

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – UERN
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO – PROPEG
PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PÚBLICO

WANDIÊGO RODRIGO PEREIRA DA SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE CIVIL DO
ESTADO**

NATAL-RN

2018

WANDIÊGO RODRIGO PEREIRA DA SILVA

ATIVISMO JUDICIAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Artigo apresentado no Curso de Especialização em Direito Público da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Público.

Orientador: Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima.

NATAL-RN
2018

WANDIÊGO RODRIGO PEREIRA DA SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE CIVIL DO
ESTADO**

Aprovado em ____/____/_____.

Artigo apresentado no Curso de Especialização em Direito Público da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Público.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)
Orientador

Prof.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)
Membro

Prof.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)
Membro

NATAL-RN

2018

**A Deus,
por ter proporcionado os meios necessários
para realização deste trabalho.**

AGRADECIMENTOS

Aos meus colegas de trabalho, pela compreensão e incentivo, a quem homenageio na pessoa de Dr. Valter Antônio Silva Flor Júnior, Dra. Marta Suzi Peixoto de Paiva Linard e Alessandra Magna Fontes de Lima Carlucci.

Aos professores do curso de especialização em Direito Público ofertado pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte em parceria com a Escola de Governo do Rio Grande do Norte, especialmente ao Prof. Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, que tornou possível a materialização deste trabalho.

A minha família, pelo apoio necessário, especificamente minha mãe, Lucinete Pereira da Silva, e minhas irmãs, Jéssica Lorena Pereira da Silva e Larissa Priscila Pereira da Silva.

ATIVISMO JUDICIAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Wandiêgo Rodrigo Pereira da Silva¹

RESUMO

Este artigo apresenta uma breve análise acerca da responsabilidade civil do Estado pela falta ou ineficácia quando da execução de políticas públicas, resultando em ativismo judicial. Sob o enfoque do regime de governo republicano/democrático/representativo pátrio, com a tripartição de Poderes (Executivo, Legislativo, e Judiciário), faz-se necessário refletir acerca da esfera de competência de cada Poder. 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.

JUDICIAL ACTIVISM, PUBLIC POLICIES AND CIVILIAN RESPONSIBILITY OF THE STATE

ABSTRACT

This article presents a brief analysis about the civil responsibility of the State for the lack or ineffectiveness in the execution of public policies, resulting in judicial activism. Under the approach of the republican / democratic / representative government regime, in the country three of the Branches of Power (Executive, Legislative, and Judiciary) prevail, it is necessary to take into account the competence of each of these Branches. The methodology used to write this article was based on the bibliographical research, on the the legislations related to the subject and doctrines, as well as on case law.

Keywords: Civil Responsibility. Public Policy. Judicial Activism.

SUMÁRIO: Introdução; 2. Das Políticas Públicas; 3. Ativismo Judicial e Políticas Públicas: Ordenamento Jurídico Brasileiro e Entendimento Jurisprudencial; 4. Responsabilidade Civil do Estado. Breve Histórico; 5. Considerações Finais; Referências.

¹Discente do curso de especialização em Direito Público da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. E-mail: <wandiegosilva@tjrn.jus.br>.

INTRODUÇÃO

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

Ao positivizar os direitos sociais em sua Constituição, o Estado os elege ao mais elevado nível hierárquico de seu ordenamento jurídico. A chancela estatal desses direitos se mostra como um divisor de águas para o bem-estar social, que de tão importantes não podem ficar sem mecanismos de efetivação. E a partir desta visão, surge a circunstância recorrente de o Poder Judiciário ser provocado para compelir o Estado a pôr em prática as obrigações sociais por si assumidas.

A partir da judicialização de demandas relacionadas às políticas públicas, entendida como a provocação do Poder Judiciário nas diversas espécies de relações jurídicas, tanto as de natureza vertical quanto horizontal, e sendo o Estado um dos maiores demandados na esfera judicial, fatores que, aliados ao ativismo judicial regido pelo Poder Judiciário, impõem uma necessária análise, ainda que superficial, acerca das supostas causas e consequências no Estado Democrático de Direito.

