a sedimentação de determinados direitos como normas fundamentais e obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que permite compreender que certos direitos fundamentais não sejam os mesmos em todas as épocas.

Ademais, com o advento do neoconstitucionalismo, ultrapassando o velho modelo positivista – malgrado não tenha sido suprimido o constitucionalismo – as cartas constitucionais, que tomaram corpo na Europa e no Brasil, passam a ter uma interpretação mais abrangente, permitindo uma compreensão sistematizada para além da norma positivada.

Ainda na transição do Estado liberal para o de bem estar social, o mesmo passou de mero espectador, de abstenção frente aos direitos e garantias individuais; para promovedor de direitos sociais, possuindo um caráter mais participativo na concretização, daí o protagonismo judicial, através do ativismo, para impor-se à prestação desses direitos quando põe-se o Estado, omissor, ineficaz ou ineficiente, perante suas funções constitucionais.

Nesse sentido, afirma (COSTA, 2015):

Sob essa perspectiva, segundo Osvaldo Canela, no Estado liberal, o objetivo da teoria da separação dos poderes era o de evitar a concentração do poder estatal, a fim de que os direitos fundamentais de primeira geração fossem assegurados. No Estado Social, este objetivo permanece, mas a ele é acrescentada a obrigatoriedade legal de realização dos direitos sociais, com o propósito de assegurar a igualdade substancial entre os cidadãos. Desta forma, de uma conduta meramente passiva, o Estado passa a assumir uma postura proativa com seus órgãos trabalhando para a concreção dos objetivos constitucionais. Entretanto, com um novo componente adicionado à equação, com a assunção, pelo Poder Judiciário, de uma relevante atribuição constitucional: o controle judicial da política através da concretização dos princípios fundamentais Constitucionais, notadamente, dos direitos sociais.

Para a efetivação de direitos sociais, a Administração Pública necessita de planejamento na formação das políticas públicas e arrecadação de verbas para concretizá-las, sendo a principal fonte os tributos. As necessidades humanas são, pois, infinitas, enquanto que a arrecadação estatal é limitada, razão pela qual deve-se privilegiar as questões sociais mais relevantes.

Do planejamento à execução das políticas públicas, deve-se atender a uma ordem de gradação, por relevância, do mais necessário ao menos, dos direitos fundamentais, dos quais, dentre eles, talvez o mais importante, o direito à vida, entendido como a manutenção de condições mínimas de subsistência humana.

Atualmente, com as mudanças sociais, políticas e econômicas, houve uma necessidade de reflexão da importância econômica para consecução das obrigações sociais do Estado: Ocorrendo a metamorfose de um Estado Prestador, que atua sobre as carências sociais; para um Estado Planejador, voltado ao planejamento para combater as causas que contribuem para as necessidades sociais, através das políticas públicas.

Neste contexto, importante ressaltar, que existem alguns doutrinadores, que defendem serem apenas os direitos individuais, civis e políticos, direitos fundamentais, e, portanto, dotados de efetividade plena; ao passo que negam tais características aos direitos sociais, conforme defendido por Costa (2015 apud SARLET, 2009):

Todavia, embora possa parecer óbvio, existem segmentos na doutrina que negam aos direitos sociais a condição de direitos fundamentais, e ressaltam que apenas os direitos civis e políticos gozam dessa condição. Em razão disso, torna oportuno tratar do assunto sob uma perspectiva dogmática-jurídica norteada pela necessidade de uma leitura constitucionalmente adequada da própria fundamentação, tanto da designada fundamentalidade, quanto do próprio conteúdo dos direitos sociais, a fim de concebê-los como direitos dotados de efetividade."

Em que pese a Carta Magna ter sido promulgada em 1988, ainda estamos descobrindo o alcance de suas normas, talvez pelo rol extenso de dispositivos e a dinamicidade das relações sociais, ao ponto de alguns doutrinadores defenderem que passamos por um avanço gradual na efetivação das políticas públicas.

Barros (2008) defende que as políticas públicas, a princípio, não gerariam direitos públicos subjetivos individuais, tratando-se o primeiro, de uma obrigação estatal impositiva, de prestar o serviço; ao passo que o segundo, refere-se ao dever de o Estado abster-se frente aos direitos e garantias individuais. Desse modo, não haveria o direito de o indivíduo acionar diretamente o Estado para prestar-lhe políticas públicas direcionadas à segurança, à moradia, à educação, etc.

O aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, passa pelo respeito aos direitos e garantias individuais e sociais, pois a razão de Sua existência, decorre das necessidades do próprio indivíduo. Daí ter sido a Magna Carta de 1988, elaborada com ampla participação popular, o que condiz com a sua natureza voltada ao exercício da cidadania, abrangendo as três dimensões de direito dos povos, propagadas pela Revolução Francesa, que seriam os direitos à liberdade e respeito do indivíduo frente ao Estado, à igualdade ou direitos sociais, e à fraternidade ou solidariedade entre os povos.

Apesar de o Estado não poder ser garantidor universal, com aplicação de políticas públicas que atendam a todos os interesses sociais, de forma eficaz e eficiente, no que concerne aos direitos e garantias individuais e sociais, a Administração Pública, ao avocar

para si essas responsabilidades, deve cumpri-las a contento, sob pena de assim não o fazendo, pôr em risco a ordem social, que é um dos maiores fins de uma Carta Política de uma nação.

Nesse diapasão, afirma (BONAVIDES, 2011, apud COSTA, 2015):

A proteção direta e imediata dos direitos civis e políticos, assim como das garantias que evitavam a indiscriminada ingerência estatal, por meio de uma Constituição, tinha por função primordial agir contra fatores desestabilizantes, de forma que se mostrou um mecanismo poderoso de segurança e conservação do Estado de Direito.

Há que se atentar que, deve o Estado garantir o mínimo existencial ao ser humano, que seria o direito básico de atendimento de necessidades humanas inerentes ao exercício dos demais, bem como ao exercício das garantias individuais, para que não se tornem inócuos. De acordo com Bonavides (2011, apud COSTA, 2015).

O reconhecimento em nível constitucional 'dessas escolhas valorativas' que determinam condutas, limites e atuações do Estado tem sua origem nas Constituições Mexicanas (1917) e, notadamente, na Constituição de Weimar (1919). Tal concepção foi embasada na teoria constitucional das garantias institucionais formuladas, basicamente, por juristas da República de Weimar, em que se reconhecia que determinadas instituições jurídicas deveriam ser resguardadas de uma supressão ou ofensa ao seu conteúdo medular, por parte do Estado, sobretudo do legislador ordinário.

ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS: ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência pátria tem entendido, majoritariamente, que o desempenho das políticas públicas está intimamente ligado à discricionariedade administrativa, e que não caberia ao Poder Judiciário, sob pena da violação ao princípio republicano, democrático, da tripartição de poderes, usurpar dessa competência, exceto em casos pontuais, nos quais haja flagrante inobservância aos direitos e garantias individuais tutelados e/ou desproporcionalidade entre eles.

A aparente imissão do judiciário na função típica do executivo, atinente à difusão de políticas públicas, pressupõe a existência de circunstância excepcional em que se mostrem presentes, dentre outros fatores, princípios constitucionais que norteiam de forma basilar toda a função jurisdicional, notadamente a proporcionalidade e a razoabilidade.

Alguns teóricos costumam enquadrar os dois princípios como sinônimos, tal qual Barros (2000, apud SILVA, 2002), que assim os define: "o princípio da proporcionalidade, [...] como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos".

Inclusive, nesse sentido afirmam (BARROSO; BARCELLOS, 2011):

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e

do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Todavia, a doutrina mais moderna vem assentando a premissa que, tratam-se de princípios cujos cernes se distinguem, tendo papéis complementares entre si, mas não ao ponto de serem enquadradas como o mesmo princípio.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade é um dos princípios constitucionais implícitos, pois não está positivado na Constituição Federal, mas decorre do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da CF/88. Este princípio atua como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e ao interesse público, a medida que, impede que determinada norma ou prestação pública do Estado alcance resultado precário ou excessivo; é na verdade, o princípio equilibrador da relação jurídica entre o indivíduo e o Estado.

A efetividade do princípio da proporcionalidade depende da conjugação de alguns elementos essenciais: adequação, necessidade/exigibilidade, e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido (BARROSO; BARCELLOS, 2011):

Em resumo sumário, o princípio da *razoabilidade* permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.

O princípio da razoabilidade, por sua vez, apresenta-se sob o aspecto material, da análise do caso pelo julgador, manifestando-se como instrumento de avaliação qualitativa das circunstâncias, a partir de aspectos sociais, políticos, culturais e econômicos, sem olvidar dos elementos jurídicos que envolvem o caso concreto. Nada obstante tenha a mesma finalidade que o princípio da proporcionalidade, esse princípio atua sob o fundamento do senso comum e dos valores superiores de uma determinada sociedade, possuindo, outrossim, limites mais abrangentes de interpretação da norma.