A crescente demanda de ações judiciais contra o Estado, quando este, no exercício de sua função tipicamente administrativa, age de forma ineficaz ou deixa de agir na execução de políticas públicas, surgiu como questionamento acerca de sua possível responsabilização civil. Nesse sentido, o presente trabalho se apresenta com o objetivo de trazer uma análise, ainda que perfunctória, acerca das implicações da ineficácia ou inércia na execução de políticas públicas, ocasionando o ativismo judicial, e a possível responsabilidade civil do Estado de sua inefetividade.

O trabalho foi dividido em três pontos com suas respectivas subdivisões. Inicialmente tem-se uma breve análise das políticas públicas, de sua formação à execução. 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, em sua perspectiva histórico-evolutiva, apresentando seu desenvolvimento e o seu reconhecimento na esfera do direito positivo.

Academicamente, o estudo tem a pretensão de auxiliar futuras pesquisas realizadas acerca do tema, enriquecendo o acervo literário e podendo provocar discussões sobre a necessidade de reavaliação da atuação das instituições estatais em favor da sociedade e os efeitos benéficos de suas funções para si mesmas, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, podem gerar certo desequilíbrio entre si mesmas, na medida em que a relação existente entre elas pode se desenvolver sobre uma linha tênue de interferências recíprocas indevidas.

Nesse prisma, o estudo ora ensaiado aponta como objetivo geral demonstrar que a ineficiência do Estado na consecução de suas políticas públicas é comumente o fator que mais provoca o ativismo judicial, que embora tenha a finalidade de prover à sociedade direitos positivados, gera também certa ranhura nas relações entre Judiciário, Executivo e Legislativo.

Este estudo ainda tem como escopo os seguintes objetivos específicos: discorrer acerca das políticas públicas estatais e suas nuances jurídicas; demonstrar a relação existente entre o ativismo judicial e as políticas governamentais a partir de uma perspectiva legal e jurisprudencial; Expor breve histórico acerca da responsabilidade civil do Estado, arrematando-se ao final com as teorias vigentes sobre a Responsabilidade Civil do Estado.

Quanto ao método, inspirou-se em uma linha de análise dissertativa e explorativa, uma vez que houve o estudo da 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, cujo bojo de decisões é expressivo.

Prevalecer-se-á também da análise da doutrina que se debruça sobre o tema, além de artigos publicados virtualmente em sítios inscritos na área de interesse, tendo em vista a permanente abordagem do tema nos mais variados âmbitos acadêmicos, utilizando-se como referenciais teóricos as obras de autores renomados do direito, tais como, Bruno Andrade Costa, Flávio Tartuce, Marcos Aurélio de Freitas Barros, Sílvio de Salvo Venosa, Fernando Gaburri de Souza Lima, Yussef Said Cahali, dentre outros autores.

Assim, o que se almeja neste trabalho é uma análise acerca da possível responsabilização civil do Estado quando da ineficiência ou falta de execução de políticas públicas, fazendo surgir o ativismo judicial, e ainda, a sua regulamentação e alcance legal para a proteção deste direito, fenômeno que tem um fim em si bastante eloquente, mas que de certa forma provoca instabilidade entre as instituições estatais.

2 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para a efetivação de direitos sociais, a Administração Pública necessita em primeiro plano de planejamento na detecção das políticas públicas imprescindíveis à implementação orçamentária para sua efetivação. A fim de concretizá-las, o Estado precisa arrecadar verbas, seja por meio de receitas originárias, em que atua na exploração da economia, seja arrecadando receitas derivadas, sendo a principal a arrecadação por meio de tributos.

Para elaboração das políticas públicas, faz-se necessário, em primeiro lugar, o mapeamento das questões sociais relevantes, que deve atender a uma esfera de prioridades ligadas ao exercício dos direitos fundamentais, dentre eles, o mais importante, que seria o direito à vida em seu amplo sentido, ou seja, a manutenção da vida humana de forma digna. Poder o ser humano está vivo e exercer os direitos fundamentais a sua subsistência, como se alimentar, educar-se, ter acesso à saúde, etc.

As necessidades humanas são, pois, infinitas, enquanto que a arrecadação estatal é limitada, razão pela qual deve-se privilegiar as questões mais relevantes.