A atuação do judiciário, portanto, deve observar esses princípios quando da análise do caso concreto, em que se busca a prestação jurisdicional para promoção de políticas públicas. Não pode o ativismo judicial, ser considerado como função atípica do Poder Judiciário, pois traduz-se em excepcionalidade jurídica extrema, acolhida pela estrutura constitucional vigente.

Nesta senda, considerando que, comumente, as políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo advêm da edição de atos administrativos, convém mencionar que, mesmo tratando-se de eventuais complementações, as omissões do gestor, não cabe

ao Poder Judiciário basilar suas decisões em juízo de valor acerca da discricionariedade, oportunidade e conveniência, mas nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem olvidar dos limites constitucionais e infraconstitucionais relacionados aos direitos subjetivos tutelados, ocorrendo o que a doutrina denomina de papel *contramajoritário* do Poder Judiciário.

O termo *contramajoritário* decorre da ideia de que a decisão judicial pode eventualmente ir de encontro às escolhas feitas pela maioria da sociedade, representada através dos eleitos aos cargos executivo e legislativo, onde o pleito eleitoral muitas vezes é corrompido e a manifestação de vontade do eleitor, viciada. Assim, às vezes, as escolhas feitas por esses representantes, necessitam de uma *releitura* pelo Poder Judiciário a fim de tornarem-se condizentes com a finalidade do bem-estar social buscada pela Constituição.

De outro ponto, mesmo que haja aparente colisão entre os Poderes Constitucionais, é a própria Constituição Federal que garante a atuação do Poder Judiciário na função *contramajoritária*, consoante assevera (CUNHA JÚNIOR, 2010):

Não obstante contramajoritária em relação aos atos do parlamento, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, uma vez que sua autoridade lhe é confiada e assegurada pela vontade suprema do povo, para controlar não só a lisura do processo político em defesa das minorias, como também o respeito pelos valores substantivos consagrados no Estado Democrático.

É exatamente por isso que a atuação do Judiciário, para promoção de políticas públicas, mostra-se em perfeita consonância com a Constituição Federal, desde que, em casos excepcionais, nos quais haja omissão e evidente prejuízo, atual ou iminente, à população interessada. Acerca da discussão sobre o protagonismo judicial nas políticas públicas, oportunas as palavras de Paiva (2011, apud COSTA, 2015):

Tal discussão ganhou força e extensão, a partir do momento em que a expansão do Poder Judiciário levou para as cortes materiais com relevante conteúdo político, e que acabam por receber sua conformação normativa original ou definitiva, não dos órgãos políticos-majoritários, mas dos tribunais. As decisões prolatadas, por meio do controle de constitucionalidade, não raro, definem a extensão e o quociente de mutabilidade das garantias constitucionais fundamentais, em termos contrários à vontade da maioria política organizada.

Há de frisar-se, outrossim, que a Administração Pública, não dispondo de todos os recursos materiais necessários para atender as demandas sociais, passa a aplicar o que a doutrina conceitua de *escolhas trágicas*, tendo que escolher, na aplicação das políticas públicas, aquelas que seriam mais relevantes e prioritárias em sua aplicação.

Este fenômeno ocorre, por exemplo, quando o gestor público deixa de aplicar verbas na área da educação para aplicá-las em saúde, em que pese serem ambos direitos fundamentais de extrema relevância. A saúde, numa escala de gradação de prioridades, deve ser observada em primeiro lugar, pois para o cidadão ser educado é necessário antes ter acesso à saúde.

Não cabe à Administração Pública, a invocação do princípio da *reserva do possível*, como recorrente justificativa quando da ausência de recursos financeiros do Estado como óbice à implementação de políticas públicas voltadas ao cumprimento dos direitos e garantias fundamentais mais sensíveis e inerentes à condição humana. É, em síntese, que surge o ativismo judicial nesse embate entre *reserva do possível versus mínimo existencial*.

Veja-se, por oportuno, as ementas de alguns julgados referentes ao assunto:

Ementa: Ação Civil Pública. Obrigação de Fazer. Pretensão de Condenação do Estado a Instalar e Estruturar Defensoria Pública no Município De Marilândia. Assistência Judiciária aos Necessitados. Ausência de Defensor Público. Limites do ativismo Judicial. Observância aos Princípios da Separação dos Poderes. Discricionariedade e Autonomia Administrativa. Ingerência Temerária. Judicialização das políticas públicas. Reserva do Poder Judiciário a Questões Pontuais. Recurso do Ministério Público desprovido. Recurso do Estado do Espírito Santo Provido. Sentença Reformada. 1. - No campo das obrigação de fazer, a imposição ao Estado, pelo Poder Judiciário, de condenação a instalar e estruturar Defensoria Pública nos Municípios - in casu no Município de Marilândia -, por ausência de Defensor Público a prestar assistência judiciária aos necessitados, conforme expresse mandamento constitucional, igualmente previsto nas legislações estaduais, sobretudo, impõe profunda análise sobre os limites do ativismo judicial. 2. - Ainda que se possa cometer omissões ou ações precárias - inércia estatal diante da garantia constitucional outorgada aos financeiramente hipossuficientes de serem beneficiados com assistência judiciária gratuita para adequado adito à Justiça -, em observância e cumprimento ao princípio da separação dos Poderes, ao poder discricionário e à autonomia administrativa correspondente, bem como a observância das temerárias consequências - não cumprimento da determinação ou cumprimento inócuo - ao Poder Judiciário não pode ser direcionada pretensão substitutiva da titularidade conferida ao ente público, instituindo-se, afora a interseção em questões estritamente pontuais, a judicialização das políticas públicas. 3. - Recurso do Ministério Público a que se nega provimento. Recurso do Estado do Espírito provido para julgar improcedentes os pedidos iniciais, especialmente direcionados a compelir o ente estatal a instalar e estruturar a Defensoria Pública no Município de Maurilândia, com o provimento do cargo de Defensor Público, em definitivo, para atuar na referida Comarca.

(T-ES – APL 00007967620098080066, Relator: DAIR JOSÉ BREGUNCE DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 15/05/2012, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 25/05/2012);

Ementa: Administrativo e Constitucional. Implementação de Políticas Públicas especificamente quanto à Suficiência de Profissionais na Área de Saúde. Alegada Contrariedade aos Arts. 2º e 196 da Constituição da República. Repercussão Geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.

(STF – RE 684612 RJ, Relator Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento 16/10/2014, Data de Publicação DJe-213 29/102014, Publicação 30/10/2014)."

Ainda sobre o tema, de acordo com (CUNHAJÚNIOR, 2015), a partir de constatações, no direito comparado, especificamente na Colômbia, de reiteradas práticas de inobservância aos direitos fundamentais, decorrentes de violações generalizadas, sistematizadas e

contínuas, passa a surgir o que a doutrina denomina de *Estado de Coisas Inconstitucional*, sendo adotado pela Suprema Corte no julgamento da ADPF 347/DF, proposta em face do sistema carcerário brasileiro.

Ao adotar a teoria do *Estado de Coisas Inconstitucional*, em liminar proferida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, o Supremo Tribunal Federal, através do que a doutrina denomina de *ativismo judicial estruturante*, impôs ao Estado, algumas medidas a fim de efetivar direitos fundamentais violados dos custodiados, como a proibição pelo Poder Executivo de contingenciamento de verbas referente ao Fundo Penitenciário Nacional, e a implementação de audiências de custódia, prevendo a apresentação do custodiado em até 24 (vinte e quatro) horas perante a autoridade judicial competente.

Assim, a Suprema Corte brasileira, ao incorporar a teoria do *Estado de Coisas Inconstitucional* ao sistema carcerário pátrio, reconheceu a existência do requisito intrínseco à sua existência: prática reiterada de inobservância aos direitos fundamentais, gerando violações generalizadas, sistematizadas e contínuas.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: BREVE HISTÓRICO

Em épocas remotas, não havia como responsabilizar civilmente o Estado. Era aplicada a máxima *The king can do no wrong*, ou seja, ao *soberano não se pode atribuir culpa*, entendida aqui a culpa em sentido amplo, fruto de épocas que nos remete ao Estado Absolutista, período no qual a administração era centrada na figura do rei.

Cahali (2014, apud CRETELLA JÚNIOR) cita que:

A teoria da irresponsabilidade estatal, lembra Cretella Júnior, 'prevaleceu na época dos Estados despóticos ou absolutos em que vigorava o princípio incontestável: o rei não erra (*the king can do no wrong*), o que agradou ao príncipe tem força de lei (*quod principi placuit habet legis vigorem*), o Estado sou eu (*L'État c'est moi*).