Para uma melhor compreensão sobre políticas públicas, faz-se necessário um breve delineamento histórico. Com o fim do Estado absolutista e o advento do Estado liberal, foi-se percebendo que certos direitos eram dotados de perenidade na sociedade, e se reconheceu que o cidadão tem primeiros direitos, para depois ter deveres com o Estado.

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

Bruno Andrade Costa (2015, p. 24-25) cita que:

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, como a dignidade da pessoa humana, que devido ao seu grau de relevância, fo-

ram elevados ao nível máximo hierárquico de norma jurídica positivada de uma nação, percebe-se que o produto deste eminente fenômeno jurídico descortina-se de um longo período de ensejos sociais, cujo sentimento primordial foi se construindo sob a bandeira da liberdade, igualdade e fraternidade. Na perspectiva da construção histórica desses direitos maiores, discorre Costa (apud SARLET, 2009, p. 217):

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 do 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, na abstenção frente aos direitos e garantias individuais, para promovedor de direitos sociais, possuindo um caráter mais participativo na concretização desses direitos da coletividade, daí o protagonismo judicial, através do ativismo judicial, para compelir o Estado à prestação desses direitos quando se põe omissivo perante suas funções constitucionais.

Nesse sentido, afirma Costa (2015, p. 27):

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.

Hodiernamente, com as mudanças sociais, políticas e econômicas, faz-se necessário repensar o tamanho do Estado, em virtude dos direitos sociais assumidos, realizando a metamorfose de um Estado-Prestador, que atua sobre as carências sociais, para um Estado-Planeja-

dor, voltado ao planejamento para combater as causas que contribuem para as necessidades sociais, através das políticas públicas.

A Carta Republicana (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, prevê um rol exemplificativo e não taxativo de alguns desses direitos fundamentais. Seriam eles as normas fundamentais para a consecução das políticas públicas, que a partir deles poderia ser traçada.

Neste contexto, importante ressaltar que existem alguns doutrinadores que defendem que apenas os direitos individuais, civis e políticos, são direitos fundamentais, e, portanto, dotados de efetividade plena, ao passo que negam tais características aos direitos sociais, conforme defendido por Costa (2015, p. 23, apud SARLET, 2009, p. 217):

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 dessas políticas públicas.

Marcos Aurélio de Freitas 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 no segundo, haveria o 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.

A Constituição Federal em vigor prevê em seu preâmbulo ser o Estado brasileiro constituído sob o regime democrático, com destinação a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, elegendo expressamente a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como princípios/normas a serem alcançados, por uma sociedade fraterna, formada por laços de solidariedade, onde os direitos e garantias individuais e os interesses da coletividade convergem, de forma a se atingir a harmonia social.

Importante ressaltar o contexto histórico em que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada: o país passava de um processo de transição do regime de governo militar ditatorial para um regime democrático, voltado aos anseios populares, tendo como elemento primordial constitutivo o povo, prevendo entre os seus princípios fundamentais que todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido.

O aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, como previsto na Lei Maior, passa pelo respeito aos direitos e garantias individuais e sociais, pois a razão de ser do Estado reside antes no 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.

Em que pese o Estado não poder ser garantidor universal, com aplicação integral de políticas públicas eficazes atinentes aos direitos e garantias individuais e sociais, ao avocar para si responsabilidades, com expressa previsão legal na Carta Constitucional, deve cumpri-la a contento, sob pena de assim não o sendo pôr em risco a ordem social, que é um dos maiores fins de uma Carta Política de uma nação.

Nesse diapasão, afirma Costa (2015, p. 23 apud BONAVIDES, 2011, p. 533):

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.

Direitos como de estar vivo e possuir condições mínimas de subsistência, que são inerentes ao exercício dos demais, bem como ao exercício das garantias individuais, devem ser rigorosamente respeitados, para que não se tornem inócuos os valores elegíveis por um povo na sua Constituição. Há que se atentar que deve o Estado garantir o mínimo existencial ao ser humano, que seria o direito básico da condição humana. De acordo com Costa (ibidem, p. 25 apud BONAVIDES, ibidem, p. 541)

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.

Desse modo, há de ser voltado à organização e funcionamento do Estado ao atendimento de políticas públicas que atendam pelo menos aos princípios básicos necessários a existência digna da pessoa. O Estado, ao negligenciar o direito à saúde, educação, segurança etc., que estão relacionados à existência humana, à vida em sentido amplo, estaria negando o mínimo existencial ao indivíduo, sob o qual se funda a existência do Estado.

3 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 Suzana de Toledo Barros (2000, p. 57 apud SILVA, 2002, p. 28), 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 e Barcellos (2011, p. 33):

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.

Nessa mesma linha, Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 28) aduz que a confusão conceitual se verifica até mesmo no âmbito dos tribunais:

A tendência a confundir proporcionalidade e razoabilidade pode ser notada não só na jurisprudência do STF, [...], mas também em inúmeros trabalhos acadêmicos e até mesmo em relatórios de comissões do Poder Legislativo. Luís Roberto Barroso, por exemplo, afirma que "é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira".

Todavia, a doutrina mais moderna vem assentando a premissa de que se tratam 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 da ideia de devido processo legal, este previsto no artigo 5º, LIV, da CF. Este princípio atua como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, na medida em 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, quais sejam: adequação, necessidade-exigibilidade, e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, embora Barroso e Barcellos (2011, p. 33) informem estes elementos como alinhados com a razoabilidade, deve-se na verdade entendê-los como subprincípios da proporcionalidade, de modo que onde houver razoabilidade no excerto a seguir, leia-se proporcionalidade:

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.

Carvalho Filho (2006, p. 31) é mais objetivo e discorre acerca desse trinômio o vinculando à proporcionalidade, como se pode ver a seguir:

a) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; b) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; c) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens.

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. Nesta linha racional, aduz Fábio Pallaretti Calcini (2003, p. 146):

A razoabilidade é uma norma a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir uma maior valoração dos atos expedidos pelo Poder Público, analisando-se a compatibilidade com o sistema de valores da Constituição e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de Direito justo, ou Justiça.

A atuação do judiciário, portanto, não pode prescindir desses princípios na análise do caso concreto em que se busca a prestação jurisdicional para promover políticas públicas que, a bem da verdade, nem de longe foram previstas pelo espírito do legislador constituinte originário como sendo realizáveis por um magistrado. Esse fenômeno do ativismo judicial sequer

pode ser considerado como função atípica do Poder Judiciário, traduzindo-se em excepcionalidade jurídica extrema, nada obstante 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 em se tratando de ação com a qual se pretende preencher eventuais 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 pelos representantes do povo, tendo em vista que o pleito eleitoral muitas vezes é corrompido e a manifestação de vontade do eleitor comprometida. Assim, às vezes, as escolhas feitas pelos representantes do povo não são as mais adequadas aos anseios daqueles que depositaram sua confiança nos eleitos através do sufrágio universal, necessitando de uma releitura pelo Poder Judiciário a fim de se tornarem condizentes com a finalidade do bem-estar social buscada pela Constituição.

De outro ponto, mesmo que aparente haver uma colisão entre os poderes constitucionais, é a própria Constituição Federal que garante a atuação do Poder Judiciário na função contramajoritária, consoante assevera Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 61):

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 se mostra em perfeita consonância com a Constituição Federal, desde que em casos excepcionais nos quais haja a manifesta omissão e evidente prejuízo, atual ou iminente, à população interessada. Acerca da discussão sobre o protagonismo judicial nas políticas públicas, oportunas as palavras de Costa (2015, p. 68 apud PAIVA, 2011, p. 503):

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

do 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 dispendo 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 dentre a efetivação das políticas públicas necessárias, aquelas que seriam mais relevantes e teriam prioridade em sua aplicação, tendo como parâmetro o mínimo existencial condizente à dignidade humana, tendo o Brasil, através de seu sistema eleitoral representativo, delegado aos seus mandatários, políticos eleitos, a análise desses valores.

Este fenômeno ocorre, por exemplo, quando o gestor público deixa de aplicar verbas na área da saúde para aplicá-las em educação, em que pese serem ambos direitos fundamentais de extrema relevância. Entende-se que, em grau de prioridade, a saúde deve ser observada em primeiro lugar, pois para o cidadão estar apto a ser educado é necessário primeiramente estar saudável.

Não servindo de escusa 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”.