Venosa (2005) cita não ser possível àquela época, demandar contra o soberano e os que estavam sob suas ordens, compreendendo o termo *king* como abrangente do governo e seus funcionários. Na mesma linha (VENOSA, 2002):

Não bastasse isso, o direito anglo-saxão estabelecia dificuldades para acionar diretamente os funcionários, impondo várias barreiras, tais como prescrição breve e direito conferido ao funcionário de oferecer ao demandante determinada composição pecuniária.

Ainda de acordo com Venosa (2005), a vítima teria que acionar judicialmente diretamente o funcionário, havendo categoria de servidores, *servants of the crown*, que gozavam de imunidade em razão da função que desempenhavam, podendo o Estado impedir o direito de petição do particular. Tal sistema, apoiava-se primordialmente na estrutura sociológica cultural da Inglaterra, sendo também implantado nos Estados Unidos, não havendo a mesma eficácia em países de hábitos e costumes diferentes. Nesse sentido (VENOSA, 2005):

Justificava-se o sistema na Inglaterra e Estados Unidos pelo religioso respeito pelas instituições e pelos seus semelhantes, isto é, pela liberdade, o que não se observa em países em período de evolução, carentes de disciplina geral e com educação nova e deficiente, havendo necessidade de normas severas, que permitam modelar as instituições e assegurar os princípios constitucionais.

Posteriormente, tais sistemas foram excluídos na Inglaterra, pelo *Crown Proceedings Act*, em 1947; e, nos Estados Unidos, pelo *Federal Tort Claim*, em 1946, deixando o Estado de ter a irresponsabilidade civil irrestrita, passando a assumir obrigações perante os governados, que a partir de então passam a ter respaldo jurídico para exigir direitos do Estado Garantidor (VENOSA, 2005).

Gaburri (2018) pontifica que o marco para o surgimento da responsabilidade civil do Estado data de 1873, época em que houve uma decisão acerca do caso *Blanco*, no qual uma menina de 05 (cinco) anos, que foi atropelada por um trem pertencente a uma empresa estatal francesa, pôs em questão a responsabilidade civil do Estado por falha no serviço prestado através de seus funcionários.

Após, com a Revolução Industrial, através da qual surgiram incontáveis mudanças nas relações sociais, ocorreu a necessidade da aplicação da *teoria do risco*, originada da atividade econômica exercida, a fim de não deixar desassistidos os cidadãos hipossuficientes ante as atividades capitalistas, ou seja, aquele que assume determinada atividade teria o bônus e o ônus do risco empreendido, independentemente da existência de culpa. Passou-se então, a partir daí, a incorporar-se na responsabilidade civil do Estado o conceito de culpa, tal qual já acontece nas relações civis do direito privado.

A discussão acerca da origem da responsabilidade civil do Estado, como pretendem alguns doutrinadores, que didaticamente polarizam em dois o direito (público e privado), não parece a mais acertada, pois apesar de a mesma ter surgido nas relações privadas, sua aplicação ao Estado passou a ser baseada em razão da atividade estatal.

O ordenamento jurídico de uma nação está codificado em seu grau hierárquico máximo em sua Constituição, de onde devem se originar todas as demais normas. Daí ser o direito predominantemente público, em que pese disciplinar, em alguns casos, principalmente relações entre particulares, onde sua relevância pública será diminuída.

Deve-se atentar, inclusive, que em se tratando de direito constitucional, há relações jurídicas que assumem posição verticalmente constitucional, enquanto em outros casos se verifica uma posição horizontalmente constitucional. Vide a relação entre Estado e particulares – vertical – e entre particulares reciprocamente – horizontal.

Cahali (2014) esclarece que:

O caráter publicístico da responsabilidade estatal funda-se em especial na sujeição do instituto, perante os tribunais franceses, e a partir do arrêt Blanco (08.02.1873), à esfera de competência da jurisdição administrativa, que faz, por vezes, aplicação de regras diferentes daquelas aplicáveis na Justiça Comum; no que a decisão tende a agravar o Erário pondo em crise a divisão de poderes; pretendeu-se um grau de originalidade tal qual os dois regimes de responsabilidade apareciam, um perante o outro, como dotados de uma autonomia fundamental.

No ordenamento jurídico pátrio, a responsabilidade civil da administração pública oscilou entre subjetiva e objetiva. As Magnas Cartas de 1946, bem como a de 1967, adotaram a teoria do risco administrativo, assegurado o direito de regresso contra o funcionário causador do dano. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, passou a incluir nesse bojo as pessoas que recebem por delegação a prestação de serviços públicos.

O Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) adotou a teoria civilista para a responsabilidade civil do Estado, senão vejamos:

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

Pela dicção do dispositivo supra, a Administração Pública, quando através de seu agente público, no exercício de suas funções, causasse dano a outrem, responderia civilmente. Havendo a possibilidade de o Estado demandar contra o agente para que responda pelo ilícito, através de ação regressiva.

Mazza (2016, apud GABURRI, 2018) esclarece que:

Se o dever de indenizar decorre de um ato ilícito praticado pelo agente público, o fundamento da responsabilidade do será o princípio da legalidade; se o dever ressarcitório decorrer de um ato lícito, o fundamento da responsabilidade será o princípio da isonomia, justificado na necessidade de repartição igualitária dos encargos sociais.

Atualmente, há a aplicação, em relação ao Estado, de forma mais frequente, da teoria do risco, o qual subdivide-se em: administrativo e integral. Por outro lado, pela teoria da culpa administrativa, primeira fase de transição da responsabilização civil do Estado, leva-se em conta a inexistência ou mau funcionamento do serviço, sendo irrelevante a demonstração de culpa pessoal do agente público.

Com o surgimento do risco administrativo, a responsabilidade civil do Estado passa a ser fundamentada no dano. Bastando a ocorrência do ato lesivo pelo Estado, sendo necessário tão somente que a lesão decorresse da prestação do serviço.

Pela *teoria do risco integral*, em qualquer hipótese em que houver ligação do dano à responsabilidade da Administração Pública, haverá o dever de reparar. De acordo (MEIRELLES, 1999):

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

Adota nosso ordenamento jurídico vigente a teoria do *risco administrativo*, sendo irrelevante a existência da culpa, bastando a ocorrência do dano exercido em nome ou em razão da atividade estatal. Assim determinadas atividades desenvolvidas pelo próprio Estado, ou delegadas em seu nome, estariam abrangidas pela responsabilidade civil,

como por exemplo, as compreendidas por concessionárias de serviço público. Importante ressaltar que, segundo a doutrina e jurisprudências majoritárias pátrias, haveria ligação dessa teoria às condutas comissivas do Estado.

Gaburri (2018) com bastante maestria, delimita qual seria o dano objeto de reparação pelo Estado, senão vejamos:

O dano indenizável pelo Estado é o anormal e específico. Dano anormal é aquele que extrapola dos aborrecimentos ordinários impostos pelo convívio social. Específico é o dano individualizado, suportado por pessoas determinadas ou determináveis; é aquele que não se caracteriza como geral, suportado pela coletividade como um todo.

A aferição da culpa seria, portanto, irrelevante para a responsabilidade civil estatal, de acordo com a teoria do *risco administrativo*, sendo, porém, primordial na ação de regresso do Estado em desfavor de quem ocasionou o dano. Entendendo a doutrina majoritária, que o Estado ou as prestadoras de serviço público, possam acionar diretamente o agente causador do dano, através de ação própria.

Acerca da teoria do risco administrativo, Tartuce (2015) cita que:

Dessa forma, vigora a teoria do risco administrativo, que gera uma responsabilidade objetiva mitigada, uma vez que pode ser afastada ou diminuída pela culpa exclusiva ou concorrente da vítima, o que não ocorre na responsabilidade objetiva plena ou integral (teoria do risco integral). Mas se o Estado é o responsável pelo dano ambiental, aplica-se essa última teoria. Em situações tais, não há direito de regresso do ente público contra o seu agente.

Não havendo cabimento, durante o curso de ação judicial para aferição de responsabilidade civil estatal, de denúncia à lide do agente público, pois esta seria subjetiva, dependente da existência de culpa; enquanto que a do Estado seria objetiva, havendo distinção no ônus probatório, o que traria prejuízo ao direito constitucional de acesso à justiça, por aquele a quem tenha sido lesionado.

Nesse sentido, Gaburri (2018), de maneira bastante lúcida, ensina que:

O STJ, ao julgar o Resp. 1.325862/PR, em 05.09.2013, por unanimidade, já se posicionou pela legitimidade passiva do agente público, podendo o particular lesado escolher em face de quem ajuizar a demanda, se do Estado, do agente ou de ambos em litisconsórcio passivo facultativo. Contudo, o STF posicionou-se pela aplicação da tese da dupla garantia, segundo a qual a responsabilidade objetiva do Estado, ao mesmo tempo em que se constitui em uma garantia para o cidadão prejudicado, também confere ao agente público a garantia de só ser acionado pelo próprio Estado, em direito de regresso.