Necessário destacar que, através do ativismo judicial, na análise do direito social albergado, o Poder Judiciário deve tentar promover uma decisão dotada de eficácia e efetividade a partir da cooperação das partes envolvidas numa melhor solução para o litígio, dotando sua decisão de maior alcance, e quando necessária a imposição judicial, fazê-la da forma mais técnica e socialmente possível, sendo o princípio da cooperação entre as partes previstos na nossa atual Carta Magna e no Código de Processo Civil pátrio.

Veja-se, por oportuno, a ementa de alguns julgados referentes ao assunto, no qual percebe-se a interferência do Poder Judiciário na esfera da discricionariedade do ato administrati-

vo devido ao bem jurídico tutelado, nos quais não cabem escusas da administração para a persecução da efetividade do ato:

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 àdito 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 inócua - 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);

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexa causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos

pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda.

5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955).

6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria.

7. Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”.

8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação.

(RE 580252, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017); e

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 29/10/2014, Publicação 30/10/2014).

Ainda sobre o tema, de acordo com Dirley da Cunha Júnior (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 à administração pública, 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 dos requisitos necessários a sua existência: prática reiterada de inobservância aos direitos fundamentais, gerando violações generalizadas, sistematizadas e contínuas.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. BREVE HISTÓRICO.

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

Yussef Said Cahali (2014, p.19 apud CRETELLA JÚNIOR, 1980, p.162) cita que:

A teoria da irresponsabilidade estatal, lembra Cretella Júnior, ‘prevaleceu na época dos Estados despóticos ou absolutos em que vigorava o princípio incontrastável: 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).

Silvio de Salvo Venosa (2002, p. 266) 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, o referenciado autor afirma (*idem*):

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 (*ibidem*), a vítima teria que acionar judicialmente diretamente o funcionário, havendo a categoria de servidores *servants of the crown*, que gozavam de imunidade em razão da função que desempenhavam, podendo também o Estado impedir o direito de petição do particular. Tal sistema se apoiava 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, afirma o civilista (*ibidem*):

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, p. 266).

Fernando Gaburri (2018, n.p.) pontifica que o marco para o surgimento da responsabilidade civil do Estado data de 1873, época em que uma decisão acerca do caso “Blanco”, no qual uma menina de 05 (cinco) anos 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.

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

O ordenamento jurídico de uma nação, codificado em seu grau hierárquico máximo, está previsto em sua Constituição, de onde emana todo o arcabouço jurídico. Daí ser o direito predominantemente público, em que pese disciplinar, em alguns casos, somente relações entre particulares, onde sua relevância pública será diminuída.

Deve-se, atentar, inclusive, que mesmo 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, p. 25) 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.

Logo 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 econômico mas também 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.

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.

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.

Pela dicção do dispositivo supra, a administração pública responderia, quando através de seu agente público, no exercício de suas funções, causasse dano a outrem. Sendo possível o Estado demandar contra o agente para que responda pelo ilícito, através de ação regressiva.

Alexandre Mazza (2016, apud GABURRI, 2018, n.p.) 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.

Havendo, hodiernamente, a aplicação em maior escala da teoria do risco administrativo na relação entre o Estado e seu povo, subdivide-se a teoria do risco em: risco administrativo e o risco 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.

Após, com o surgimento do risco administrativo, a responsabilidade civil do Estado passa a ser fundamentada no dano. Bastava a ocorrência do ato lesivo pela administração, sendo necessário tão somente que o mero fato da prestação do serviço fosse de forma lesiva.

Pela “teoria do risco integral”, em qualquer hipótese em que houver ligação do dano à responsabilidade da administração haverá o dever de reparar. De acordo com Hely Lopes Meirelles (1999, p. 586):

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

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

Fernando Gaburri (2018, n.p.) 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, de acordo com a teoria do “risco administrativo”, senão para ação de regresso do Estado em desfavor do servidor que deu causa ao 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, não havendo cabimento de denunciação 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.

Acerca da teoria do risco administrativo, Flávio Tartuce (2017, p. 499), 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.

Haveria, portanto, na teoria do risco administrativo, uma responsabilidade mitigada, pois poderia ser afastada ou diminuída pela culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

Importante ressaltar que quando o agente público estar no exercício de suas funções, age em nome do Estado, e não em nome próprio, em consonância com o princípio constitucional da impessoalidade. O agente apenas materializa o ato público, não estando o dever de agir em sua capacidade decisória, mas no dever funcional. As prerrogativas conferidas ao agente público, bem como ao Estado, não se tratam de privilégios, mas sim de garantias ao bom desempenho da atividade estatal que abrange a coletividade.