Ainda relacionado à responsabilidade civil do Estado, há doutrinadores que defendem a *teoria da culpa anônima* ou *teoria da falta do serviço*, (DINIZ e MELO, 2005, apud TARTUCE, 2015), afirmam que, caberia ao lesado a comprovação do dolo ou culpa

do Estado, quando deixasse de agir por negligência, imprudência ou imperícia: De acordo com a doutrina e jurisprudência dominantes estaria essa teoria ligada à omissão do Estado.

Tartuce (2015) defende que a *teoria da falta do serviço* ou *culpa anônima* atribuída ao Estado, deva ser revista em caso de omissão na materialização de políticas públicas eficientes ligadas à segurança pública, por entender ser conduta *socialmente reprovável*. Entretanto, não tem sido esse o entendimento majoritário doutrinário e jurisprudencial, inclusive da lavra do STF.

Quando o ato lesivo ocasionado pelo Estado, seja por ação ou omissão, está ligado aos valores fundamentais previstos na Carta Magna, previstos em maior quantidade no art. 5º, o dano é presumido, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, podendo ocorrer, por exemplo, em demandas judiciais que envolvam direito à saúde, educação etc.

Há ainda juristas, a teor de Hinonaka (apud TARTUCE, 2015) que sustenta que é preciso ir muito além da discussão acerca da responsabilidade objetiva ou subjetiva do Estado, defluindo a responsabilidade da razão de ser do próprio Estado, pela exposição de alguém ao risco ou ao perigo.

Ainda relacionado ao tema da responsabilidade civil da Administração, relevante analisar a questão do preso custodiado pelo Estado. Em que pese a custódia do apenado, que venha a ser atingido em sua integridade física e/ou mental, ser uma atividade advinda da falha ou falta do serviço, portanto uma conduta omissiva, os Tribunais Pátrios têm entendido que a responsabilidade é objetiva, vejamos alguns julgados sobre o tema:

Ementa: Recurso Extraordinário. Constitucional. Responsabilidade Civil do Estado. Morte de preso sob custódia do Estado. Conduta omissiva. Responsabilidade Objetiva. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF – RE 594902 DF, Relator Min. CÂRMEN LÚCIA, Data de Julgamento 09/11/2010, Primeira Turma, Data de Publicação DJe-233 01/12/2010, Publicação em 02/12/2010).

Em regra, tratando-se de conduta omissiva do Estado, a responsabilidade é subjetiva. Todavia, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no excerto supra, a responsabilidade civil do Estado será objetiva quando decorrer de omissão específica. Cavalieri Filho (2012) arremata perfeitamente acerca da omissão específica da atuação do Estado:

Haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado. [...] Em suma, a omissão específica que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso, quando a vítima se encontrava sob sua proteção ou guarda.

É fato que o ativismo judicial é ainda questionável por alguns doutrinadores, mas também o é substancialmente benéfico àqueles que são esquecidos, mesmo que momentaneamente, pelo Estado. Ora, deve-se sempre atentar que o Poder Judiciário nada mais é do que parte da organização estatal, devendo, consciente de sua missão institucional, adotar mecanismos abstratos, como as teorias de responsabilização, para fazer com que aqueles que devam ser protegidos pelos direitos encartados na Constituição Federal os sejam efetivamente.

Enquanto não se chega a um Estado próximo ao ideal, pela ineficiência dos gestores nos seus variados níveis federativos, continua-se a prescindir, em alguns casos, do ativismo judicial para implementação de políticas públicas. Havendo omissão do Estado Garantidor, deve haver a provocação da atuação jurisdicional. Especificamente, quanto aos interesses da sociedade, os Órgãos Legitimados na defesa dos interesses sociais e coletivos, podem acionar o Estado quanto a sua possível responsabilidade civil, quando da implementação de suas obrigações sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No sistema de governo republicano, onde há a tripartição de poderes, como forma de manter o equilíbrio entre si, é necessário a harmonia e independência entre eles, através da utilização do sistema de *checks and balances* de controle, onde nenhum dos poderes constituídos pode sobrepor-se aos demais, sob pena de violação ao Estado Democrático de Direito.

A composição dos Poderes Constituídos dá-se, dessa forma, predominantemente, pelo critério do sufrágio popular, porquanto, os membros dos poderes Executivo e Legislativo, são dessa forma, eleitos diretamente pelo povo; ao passo que os do Judiciário são oriundos de avaliação técnica para ocupar o cargo, através de concurso público, salvo a composição dos Tribunais Superiores, onde há indicação política.

Dessa forma, em que pese a Administração Pública ter a possibilidade de elaborar atos administrativos com base na oportunidade e conveniência, pelo critério discricionário, ao mesmo não é dado o caráter de absoluto, cabendo ao judiciário, em alguns casos, nos quais haja flagrante desproporcionalidade e razoabilidade entre os bens jurídicos tutelados, revê-los, não apenas analisando sua regularidade formal, mas também material, com o fim de cumprir o seu *mister* constitucional.

Cabe ao Judiciário, analisar os bens jurídicos tutelados, sob o aspecto formal primeiramente, e excepcionalmente, pela aplicação do princípio da ponderação, verificar a desproporcionalidade e razoabilidade entre eles, inclusive com a aplicação das *escolhas trágicas*, dada a incapacidade do Estado de atender todas as demandas humanas.

Entretanto, deve o Judiciário, quando provocado para compelir o Estado a efetivar suas obrigações sociais, quando possível, tentar construir uma decisão cooperativa, em que os sujeitos da relação processual (Sociedade x Estado) possam participar de forma ativa, que pode acontecer por consulta popular, audiências públicas, conferindo-as

legitimidade e maior eficácia; para após, havendo necessidade impositiva, proferir uma decisão amparada em aspectos técnicos que envolvam a lide, como também sociais, a fim de melhor atendimento das necessidades sociais almejadas.

Quanto à responsabilidade civil do Estado, pela ineficácia ou falta de políticas públicas, resultando em ativismo judicial, em que pese as mesmas não gerarem direitos públicos subjetivos individuais, sendo elas uma responsabilidade impositiva estatal, há a possibilidade de os órgãos legitimados na tutela da sociedade pleitearem a reparação do dano coletivo, quando o Estado ultrapassar a esfera do razoável em resultados satisfatórios de políticas públicas.

Desse modo, deixando o gestor público de aplicar verbas que deveriam ser utilizadas em saúde, realocando-as para publicidade, deixa de observar a ordem de gradação por relevância das prioridades sociais, pois deve ser mais preferível a saúde à informação, pela desproporcionalidade entre eles, sendo possível a responsabilidade civil do Estado, e sanção ao gestor irresponsável, como forma de reparação e inibição do evento danoso, sem prejuízo das medidas cíveis, administrativas e penais ao mesmo, bem como direito de regresso do Estado em face deste.

É nesta senda, que a atuação do Judiciário para garantir o cumprimento da Constituição Federal mostra-se relevante, mesmo que, tenha de imiscuir-se em funções que tipicamente não são suas. Pensar em ativismo judicial para buscar interesses diversos do público, insculpidos na Carta Magna, mesmo que se tratem de interesses institucionais, não se mostra aliado à razoabilidade ou proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marcos Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Artes Gráficas, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: https://www.camara.rj.gov.br/%2Fsetores%2Fproc%2Fprevista_proc%2Fprevproc2003%2Farti_histdirbras.pdf&usg=AFQjCNFAwasqsX_3lPk1_W9H5oFcSF3xRw. Acesso em: 06 ago. 2018.

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

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso 05 abr. 2018.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 19 abr. 2018.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 19 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 684612 RJ**. Relator: Min. CÂRMEN LÚCIA. Brasília, 11 out. 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25300497/recurso-extraordinario-re-684612-rj-stf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Apelação nº 00007967620098080066**. Brasília, 25 dez. 2012. Disponível em: <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/399645308/apelacao-apl-7967620098080066?ref=serp>. Acesso em: 10 ago. 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5.ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CANELLA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Bruno Andrade. **Controle judicial de políticas públicas e o processo constitucional: gestão processual, negociação e soluções**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Estado de coisas inconstitucional**. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 29 maio 2018.

GABURRI, Fernando. **Direito civil para sala de aula: responsabilidade civil**. vol. 4. 7. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

PAIVA, Paulo. Juristocracia?. In: FELLET, A., DE PAULA, D., NOVELINO, M. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: SALERT, I., LEITE, G. (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

TARTUCE, Flávio. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.