Nesse sentido, Gaburri (2018, n.p.), 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.

Deste modo, ao não permitir a denunciação à lide pelo Estado, do agente público causador do dano ao indivíduo, estar-se-ia observando-se princípios constitucionais de acesso à justiça, efetividade, razoabilidade, e eficiência, além de estar assim promovendo a dignidade da pessoa humana, por priorizá-la ante o Estado, que pode propor ação própria, regressiva, em desfavor do servidor público para reaver o dispêndio ocasionado.

Importante destacar que está expressamente previsto na Lei nº 13.105/2015 (BRASIL, 2015), regulamento que disciplina o Código de Processo Civil pátrio, aplicabilidade condicionada aos valores e princípios estabelecidos na Magna Carta, que assim prescreve:

Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Prevendo ainda expressamente a Lei nº 13.105/2015 (BRASIL, 2015):

Art. 8. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da

pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Ainda relacionado à responsabilidade civil do Estado, há doutrinadores que defendem a “teoria da culpa anônima” ou “teoria da falta do serviço” pelo Estado, como Maria Helena Diniz e Celso Antônio Bandeira de Melo (apud TARTUCE, 2017, p. 500), onde caberia ao lesado a comprovação do dolo ou culpa do Estado por este deixar de agir por negligência, imprudência ou imperícia. Sendo que, de acordo com a doutrina e jurisprudência dominantes estaria essa teoria ligada à omissão do Estado.

Flávio Tartuce (2015, p. 501) defende que a “teoria da falta do serviço” ou “culpa anônima” atribuído 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, posicionamento o qual se concorda.

Na análise do caso concreto do suposto dano, seja por ação ou omissão, deve-se estar atento aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais delimitam a existência de ato lesivo ou, na via correta da finalidade do ato administrativo consentâneo com o ordenamento jurídico, do direito ou garantia individual violado.

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, como Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (apud TARTUCE 2015, p. 504) 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. CARMEN LÚCIA, Data de Julgamento 09/11/2010, Primeira Turma, Data de Publicação DJe-233 01/12/2010, Publicação em 02/12/2010).

Em regra, em se tratando de conduta omissiva do Estado, a responsabilidade deste ente é subjetiva. Todavia, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no excerto supra, a responsabilidade civil do Estado será objetiva quando decorrer de omissão específica. Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 268) 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.** (grifo nosso).

Nesse plano, verifica-se que as teorias acerca da responsabilidade civil do Estado têm adquirido contornos que tanto as diferenciam umas das outras com maior propriedade, quanto as tornam cada vez mais úteis nos diversos cenários em que a atuação do Estado se mostra falha para com a população.

É fato que o ativismo judicial é visto ainda com maus olhos por alguns doutrinadores, mas também é fato que esse ativismo tem sido substancialmente benéfico àqueles que são esquecidos, mesmo que momentaneamente, pelo Estado-garantidor. Ora, deve-se sempre atentar que o Poder Judiciário nada mais é do que um poder do próprio Estado, devendo ele também, consciente de sua missão institucional, adotar mecanismos abstratos, como as teorias de responsabilização do Estado, para fazer com que aqueles que devem ser protegidos pelos direitos encartados na Constituição Federal o sejam efetivamente.

O plano ideal de um Estado-garantidor não é aquele em que o magistrado deve jurisdicionar para tornar uma decisão, uma sentença, um acórdão matéria substitutiva de uma norma

primária – lei, por exemplo – ou secundária – ato administrativo, por exemplo. O ideal é que o magistrado não tenha que se imiscuir em funções típicas do legislador ou do gestor eleito. É claro que não se vê o Poder Judiciário legislando ou executando as leis em seu aspecto formal, mas ativismo judicial, em síntese mais do que apertada, é isto: atuar em lugar do legislador ou do governante, e mais das vezes na função deste.

A democratização de um Estado, sem querer rememorar períodos específicos dominados por ideologias retóricas, depende de uma evolução das próprias instituições. Percebe-se neste momento, no Brasil, talvez centelhas de um avanço ininterrupto em busca de um panorama político mais consentâneo com as matizes da Constituição Dirigente brasileira. O povo, aparentemente, vai abrindo aos poucos os olhos para exigir de quem se deve seus próprios direitos.

Enquanto não se chega a um Estado próximo do ideal, continua-se a prescindir do ativismo judicial para implementar políticas públicas no seio da sociedade brasileira, seja pela ineficiência dos planos gestores nos seus variados níveis federativos, seja outras vezes pela própria omissão do Estado-garantidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

A composição dos Poderes Constituídos se dá, dessa forma, predominantemente pelo critério do sufrágio popular, porquanto, os membros dos poderes executivo e legislativo, são dessa forma, eleitos diretamente pelo sufrágio, 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 poder 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, rever o mérito do ato pratica-

do pelo Estado, não apenas analisando sua regularidade formal, mas com o fim de cumprir o seu *mister* constitucional.

Cabe ao judiciário, pela aplicação do princípio da ponderação, analisar os bens jurídicos tutelados, sob o aspecto formal primeiramente, e excepcionalmente adentrar o mérito do ato administrativo, quando verificar a desproporcionalidade e razoabilidade, inclusive com a aplicação das “escolhas trágicas”, dada a incapacidade de o Estado de atender todas as demandas humanas.

Entretanto, deve o judiciário, provocado para compelir o Estado a efetivar suas obrigações sociais, primeiramente tentar construir uma decisão cooperativa, em que os sujeitos da relação processual (Sociedade x Estado) possam participar de forma ativa, podendo até mesmo dar-se pelos mecanismos de consulta popular, como audiências públicas, para após, havendo necessidade impositiva, proferir uma decisão amparada em aspectos técnicos que envolvam a lide, como também sociais, a fim de dotá-la de eficiência e eficácia.

Quanto à responsabilidade civil do Estado, quando da ineficácia ou falta de políticas públicas, resultando em ativismo judicial, em que pese as mesmas não gerarem direitos públicos subjetivos individuais, posto que, seriam as políticas públicas uma responsabilidade impositiva estatal, e o segundo, o dever do Estado de abster-se frente aos direitos e garantias individuais, há a possibilidade de os órgãos legitimados na tutela coletiva pleitear a reparação do dano, quando o Estado deixa muito a desejar na execução dessas políticas, ultrapassando a esfera do razoável na aferição dos valores sociais.

Importante observar, que na aplicação da reparação do dano, devem ser observadas a proporcionalidade dos direitos subjetivos tutelados e a razoabilidade da medida jurisdicional. Desse modo, deixando o gestor público de aplicar verbas que deveriam ser utilizadas em saúde, realocando-as para publicidade, deixa de cumprir o dever constitucional de acesso à saúde, mais importante que o direito à informação, onde resta evidente a desproporcionalidade entre eles, sendo razoável a sanção, que no caso concreto, pode ser pecuniária ou “in natura”, como forma de reparação e inibição do evento danoso, sem prejuízo das medidas cíveis, administrativas e penais ao gestor público, bem como direito de regresso do Estado.

É nesta senda que a atuação do Judiciário para garantir que a Constituição Federal não seja um mero escrito simbólico mostra-se relevante, mesmo que tenha de se imiscuir em funções que tipicamente não são suas. Pensar em ativismo judicial para buscar interesses

diversos do público; diversos dos inculpidos na Carta Magna, mesmo que se tratem de interesses institucionais, não se mostra aliado à razoabilidade ou proporcionalidade em qualquer que seja a decisão implementadora de política pública, máxime em razão de interesses institucionais se manifestarem, a bem da verdade, em mero corporativismo. Distanciando-se do lúdimo ativismo judicial, o qual visa ao bem-estar social, está-se diante de qualquer outro fenômeno, menos aquele.

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%2Frevista%2Fproc%2Frevproc2003%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/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L3071impresso.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 580252 MS**. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI. Tribunal Pleno. Brasília, 11 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000329792&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 684612 RJ**. Relator: Min. CÁRMEN 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. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 684612 RJ**. Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, 9 nov. 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17556995/agreg-no-recurso-extraordinario-re-594902-df>>. 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^a 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**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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